

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THIAGO PHILIFE BUDAL

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO**

CURITIBA

2013

THIAGO PHILIFE BUDAL

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Theresa Cristina Gosdal.

CURITIBA

2013

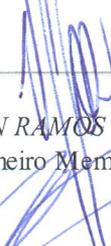
TERMO DE APROVAÇÃO**THIAGO PHILIPPE BUDAL****RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

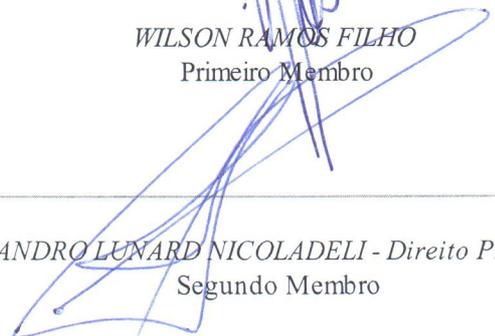


THEREZA CRISTINA GOSDAL
Orientador

Coorientador



WILSON RAMOS FILHO
Primeiro Membro



SANDRO LUNARD NICOLADELI - Direito Privado
Segundo Membro

Aos meus pais, Otávio e Liane, por estarem sempre presentes em todos os momentos de minha vida.

Aos meus irmãos Vinícius e Mateus pelo apoio incondicional, mesmo quando de suas companhias estive ausente.

Quem recusa ouvir o grito do pobre também gritará e não será ouvido.

Rei Salomão

RESUMO

A flexibilização das relações de trabalho não é um evento novo no Brasil, tendo seu marco, em relação à Administração Pública, na publicação do Decreto-Lei 200/1967, o qual permitiu a terceirização de algumas atividades não consideradas essenciais à atividade-fim do Estado, podendo ser desenvolvidas por empresas privadas que intermediassem a relação entre o ente público e o trabalhador. Com o advento do Decreto 2.271/1997 para garantir maior eficiência dos serviços públicos e diminuir gastos com pessoal por um processo de redução do aparelho estatal, permitiu-se uma ampliação desenfreada das atividades terceirizadas em relação ao Estado, de forma que inevitável foi o surgimento de problemas como a inadimplência de obrigações trabalhistas pelas empresas interpostas, repassando-se a responsabilidade ao Estado.

A falta de legislação específica torna ainda mais conturbado o contexto atual, tendo em vista a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, ainda mais quando relacionado à Administração Pública. O Tribunal Superior do Trabalho atribuía responsabilidade automática ao ente público nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas na terceirização, cujo posicionamento foi alterado com a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, a qual dificultou a responsabilização do Estado, devendo-se, a partir deste momento, demonstrar a culpa da Administração Pública para responsabilizá-la.

Busca-se demonstrar neste trabalho como a terceirização trabalhista na Administração Pública pode influenciar os direitos do trabalhador, além das consequências que resultam ao Estado quando opta por ela e quais os procedimentos que as partes devem adotar para que sejam satisfeitas as suas pretensões.

PALAVRAS CHAVE: Terceirização Trabalhista. Trabalhador. Direito do Trabalho. Responsabilidade subsidiária.

ABSTRACT

The flexibility of labor relations isn't a new event in Brazil, beginning, in relation with government, in the publication of Decree-Law 200/1967, which allowed the outsourcing of some activities that are not considered essential to the core business of State, which could be developed by private companies that mediate the relationship between the public entity and the employee. With the advent of Decree 2.271/1997 to ensure greater efficiency of public services and reduce staff costs by a reduction process of the state apparatus, it permitted an expansion of rampant outsourcing activities in the State, so that was the inevitable emergence problems such as delinquency labor obligations filed by companies , transferring responsibility to the State.

The lack of specific legislation becomes even more strained the current context, in view of the divergence between jurisprudence and doctrine on the subject, especially when related to Public Administration. The Superior Labor Court automatically attributed responsibility to the public entity in cases of default in outsourcing payroll amounts, whose position has changed with the declaration of the constitutionality of Article 71, § 1º, of Law 8.666/1993, hindering the accountability State, which should, from this moment , to demonstrate the guilt of Public Administration to blame her.

This work aims how the outsourcing labor in public administration can influence worker rights, and the consequences that result when the State opts for it and what procedures the parties must adopt to be satisfied that their claims.

KEYWORDS: Outsourcing Labour. Worker. Labor Law. Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO	9
1.1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS E A ATUALIDADE	9
1.2 TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA	16
1.3 TERCEIRIZAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A LEI 8.666/1993, COM A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E COM A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16.....	21
2. TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITOS	26
2.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA.....	28
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	30
2.3 CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	34
3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO	43
3.1 FUNDAMENTAÇÃO DA CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANTE SUA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	45
3.2 REPOSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA FRENTE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16	50
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O termo terceirização, segundo Maurício Godinho Delgado, é um neologismo que deriva da palavra terceiro, cuja interpretação se refere mais a um intermediário que a alguém estranho a uma determinada relação jurídica entre duas ou mais partes¹. O termo enfatiza a ideia de descentralização de atividades, possibilitando um processo de transferência a terceiros das atividades acessórias e de apoio ao objetivo principal daquele que toma esses serviços, permitindo-o se concentrar em sua atividade-fim.

A falta de legislação específica torna ainda mais conturbado o contexto atual, tendo em vista a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, ainda mais quando o assunto se relaciona à Administração Pública. Se o Estado contrata um serviço assumindo a posição de tomador de serviços, há de se questionar qual será a sua responsabilidade nas situações em que ocorra o descumprimento do contrato de trabalho entre o prestador de serviços e os empregados deste.

O Estado se defendeu da posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o qual atribuía responsabilidade subsidiária automática ao ente público nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas (com base no texto antigo da Súmula 331 deste Tribunal e a responsabilidade objetiva estabelecida pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal), mediante dois dispositivos: o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) e a Ação de Declaração de Constitucionalidade n.º 16 (a qual tratou da constitucionalidade do supracitado artigo), tendo em vista que o afastamento da aplicabilidade do referido dispositivo da Lei de Licitações pelo Tribunal Superior do Trabalho fora interpretado como declaração incidental de inconstitucionalidade, ação esta, se assim analisada, violadora da reserva de plenário estabelecida no artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n.º 10.

Contudo, a posição do Tribunal Superior do Trabalho é a de que o trabalhador é detentor de uma série de prerrogativas garantidas pela legislação trabalhista como

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 426.

forma de equilibrar sua posição frente a quem lhe emprega, tendo em vista sua vulnerabilidade e hipossuficiência.

Assim, a procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, ao invés de acalmar os ânimos, acirrou ainda mais a polêmica que estava estabelecida, pois o julgamento dado não enfrentou todos os aspectos que esta matéria demandava, analisando apenas a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações.

Desta forma, a exposição de ideias do presente trabalho iniciará com uma análise do panorama atual da flexibilização na contratação de empregados, procurando demonstrar a evolução das relações laborais e a decorrente precarização dos direitos do trabalhador frente às modificações da relação de emprego típica e a dinâmica do mercado capitalista, num mundo globalizado. Na sequência, será tratada a terceirização, a forma como evoluiu a flexibilização da legislação trabalhista, com definição de conceitos e o avanço do histórico legislativo. Será abordada a relação da terceirização com os dispositivos e entendimentos que mais geram polemica no seu estudo, ou seja, a Lei 8.666/1993, a Súmula 331 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16.

No segundo capítulo, será abordado o modo como se estabelece a responsabilização do tomador de serviços e a atribuição da culpa quando o tomador for o Estado.

Finalmente, o último capítulo trata de como os princípios e as ideias aqui defendidos devem fundamentar a responsabilidade subsidiária da Administração e o reposicionamento do Judiciário Trabalhista para adequar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Pretende-se, com este trabalho, destacar os pontos mais suscitados na doutrina e na jurisprudência, a fim de se buscar uma resposta satisfatória à questão de responsabilização subsidiária da Administração Pública no cometimento de irregularidades durante a execução do contrato de trabalho na terceirização, além de se estabelecer um embasamento legal que fundamente as premissas necessárias para o enfrentamento do problema estabelecido com enfoque, primordialmente, à proteção do trabalhador.

1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO

1.1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS E A ATUALIDADE

Muitos foram os fatores que modificaram as relações individuais de trabalho nos últimos anos e que, em consequência, aqueceram o debate acerca da flexibilização da legislação trabalhista, mais especificamente em relação à terceirização da força de trabalho. A flexibilização, conforme Gabriela Neves Delgado é um mecanismo a partir do qual se tem a “atenuação do suposto rigor e imperatividade das normas jurídicas”² que regem as relações de trabalho. Ana Virgínia Moreira Gomes define a flexibilização como um processo que:

[...] atua no sentido de se estabelecer normas que privilegiam a negociação dos próprios atores sociais, mesmo ao adotarem condições de trabalho menos favoráveis que as estabelecidas pelas normas protetoras, ou seja, ‘aumenta-se a possibilidade de suplantação da legislação laboral imperativa mediante ajustes conveniados pelas partes contratuais trabalhistas, com a aplicação mais constante do princípio da autonomia privada em detrimento do princípio protetor.’³

Entre as diversas justificativas existentes para a flexibilização, podem ser citadas a inovação tecnológica, os métodos utilizados na gestão da mão de obra, a busca de maiores lucros pelos empregadores, a grande mobilidade do capital, a competição na economia mundial, a crise econômica e o aumento do desemprego⁴.

A relação de emprego típica, aquela que é fundamentada por um contrato de trabalho em que estão presentes a subordinação, a continuidade, a pessoalidade e a onerosidade, além de estabelecer uma relação bilateral entre o empregador e o empregado, passa a ser incompatível com os moldes atuais da economia de acordo com o discurso da flexibilização da contratação de trabalhadores, pois existe

² DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 107.

³ GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 145

⁴ CAMPOS, José Ribeiro de. **A Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 17.

segundo tal corrente, conforme o entendimento da ilustre doutrinadora Alice Monteiro de Barros:

[...] a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo, [passando-se], então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização⁵.

Nota-se que a precarização das relações de trabalho se baseia em aspectos fundamentalmente econômicos, sendo o lucro o fator primordial que dita a dinâmica de mercado capitalista num mundo globalizado. A globalização se caracteriza como um fenômeno que estabelece novos paradigmas frente às concepções ora instituídas, impondo modificações radicais nas mais diversas áreas, tais como a tecnológica, cultural, financeira, econômica⁶, inclusive jurídica. A facilidade com que o capital entra e sai na economia, na busca das melhores oportunidades de sua multiplicação, acaba por deixar nas mãos de empresários a determinação dos níveis de produção e de emprego, já que estes dependem diretamente da expectativa de retorno das rendas, sendo o montante de investimentos o fator que determina o ritmo das atividades econômicas⁷. Além disso, conforme destaca Domingos Zainaghi “na ordem econômica anterior, o Direito do Trabalho era um direito absoluto; hoje podemos afirmar que é um direito relativo, já que seus adversários o acusam de ser o responsável pela onerosidade da mão-de-obra, em razão de sua rigidez.”⁸

A flexibilização na contratação de empregados não pode ser entendida como uma forma de garantir a competitividade da empresa e o crescimento econômico mediante o tolhimento de direitos trabalhistas legalmente adquiridos e consolidados. A partir do momento em que se considere que estes direitos são entraves intransponíveis ao avanço da economia ou que eles dificultam a criação de empregos e a sobrevivência dos empreendimentos, está se passando aos

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: Ltr, 2012, p. 357.

⁶ SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. **Neoliberalismo e Globalização: reflexos no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13300>>. Acesso em 13 out. 2013.

⁷ KEYNES, John M. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

⁸ ZAINAGHI, Domingos Sávio. Tendências do Direito do Trabalho na América Latina na era da Globalização. In: **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 27. Out/Dez. 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 51.

trabalhadores os riscos da atividade empresarial⁹, socializando-se os prejuízos com aqueles que já precisam se sujeitar a condições precárias de trabalho¹⁰ a fim de terem um emprego e nele se manterem para a sua sobrevivência.

O Direito do Trabalho confere proteção ao empregado como compensação à sua inferioridade econômica e sua condição de subordinação perante o empregador, estabelecendo um arcabouço normativo que busca equilibrar o capital e o trabalho e conseqüentemente propiciar o progresso econômico e social da sociedade. A terceirização:

[...] ao invés de permitir a concentração do tomador na sua atividade principal e a melhoria da qualidade, vem sendo desvirtuada e utilizada como instrumento para a redução de direitos do trabalhador, precarizando o trabalho humano. O intuito de redução de custos, por meio da terceirização, é equivocado, pois além dos pagamentos dos direitos dos trabalhadores, devem ser agregados o lucro e os custos do prestador de serviços. Para tornar possível o equacionamento da fórmula, os prejuízos são, via de regra, repassados ao trabalhador, seja pelo não pagamento da integralidade dos seus direitos ou pelas precárias condições de trabalho, com franca desvalorização do labor humano.¹¹

A flexibilização da contratação de empregados acaba por ser um dilema, visto não poder interferir nas garantias que estabelecem as condições mínimas de trabalho (a fim de se sustentar a condição de dignidade do trabalhador), assim como buscar a manutenção da empresa e dos empregados em uma realidade mercadológica extremamente concorrente. Porém, isto não impede que algumas regras anteriormente consolidadas sejam alteradas devido à mudança de paradigmas. Dentre os diversos exemplos de flexibilização da legislação trabalhista trazidos nas últimas décadas e incorporados à legislação, temos:

⁹ Neste sentido, Cássio Mesquita Barros destaca uma “intenção neoliberal de destruir o Direito do Trabalho, na sua essência, para transferir às classes trabalhadoras os encargos de pagar a conta da crise financeira.” (BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.5, n. 21, p.269)

¹⁰ Neste aspecto, cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações do Direito do Trabalho à Luz do Neoliberalismo. In: **Revista Jurídica**. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1981, v. 15, n. 13, p. 153.

¹¹ SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. **Neoliberalismo e Globalização: reflexos no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13300>>. Acesso em 13 out. 2013.

- A instituição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) como regime obrigatório desde a Constituição Federal de 1988, impedindo o trabalhador de adquirir a estabilidade e permitindo sua dispensa arbitrária ou sem justa causa;
- A instituição do contrato de trabalho temporário (Lei n.º 6.019/1974) e da contratação por prazo determinado (Lei n.º 9.601/1998), enfraquecendo o princípio da continuidade da relação do emprego;
- A instituição do art. 476-A¹² do Decreto-Lei n.º 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), permitindo a suspensão do contrato de trabalho do empregado para a participação de curso de qualificação profissional;
- A instituição do banco de horas¹³ (art. 59, §§ 2º, 3º e 4º, Decreto-Lei n.º 5.452/1943), permitindo a prestação de horas sem o pagamento das horas suplementares laboradas;
- A instituição do trabalho em regime parcial¹⁴ de no máximo 25 horas semanais (art. 58-A, Decreto-Lei n.º 5.452/1943) com percepção de salário proporcional ao tempo trabalhado;
- A edição da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, permitindo a terceirização de mão de obra na atividade-meio;

¹² Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001](#))

¹³ Art. 59 (...)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001](#))

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. ([Incluído pela Lei nº 9.601, de 21.1.1998](#))

§ 4º Os empregados sob o regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001](#))

¹⁴ Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001](#))

- A permissão da redução temporária de salários com base no art. 7º, VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988, além da flexibilização da jornada de trabalho (Súmula 423, Tribunal Superior do Trabalho);
- A edição da Súmula 364, II, Tribunal Superior do Trabalho, a qual permite a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco se pactuada em acordos ou convenções coletivos;
- A edição da Súmula 349 do Tribunal Superior do Trabalho, totalmente contra o art. 60, Decreto-Lei n.º 5.452/1943, a qual permite a prorrogação da jornada em atividade insalubre se autorizada em negociação coletiva com dispensa de prévia inspeção da autoridade fiscal do setor de medicina e segurança do trabalho.

O enunciado n° 9 que resultou da 1º Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, em 2007, realizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a qual serve para embasar o posicionamento de juízes neste tema, trata claramente da flexibilização:

Enunciado 9. FLEXIBILIZAÇÃO. I - FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República.

II - DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.¹⁵

O que não se permite é a utilização da flexibilização como forma do empregador se esquivar das responsabilidades justralhistas e se beneficiar do fruto do trabalho do empregado, passando para outros aqueles encargos que são de

¹⁵ ANAMATRA. **ENUNCIADO N. 9.** Disponível em <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em 13 out. 2013.

sua responsabilidade, seja em decorrência de impedimento legal, seja pelo fato de se tratar de cláusula pética.¹⁶

Ao se justificar a flexibilização da legislação trabalhista como forma evitar o desemprego, o que ocorre é algo extremamente precarizante, pois se busca afastar o mercado de trabalho da tutela estatal, reduzindo a mão de obra a um produto sujeito à lei de oferta e procura sem se considerar o aspecto social do trabalho. O trabalhador “faz qualquer coisa para conseguir e manter um trabalho (qualquer um) e, mais ainda, para que lhe deem um emprego, para quem lhe dê utilidade, condição para a própria sobrevivência e inserção social”.¹⁷

As condições adversas que por acaso venham a ser tema das negociações coletivas que reduzam garantias dos trabalhadores asseguradas pela Carta Magna não podem ser criadas pelo empregador, tampouco resultantes de seu insucesso na atividade empresarial. Se assim for, os direitos trabalhistas estarão à disposição daqueles que já se encontram em posição superior aos trabalhadores que, para manterem as suas necessidades básicas, precisam se sujeitar às condições de seus empregadores. Os princípios de Direito de Trabalho são uma forma de proteção frente à evidente desigualdade entre o contratante e o contratado. Assim, três são as regras que garantem o princípio da proteção do trabalhador: “in dubio pro operario”¹⁸, norma mais favorável¹⁹ e condição mais benéfica²⁰. Tais visam preservar a sobrevivência do trabalhador com dignidade, independente da opinião do empregador e sempre tendo em vista o benefício do trabalhador frente aos abusos passíveis de serem praticados por quem o emprega.

¹⁶ Em decorrência do artigo 60, §4º, Inciso IV da Constituição Federal, o qual não permite deliberação de propostas que tentem abolir os direitos e garantias individuais.

¹⁷ BORGES, Ângela. **O Capital e a Mão Invisível do Trabalho: debate sobre a centralidade do trabalho no capitalismo contemporâneo**. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2343/1/RCRH-2006-100%20CS.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

¹⁸ A interpretação jurídica a ser dada a este princípio, quando houver mais de um sentido que a lei trata de determinada norma, em decorrência de divergência em sua aplicação, deve ser aquela que seja em favor da parte mais fraca na relação jurídica trabalhista, ou seja, o empregado, em decorrência do desnível econômico deste com o empregador (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54).

¹⁹ Segundo Alice Barros, é o princípio que dá preferência a aplicação, independente da hierarquia da norma, daquela mais benéfica quando existentes duas ou mais que versem sobre o assunto (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 142.)

²⁰ Segundo a mesma autora, tal princípio “(...) se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas, sob pena de violação do art. 468, CLT. (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 142-143.)”

Mas até que ponto pode-se defender a inviolabilidade dos princípios do Direito do Trabalho frente a condições adversas da economia? Como o próprio enunciado nº 9 da ANAMATRA relata, “(...) a quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador”. Assim, a flexibilização da legislação trabalhista sempre deverá pautar-se pelas diretivas que forem mais vantajosas ao trabalhador e que atendam pelo menos o mínimo estabelecido para preservar a sua dignidade.

O artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988 prevê hipóteses de flexibilização, tais como a redutibilidade do salário e a redução da jornada de trabalho (se dispostos em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo) e jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (mediante negociação coletiva). O salário, conforme esse dispositivo, é irredutível, contudo este pode ser flexibilizado em casos de crises econômicas ou financeiras, sendo tal medida adotada como forma de evitar a dispensa de trabalhadores. Entre perder o emprego ou nele permanecer, que então o salário seja relativizado. O mesmo ocorre na redução da jornada de trabalho quando esta for combinada com a redução de salários, configurando ambas uma flexibilização “in pejus” (prejudicial ao trabalhador), a qual deve ser sempre realizada em âmbito coletivo, conforme determina o regramento constitucional.

A atividade empresarial trabalha com o risco e este deve ser assumido em toda a sua extensão pelo empreendedor, tendo em vista que a incerteza é uma de suas principais características. A ele cabe agir conforme as perspectivas do mercado, respeitando os direitos socialmente conquistados pelos trabalhadores. A flexibilização da legislação trabalhista não pode ser fundamento do empregador para um lucro maior, tampouco justificativa para tempos de crise, pois é comum, conforme acirradas críticas de sindicalistas declaradamente contrários à flexibilização, que em tempos de bonança não se tenha a prática de provisionamentos de receitas para épocas de crise, que quando vivenciadas, tentarão os empreendedores repassar parte dos prejuízos aos trabalhadores mediante o tolhimento de seus direitos.

A flexibilização da legislação trabalhista será apenas autorizada se for imprescindível para a manutenção da empresa, a fim de se evitar uma crise ainda

pior que resulte no desemprego. Será realizada seguindo o que é disposto pela lei e executada de forma responsável, respeitando-se a dignidade do trabalhador e protegendo-se o princípio fundamental do trabalho. Deve ser uma solução à crise econômica vivida por todos os envolvidos e não um argumento disfarçado cuja única preocupação é a satisfação dos interesses do patronato à custa dos trabalhadores.

1.2 TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização consiste numa relação tripartite na qual ocorre a transferência para outrem das atividades consideradas secundárias (de suporte, atividade-meio), atendo-se a empresa à sua atividade principal (atividade-fim). O vínculo empregatício não ocorre diretamente por quem toma o serviço, mas com empresa interposta, assemelhando-se com o contrato de trabalho temporário pelo fato de apresentarem estrutura trilateral em que se destacam dois vínculos formais: um de caráter civil, estabelecido entre a empresa prestadora e a tomadora; outro de caráter trabalhista, entre a empresa prestadora e o empregado. A diferença é a de que na terceirização não deve ocorrer a delegação de função de direção dos serviços desenvolvidos, diferentemente do que ocorre no trabalho temporário.²¹

Dentre os objetivos da terceirização estão a redução de custos e a melhora da qualidade do produto ou do serviço, visto o fato de existirem empresas com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção e que também possuem capacidade para atender a mudanças de pedidos de clientes²².

Godinho conceitua terceirização como:

[...] o fenômeno pelo qual se dissocia a relação de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente [inserindo-se] o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a estes os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral, [em que estão presentes] o obreiro (...) que realiza suas atividades materiais e intelectuais,

²¹ E-GOV UFSC. AGUIAR, Maurício Sanchotene de. **Terceirização: alguns aspectos jurídicos**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/terceirizacao-alguns-aspectos-juridicos>>. Acesso em: 13 out. 2013.

²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 357.

junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata o obreiro, firmando com ele 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.²³

Rubens Ferreira de Castro, ao tratar da terceirização, estabelece que esta:

(...) é uma relação jurídica que envolve o interesse de três partes. Daquela que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, a fim de poder concentrar seus recursos materiais e humanos em sua atividade principal, chamada tomadora. Por sua vez, a empresa especializada nos serviços contratados é chamada prestadora. E, finalmente, do empregado contratado pela prestadora, que desempenha suas funções beneficiando secundariamente a tomadora.²⁴

Para ambos os autores, a terceirização cria uma relação tripartite que se destaca da concepção típica de emprego (bilateral), na qual o trabalhador executa atividades do tomador de serviços, mas não possui laços jurídicos com este e sim com uma entidade intermediária que se estabelece entre ele e aquele para quem trabalha.

Por ser uma forma excepcional de relação de trabalho, a terceirização evoca a devida cautela que merece o tema, tanto do ponto de vista econômico como do ponto de vista jurídico. Economicamente, implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Juridicamente, poderá implicar no reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora de serviços nos casos de fraudes ou de responsabilidade subsidiária nos casos de inadimplência. Conforme explica Maurício Godinho Delgado, a terceirização é assunto tipicamente novo, recebendo a devida atenção apenas nas três últimas décadas do segundo milênio no Brasil²⁵.

Como forma de fugir das responsabilidades decorrentes da durabilidade do vínculo de emprego, além do fato de não existir legislação expressa referente à terceirização, diversos tomadores de serviço passaram a usar abusivamente este instituto, o que ensejou na edição dos Decretos-Lei 200 e 229, ambos de 1967: o primeiro permitiu à Administração Pública a contratação setorial de mão de obra por empresa interposta, enquanto o segundo modificou significativamente a CLT e

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 428.

²⁴ CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 408.

dificultou a prática de celebração de contrato por tempo determinado, a não ser quando o objeto do contrato a termo estivesse de fato limitado no tempo.²⁶

Assim, o Decreto-Lei 200/1967 em seu art. 10, §7º, prevê que a Administração Pública descentralize as atividades executivas que não possuem ligação direta com a sua atividade-fim, com o objetivo de evitar o crescimento desmensurado da máquina administrativa, demonstrando que “o próprio Estado adotou o sistema terceirizado, enfatizando a prática da descentralização administrativa no tocante à operacionalização de tarefas meramente executivas”.²⁷ Mas, numa análise mais profunda, a ideia de descentralização²⁸ posta não traduz a forma como a Administração Pública se organiza ou reparte suas competências, visto que apenas relega aos particulares a prestação de tarefas que não estejam relacionadas com os fins da própria Administração. Isto não é descentralizar (na descentralização, a Administração Pública mantém relação com o administrado), é terceirizar (os serviços foram tomados sem se responder diretamente pela relação empregatícia com o respectivo trabalhador).

Leis sobrevieram na tentativa de se regulamentar a terceirização em pontos específicos, tal como a Lei 5.645/1970 no parágrafo único do art. 3º (revogado pela Lei 9.527/1997) que definia os serviços de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhados como de execução mediante contrato, evidenciando-se que “não há autorização legal para a execução de processos de terceirização de serviços relacionados à atividade-fim da Administração Pública”²⁹.

²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 444.

²⁷ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 128.

²⁸ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a descentralização é a “(...) distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica [a fim de] descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 410). Para Celso Antonio Bandeira de Mello a “(...) descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela ou aquelas às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. (...) Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim a segunda não é subordinada à primeira. O que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado controle” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126).

²⁹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 129.

Posteriormente foi editada a Lei 6.019/1974 que trata do trabalhador temporário nas hipóteses de substituição temporária de pessoal do quadro permanente da empresa tomadora ou na necessidade temporária resultante de acréscimo extraordinário de serviço. Desta forma, “o trabalhador presta serviços não para quem o admite, mas para quem contrata a empresa que o contratou. E não de forma permanente, mas reticente, semelhante (embora não idêntica) ao trabalhador avulso”³⁰, sendo uma forma lícita de intermediação de mão de obra, já que está prevista expressamente no artigo 4º da Lei 6019/1974.

Após, entrou em vigência a Lei 7.102/1983 que trouxe ao ordenamento jurídico a primeira hipótese de terceirização permanente reconhecida legalmente, tratando dos serviços de vigilância e transporte de valores em instituições financeiras ou bancárias³¹ já que estes entes não poderiam ter pessoal especializado ao nível a que se refere a legislação que estabelece “normas para a constituição e funcionamento de empresas particulares terceirizadas de vigilância no segmento bancário da economia”.³² Tal lei, posteriormente, foi alterada pela Lei 8.863/1994, a qual criou possibilidade de prestação dos serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, entidades sem fins lucrativos, residenciais e empresas públicas.

A regulamentação trazida pela Lei 7.102/1983, contudo, não foi suficiente para suprir a demanda terceirizante decorrente do ímpeto patronal de evitar ao máximo estabelecer qualquer vínculo empregatício ou celebrar o contrato de trabalho. Foi neste contexto que a jurisprudência estabeleceu os limites à evolução do fenômeno da terceirização, sendo editada a Súmula 256 em 1986 pelo Tribunal Superior do Trabalho, a qual estabelecia:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 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 o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

³⁰ VIANA, Márcio Túlio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. In: **Revista Tribunal Regional do Trabalho**. Belo Horizonte, n. 57, jul-dez./1997.

³¹ O objetivo desta terceirização decorre da especialidade do serviço de vigilância e transporte de valores, o qual é executado armado e precisa de autorização do Ministério de Justiça, além do atendimento de diversos requisitos legais dispostos na lei.

³² DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 130.

Tal enunciado dava a entender que apenas nos casos legitimados pelas Leis 6.019/1974 e 7.102/1983 é que o serviço seria efetivamente terceirizado. Fora dos casos previstos, por mais que fosse estabelecido um contrato terceirizado, haveria vínculo trabalhista como tomador dos serviços, pois não se poderia conceber a figura do trabalhador sem contrato de trabalho ou cujo instrumento que o vincula ao tomador de serviço estivesse desconforme aos padrões da consolidação trabalhista. Rodrigo de Lacerda Carelli observa que “não houve em nenhum momento nesse enunciado a proibição à verdadeira terceirização, e sim à interposição de empresas com vistas a evitar o vínculo empregatício”³³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a questão que ainda não estava completamente resolvida foi atropelada por outros fatores que incitaram mais discussões: o surgimento de uma nova ordem constitucional, a edição de uma lei disciplinadora dos procedimentos de licitação e dos contratos no âmbito da Administração Pública e a busca de desincumbência por parte da Administração Pública de quaisquer responsabilidades trabalhistas com os empregados terceirizados, o que tornaram ainda mais nebuloso o ambiente no qual a flexibilização estava sendo implantada.

Como a Súmula 256 limitava as práticas terceirizantes, tornando lícitas apenas aquelas relacionadas ao trabalho temporário e à vigilância bancária e ilícitas as demais, tal foi considerado de aplicação restrita, exigindo-se sua revisão, tendo em vista que sua interpretação estava sendo ampliada pela jurisprudência e pela doutrina. Neste contexto surge a Súmula 331, aprovada pela Resolução Administrativa 23/1993, cujo texto amplia o leque de possibilidades para a terceirização, conforme será visto a seguir.

Por fim, em 1997, com o Decreto nº 2.271/1997, foi implementada a execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem a área de competência legal do órgão ou entidade. Tal ordenamento surgiu com o objetivo de impossibilitar o desvirtuamento das contratações de serviços realizadas pela Administração Pública,

³³ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

definindo no artigo 1º, §1º, que as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão regidas por este tipo de execução. Assim, evidente se fazia a concepção de que a terceirização estava sendo implementada no Brasil, fazendo com que a jurisprudência buscasse “sistematizar e projetar repercussões da prática terceirizante no país”.³⁴

1.3 TERCEIRIZAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A LEI 8.666/1993, COM A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E COM A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16

Ao disciplinar a matéria referente às licitações e aos contratos realizados com a Administração Pública, a Lei 8.666/1993, em seu art. 71, *caput* e §1º estabelece o seguinte:

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 estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (...).

Frente ao entendimento trazido por esta lei, o Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 1993, fundamentado na responsabilidade objetiva do Poder Público pelos seus atos, reeditou sua Súmula 256, dando origem à Súmula 331 neste mesmo ano. Esta declarava o seguinte texto, originalmente, *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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).

³⁴ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 135.

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 pessoalidade e a subordinação direta.

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

As diferenças entre esta Súmula e a 256 são substanciais, pois esta estendeu a terceirização para além dos casos previstos em lei no âmbito privado, restringindo-a apenas àquelas situações em que a atividade terceirizada não estivesse ligada à atividade-fim da empresa, ou seja, aquelas atividades não consideradas essenciais.

O inciso I trata da vedação expressa da intermediação da mão de obra em qualquer aspecto, permitindo apenas nos casos previstos (trabalho temporário), que se não seguido configura o vínculo empregatício com aquele que toma o serviço da empresa contratada que emprega o trabalhador temporário.

O inciso II desta Súmula diz que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”. Tal dispositivo não pode ser tomado como óbice às garantias fundamentais do trabalhador, tendo em vista que se o Poder Público buscou a terceirização de uma determinada atividade sem o suprimento de cargos específicos que a executem, a ele cabe a escolha do melhor prestador do serviço terceirizado assim como a fiscalização da empresa interposta que executa tal atividade, pois sua é a responsabilidade frente ao risco assumido na relação com terceiros. Desta forma, não será estabelecido o vínculo empregatício com os trabalhadores terceirizados, pois tal relação com a Administração Pública se estabelece mediante aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, o que não afeta os créditos trabalhistas inadimplidos destes empregados. Quanto a esse tema, Di Pietro enfatiza que o instituto da terceirização:

[...] tem sido constantemente utilizado como forma de burlar a exigência do concurso público. Mascarado sob a forma de contrato de prestação de serviços, ele oculta verdadeiro contrato de fornecimento de mão-de-obra, em que aparecem os atributos da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da empresa contratada e o tomador de serviços, caracterizando verdadeira relação de emprego.³⁵

O inciso III trata da ampliação do leque de serviços passíveis de serem terceirizados, desde que não relativos à atividade-fim da empresa, o que inova frente ao posicionamento adotado até então. A diferenciação entre os incisos I e III é que o primeiro trata da intermediação da mão de obra, enquanto o outro trata da terceirização das atividades que não formam vínculo com o tomador dos serviços como a vigilância regulada pela Lei 7.102/1983, os serviços conservação e limpeza e os serviços especializados que não se referem à atividade-fim do tomador, desde que não haja a personalidade do serviço e a subordinação direta, prevalecendo a aplicação do Princípio da “Primazia da Realidade, onde a situação de fato prevalece sobre a ficção jurídica”.³⁶

Mas o ponto que merece maior destaque é o inciso IV. Este foi uma resposta do Tribunal Superior do Trabalho à recorrente prática da Administração Pública, mediante a Lei 8.666/1993, de isentar-se de qualquer obrigação com relação aos trabalhadores terceirizados, imputando-lhe a responsabilidade subsidiária. Com a atualização de 2000, o texto do inciso IV passou a vigorar como transcrito abaixo:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Assim, a subsidiariedade da responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas da Administração Pública existiria em toda e qualquer terceirização, desde que lícita a intermediação de mão-de-obra, conceito este que viria a ser criticado por órgãos defensores da Fazenda Pública.

³⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2011, p. 10

³⁶ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111-112.

O fator principal da controvérsia resultante da interpretação do dispositivo acima listado se refere ao posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho quando da atualização da Súmula 331 em 2000. Não se critica o aspecto formal da súmula, visto que esta nega aplicação do dispositivo legal ao qual não concorda. O dissenso ocorre pelo fato do conteúdo do inciso IV ser, a princípio, contrário ao artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993. Desta feita, a fim de se manter o posicionamento em prol dos trabalhadores, uma das soluções seria buscar a inconstitucionalidade do artigo da lei de licitações e não apenas declarar que o dispositivo continuaria vigente, mas não seria aplicado quando a Administração Pública tivesse culpa na fiscalização do contrato. A declaração de constitucionalidade, a fim de se estabelecer um padrão de conduta e defender a segurança jurídica, deveria ser concreta e não abstrata, já que a súmula teria a função de orientar todos os casos em que ocorresse a terceirização na Administração Pública e se deixaria evidente a conduta a ser tomada nos casos de conflito, garantindo-se um direito pleno.

Como forma de se verificar a validade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, o Governo do Distrito Federal ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 no Supremo Tribunal Federal em 2007, ganhando o apoio de todos os Estados da Federação, da União e também de diversos municípios. Com a declaração de constitucionalidade do referido dispositivo, a ementa da decisão desta ação seguiu o entendimento de que a inadimplência negocial de outro contraente não pode transferir os encargos trabalhistas à Administração por impossibilidade jurídica. Entretanto, conforme entendimento exarado do presidente do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação, esta "não impedirá o Tribunal Superior do Trabalho de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa", pois o "Supremo Tribunal Federal não pode impedir o Tribunal Superior do Trabalho de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público". Assim, a Súmula 331 passou a vigorar com a seguinte definição em 27 de maio de 2011:

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 pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, 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.

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

Com base na decisão proferida da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 de 2007, a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei de Licitações que veda a transferência da responsabilidade à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada, não significa a inconstitucionalidade das soluções judiciais que venham a decidir pela responsabilidade da Administração Pública na terceirização. Assim, a aplicação automática da responsabilidade subsidiária dá espaço à necessidade de uma melhor justificação para que o poder público arque com os créditos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados que laboram em seu benefício. O uso da terceirização sem o devido cuidado, ainda mais pela Administração Pública, permite que muitos trabalhadores se submetam a condições de trabalho desfavoráveis, sem se considerar o respeito que seus direitos trabalhistas fazem jus, prejudicando-os gravemente.

2. TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITOS

O termo terceirização, segundo Maurício Godinho:

[...] resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.³⁷

Percebe-se que a ideia da terceirização foi concebida fora do mundo jurídico, o qual a incorporou para dar significado a uma relação jurídica tripartite em que o vínculo empregatício é formado com uma empresa interposta que presta serviços a uma empresa tomadora, constituindo-se uma exceção à regra de vinculação direta do tomador do serviço com o trabalhador, pois coloca uma terceira pessoa que assume todos os encargos decorrentes da relação trabalhista entre as partes.

Cássio Mesquita Barros caracteriza a terceirização como uma “estratégia econômica através da qual um terceiro, em condições de parceria, presta serviços ou produz bens para uma empresa que o contrata”³⁸. Na mesma seara, Luiz Carlos Amorim Robertella, ao tratar da terceirização, destaca que o termo “incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante”.³⁹

Há de se considerar, entretanto, que tal prática não busca unicamente a especialização de serviços (e em decorrência disso a redução dos custos da execução desta atividade), mas também a desincumbência das obrigações garantidas pela legislação trabalhista nos casos de descumprimento do contrato de trabalho e de inadimplência dos encargos trabalhistas, o que precariza as garantias dos trabalhadores. E é nesse sentido que leciona Rodrigo de Lacerda Carelli, ao

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 426.

³⁸ BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.5, n. 21, p.269.

³⁹ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. **Terceirização – Aspectos jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado**. Revista LTr 58-08. São Paulo. Vol. 58, n. 08, ago, 1994, p. 938.

dizer que a terceirização, no Brasil, revela a intenção patronal de repassar a outros a posição de empregador e desta forma se abster das responsabilidades decorrentes da relação de trabalho. Portanto, a terceirização, segundo o autor:

(...) demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a 'terceiro', no sentido de 'outro', da posição de empregador na relação empregatícia (e conseqüentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados.⁴⁰

O discurso da terceirização começou a tomar corpo quando a própria Administração Pública passou a utilizá-la como parte da descentralização administrativa objetivada pelo Decreto-Lei 200/1967. A falta de legislação expressa acerca do tema acaba por conturbar ainda mais o panorama atual das relações triangulares, de forma que até hoje a única orientação sobre o assunto é a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Existe o Projeto de Lei PL 4.330/2004 que regula a terceirização e que conforme notícia veiculada pelo jornal A Tarde, se aprovado, nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

[...] [produzirá um] 'efeito avassalador' nas conquistas dos trabalhadores e reduzirá a renda em até 30%. (...) [A] saúde dos trabalhadores poderá ficar em risco com a massificação da terceirização de serviços, [pois existe] a necessidade de regulamentar o trabalho terceirizado, mas de forma a restringir este tipo de contratação.⁴¹

Tal projeto não regula a terceirização de forma a coibir tal prática, mas antes a incentiva, tornando-a um "procedimento de contratação e gestão trabalhista praticamente universal no país"⁴². A nebulosidade de sua aprovação é tão grande que o atual ministro do Tribunal Superior do Trabalho acredita que as categorias profissionais tenderão a desaparecer, visto que as empresas poderão terceirizar qualquer tipo de atividade, já que esta não estará mais limitada apenas às suas atividades-meio.

⁴⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004, p. 74.

⁴¹ A TARDE. RICHARD, Ivan. **Lei da terceirização pode afetar renda de trabalhadores**. Disponível em <<http://atarde.uol.com.br/empregos/materias/1534633-lei-da-terceirizacao-pode-afetar-renda-de-trabalhadores>>. Acesso em 13 out. 2013.

⁴² Ibidem.

2.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

A fim de consolidar o entendimento sobre a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho buscou estabelecer uma distinção entre a terceirização lícita e ilícita. A principal diferença entre elas é que enquanto na lícita o vínculo empregatício é estabelecido entre a empresa prestadora e o empregado, na ilícita o vínculo se estabelece diretamente entre a tomadora e o trabalhador. Leonardo Alberto Ribeiro diz que a empresa tomadora de serviços deve ao trabalhador, quanto à contratação lícita, “assegurar o pagamento das verbas trabalhistas que lhe são devidas, [pois mesmo] sendo responsável subsidiária pelos créditos trabalhistas, o obreiro continua sendo empregado da prestadora de serviços”.⁴³

Assim, faz-se necessária a devida cautela na terceirização a fim de se evitar a prática de fraudes contra as garantias trabalhistas. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho buscou esclarecer o contraponto existente entre a terceirização lícita e ilícita, estabelecendo os quatro casos excepcionais em que se é possível terceirizar o serviço, que são o trabalho temporário⁴⁴, serviços de vigilância, serviços de conservação e de limpeza e serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador de serviço. A empresa prestadora deve ser efetivamente especializada no tipo de serviço que executa, tendo inclusive que possuir capacitação específica, não podendo ser uma simples locação de mão de obra.

Ainda, segundo Godinho:

[...] não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts 2º, caput e 3º, caput, CLT) sem que esse tomador responda juridicamente, pela relação laboral estabelecida.⁴⁵

⁴³ RIBEIRO, Leonardo Alberto. **A Responsabilidade da Administração Pública pelo Créditos Trabalhistas Decorrentes da Terceirização Ilícita**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2365, 22 dez. 2009.

⁴⁴ O trabalho temporário só será válido para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa. Assim a terceirização na atividade-fim da empresa será sempre ilegal, sendo excepcionalmente permitida no caso do trabalho temporário

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011, p.442.

Dessa forma, faz-se mister a ausência de subordinação direta e pessoalidade dos trabalhadores com quem lhe toma o serviço, os quais devem estar constituídos com a empresa prestadora dos serviços para que exista a licitude da terceirização. Caso se configure a subordinação jurídica ou a pessoalidade diretamente com a empresa tomadora dos serviços, restará caracterizada a terceirização ilícita, estabelecendo-se o vínculo empregatício com ela, inclusive lhe recaindo todas as normas pertinentes à categoria do trabalho prestado, visto que a:

[...] contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, [faz com que empresa tomadora deva assumir] de forma irrestrita a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas decorrentes do contrato, bem como retificar a CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) do obreiro.⁴⁶

A exigência de serviços especializados serve para evitar fraudes pelo mero fornecimento de mão de obra. Assim:

[...] a prestadora de serviços tem que ser uma empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha uma capacitação e uma organização para a realização do serviço que se propõe e, no caso de contratação indireta bipolar, que seja o prestador de serviços um especialista naquele mister. Disto decorre que o objeto do ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada e não o mero fornecimento de mão-de-obra.⁴⁷

A responsabilidade por danos causados a outrem é conduta exigível em todas as esferas legais. Segundo a teoria da responsabilidade civil, “toda atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, [servindo] como sanção civil, de natureza compensatória”⁴⁸. E é com a aplicação deste preceito que se busca coibir a prática de irregularidades que agravem a situação dos trabalhadores ligados ao tomador de serviços mediante a terceirização ilícita. Nos casos envolvendo entes privados, a

⁴⁶ RIBEIRO, Leonardo Alberto. **A Responsabilidade da Administração Pública pelo Créditos Trabalhistas Decorrentes da Terceirização Ilícita**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2365, 22 dez. 2009.

⁴⁷ MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. 2003. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=FF8080812C1CBDF2012C22E03CB85432>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo, 2012, p 359.

mascação da relação empregatícia direta com o fim de se escusar dos encargos trabalhistas representa uma violação ao princípio da primazia da realidade, sendo a intermediação considerada nula e o vínculo empregatício estabelecido diretamente com o tomador do serviço.

Contudo, a discussão se estabelece quando a responsabilidade subsidiária envolve ente público. Devido à limitação constitucional de que o vínculo empregatício com a Administração Pública se estabelece mediante concurso público, na terceirização irregular não haverá formação desta ligação com o Estado, segundo o artigo 37, inciso II da Constituição Federal e o inciso II da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Mas, então, de quem será a responsabilidade pelo descumprimento de obrigações originadas no contrato de trabalho entre o prestador de serviços e seus empregados quando houver disponibilização de trabalhadores que executem sua jornada de trabalho integralmente à Administração Pública e a terceirização for considerada ilícita após sua judicialização? Tal assunto será discutido mais a frente.

Quanto à terceirização lícita, é possível a responsabilização da Administração Pública pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas para com o trabalhador, caso comprovados que os motivos ensejadores do inadimplemento são decorrentes da culpa desta. Assim, o embate se consolida no fato de que ambos os sujeitos envolvidos possuem direitos que se confrontam diante desta situação concreta, pois enquanto o Estado possui prerrogativas sobre direitos particulares por se constituir coisa pública, o trabalhador é protegido pela legislação trabalhista que lhe compensa a hipossuficiência e a vulnerabilidade diante daquele que lhe emprega.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho:

[...] o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio,

o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.⁴⁹

A responsabilidade civil se caracteriza como uma medida que visa corrigir prática de ato ilegal a fim de se restabelecer situação anterior à lesão. Segundo Maria Helena Diniz, é “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem em ela responde, por coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.⁵⁰

O estudo da responsabilidade civil do Estado se faz importante pelo fato desta matéria ser fundamental para o estabelecimento dos mecanismos de imputação pelos quais o Estado pode ser condenado a cumprir determinada obrigação. Assim, no campo de atuação da Administração Pública, a responsabilidade civil decorrerá dos danos que a atividade administrativa causar ao patrimônio alheio, devendo o Estado ressarcir-lo.⁵¹

Para ser configurada qualquer hipótese de responsabilidade civil, devem ser preenchidos três requisitos essenciais: ação ou omissão do agente, dano e relação de causalidade. A ação exige uma conduta própria ou de terceiro, desde que este tenha alguma relação jurídica com o responsável (filho menor de idade, empregado, por exemplo).⁵² A omissão deve ser um fato jurídico relevante que traga prejuízo à terceiro, cujo omitente tenha obrigação legal (ou negocial) de agir ou de praticar ato que impeça a produção do resultado.⁵³ O dano é o resultado indesejado contra a vontade da vítima em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.⁵⁴ O nexo de causalidade se configura como o vínculo existente entre a conduta ou omissão do agente e o dano sofrido, estando tais interligados de forma que o dano

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.34.

⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

⁵² QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.15.

⁵³ ALEIXO, Reinaldo Antônio. Responsabilidade Civil – Circunstancias Escusativas do Dever de Indenizar: excludentes de responsabilidade. Exceções à Imputabilidade; Cláusula de Não Indenizar **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, n. 28, p. 196.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

seria evitado caso a ação do agente fosse distinta daquela praticada ou a omissão não fosse caracterizada.⁵⁵

Ricardo Pereira Lira destaca que:

[...] o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão é pertinente a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.⁵⁶

O autor, com sua assertiva, destaca as duas formas como o dever jurídico surge, se em decorrência da lei ou se da vontade dos indivíduos. Quando decorrente da violação de um negócio jurídico acertado segundo a vontade dos indivíduos ou das manifestações unilaterais de vontade, tal responsabilidade se denomina como contratual, pois pressupõe a existência de uma relação jurídica anterior à prática da conduta lesiva à vítima, já que as vontades foram acertadas mediante contrato e os indivíduos criaram para si deveres jurídicos além dos comumente impostos pela lei. A responsabilidade extracontratual corresponde a deveres gerais de abstenção ou omissão e não exigem qualquer relação jurídica anterior entre autor e vítima, de forma que o dever de indenizar não decorre desta relação. Ao comentar essas fontes de obrigações, Caio Mário da Silva Pereira discorre que:

Diante destas considerações, podemos mencionar duas fontes obrigacionais, tendo em vista a preponderância de um ou de outro fator: uma, em que a força geratriz imediata é a vontade: outra, em que é a lei. Não seria certo dizer que existem obrigações que nascem somente da lei, nem que as há oriundas da só vontade. Em ambas trabalha o fato humano, em ambas atua o ordenamento jurídico, e, se de nada valeria a emissão volitiva sem a lei, também de nada importaria esta sem uma participação humana, para a criação do vínculo obrigacional. Quando, pois, nos referimos à lei como fonte, pretendemos mencionar aquelas a que o reus debendi é subordinado, independentemente de haver, neste sentido, feito uma declaração de vontade: são obrigações em que procede a lei, em conjugação com o fato humano, porém fato humano não volitivo. Quando, ao revés, falamos na vontade como fonte e discorremos de obrigações que provêm da vontade, não queremos significar a soberania desta ou sua

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

independência da ordem legal, senão que há obrigações, em que o vínculo jurídico busca mediatamente sua explicação na lei, nas quais, entretanto, a razão próxima, imediata ou direta é a declaração de vontade.⁵⁷

Há de se levar em conta que o Direito do Trabalho apresenta princípios intransponíveis pela autonomia da vontade, limitando-a. São eles o princípio da norma mais favorável e o princípio da irrenunciabilidade, os quais evitam que o contratante se sobreponha aos contratados de forma abusiva sem lhes garantir o mínimo legal, sempre garantindo ao trabalhador aquela regra que lhe seja mais benéfica e protegendo-o contra decisões que o induzam a negociar direitos que estão indisponíveis de negociação. A autonomia da vontade é considerada uma “expressão de um individualismo superado [uma vez que] o Direito do Trabalho é dominado, amplamente, pelas normas ditas de ordem pública”.⁵⁸ Desta forma, previsões legais e constitucionais serão verdadeiras cláusulas contratuais legais obrigatórias, mas que só possuirão aplicabilidade quando inseridas numa relação contratual de trabalho. Por isso é que o contrato é a fonte imediata de obrigações e a lei, mediata.

Na mesma linha de pensamento é que foi declarada pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, na decisão da Ação de Declaração de Constitucionalidade nº 16, que a responsabilidade da Administração Pública tem natureza contratual, não devendo ser aplicado o disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal⁵⁹ nestes casos, uma vez que tal disciplina apenas regularia os atos ilícitos típicos de responsabilidade extracontratual do Estado.

Assim, para que se configure a responsabilidade contratual do Estado, faz-se necessária a existência de relação jurídica anterior. Nos casos em que ocorra algum dever da Administração Pública para com o empregado terceirizado, esta obrigação se originou de violação de algum dever legal imposto ao agente público, configurando-se a responsabilidade extracontratual.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. II, p. 26-30.

⁵⁸ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. Curso de direito do trabalho. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 30.

⁵⁹ 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

2.3 CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A concepção inicial do Estado era demonstrada na total irresponsabilidade pelos seus atos, tendo em vista que os soberanos estavam acima de qualquer erro e, portanto, a lei se adequava às suas vontades. Com o avançar do tempo, “houve uma aproximação entre os sistemas de responsabilidade civil do Estado e dos particulares”,⁶⁰ de forma que passa a ser critério a demonstração da culpa da Administração para a sua devida responsabilização.

A crescente utilização da terceirização pela Administração Pública, a partir da edição do Decreto nº 2.271 de 1997, implementou a execução indireta delineada no Decreto-Lei nº 200/1967. Com o passar dos anos diversos problemas surgiram, tais como o inadimplemento das obrigações trabalhistas em que a responsabilidade do ente público figurava constantemente na pauta da Justiça do Trabalho.⁶¹

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado. Tal dispositivo é cláusula geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado⁶² para se explicar todas as situações que surgem da atividade administrativa devido a inexistência de legislação específica que aborde este tema. Desta forma, dois entendimentos jurisprudenciais dominantes se destacaram, estando de um lado aqueles que defendiam a teoria do risco com a responsabilização objetiva do ente público, segundo o artigo 37, §6º da Constituição Federal⁶³ e do outro lado aqueles que defendiam a irresponsabilidade do Estado (artigo 71, §1º da Lei 8.666/1993).⁶⁴

⁶⁰ BENNACHIO, Marcelo. Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, §6º da Constituição Federal. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 96.

⁶¹ OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A Terceirização na Administração Pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011.

⁶² BENACCHIO, Marcelo. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado...** Op. Cit., p, 98

⁶³ 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.

⁶⁴ Art. 71. (...)

Deve-se considerar, como análise preliminar a este tema, essa questão da responsabilidade subjetiva e objetiva. A primeira está ligada à ideia de culpa, a qual se encontra como regra geral segundo o artigo 186 do Novo Código Civil. Conforme Caio Mário da Silva:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.⁶⁵

Quanto à segunda, segundo o mesmo autor:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou de investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

O que se busca, diante de tais considerações, é evidenciar a origem de cada tipo de responsabilidade. Na responsabilidade subjetiva existe a necessidade de um comportamento, uma conduta que gere prejuízo à vítima, cuja infração encontre-se descrita no ordenamento jurídico e cumpra os requisitos que esta estabelece, tendo em vista que ninguém será condenado enquanto não houver lei que anteriormente ao fato discorra sobre o ilícito. Assim agindo, o autor se submete àquilo que a lei prevê, devendo reparar o dano causado ou indenizar o prejuízo causado, cujo elo do ato inicial e o dano resultante é a sua culpa, seja dolosamente ou culposamente. Na responsabilidade objetiva, os fatores que determinam a reparação ou a indenização do dano sofrido são a prática de determinado evento e se deve resultou prejuízo,

§ 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. ([Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995](#))

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 35

não sendo necessária a análise de antijuricidade do fato e, portanto, da existência da culpa.

É essencial que se tenha o conhecimento de tais preceitos para se compreender a teoria do risco, pois:

[...] dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.
66

Busca-se, assim, evitar que a demonstração da culpa seja requisito inibitório de tutela àquele que já sofreu o dano em situações que naturalmente são perigosas e cujo risco não será reparado se necessária for a avaliação de critérios subjetivos do agente. A atribuição de responsabilidade subjetiva nestes casos dificulta a reparação dos danos, revelando um desequilíbrio injusto na relação, pois o risco da atividade não é arcado por aquele que dela se beneficia, mas por aquele que precisa se sujeitar às condições que lhe são impostas. A reparação, portanto, deve partir do fato que causou o dano ao bem jurídico e não da culpabilidade do agente.

Conforme Gustavo Justino, para ser configurada a teoria do risco, evidentes se fazem os fundamentos de “(i) sentido de justiça e equidade, pois o Estado desempenha inúmeras atividades, e por isso deve assumir os riscos a ela inerentes; e (ii) solidariedade social, que implica um tratamento isonômico de todos os cidadãos.”⁶⁷

A teoria do risco surgiu no momento em que, com o desenvolvimento industrial e a mecanização da produção, os juristas perceberam que a teoria subjetiva já não mais atendia a demanda surgida com o grande número de conflitos

⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 49

⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Responsabilidade Civil do Estado: Reflexões a partir do Direito Fundamental à Boa Administração Pública. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.97, n.876, p. 209.

sociais e reparações de danos ressarcíveis, uma vez que era praticamente impossível para as vítimas reunir subsídios necessários para comprovar a culpa do empregador nos acidentes sofridos.

Desta forma, com base na responsabilidade objetiva, foi criada a teoria do risco. Segundo Maria Helena Diniz:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.⁶⁸

O fundamento desta responsabilidade está na ação do agente, pelo dano ou perigo de dano que este pode causar. A responsabilidade fundada no risco consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por conduta praticada sem que exista indagação quanto o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo.

Ao se tratar da questão pública, devido a necessidade de se comprovar a culpa do agente numa conduta administrativa lesiva a terceiro, dificultava-se a responsabilização do Estado, pois era “extremamente difícil identificar, provar e atribuir a culpa a determinado agente do Estado que sempre tinha a seu favor a sobranceira intenção de cumprimento do dever legal”⁶⁹. Por isso, para a atribuição da responsabilidade da Administração Pública na prática de uma ação positiva ilegal, passou a ser necessária a retirada do elemento culpa dos requisitos da responsabilidade civil do Estado, a fim de se evitar a irresponsabilidade dos agentes públicos quando na prática de atos ilegais e prejudiciais aos cidadãos.

Para a responsabilização do Estado em condutas omissivas, é mister a exigência de uma omissão que permita estabelecer o nexo de causalidade entre o ato inicial e o dano gerado. A partir desta ideia e coadunando-a com a teoria do risco administrativo, quando se segue a posição majoritária acerca do assunto, existirão condutas omissivas típicas e antijurídicas que o ordenamento jurídico exigirá algum tipo de ação para se evitar a ocorrência do dano, já que a culpa está ligada à noção de ilicitude do dever cumprido. Induz-se a uma responsabilidade subjetiva nas condutas omissivas, uma vez que “não há como falar em responsabilidade objetiva

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 48.

⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável”⁷⁰.

O posicionamento doutrinário que afirma a existência de uma responsabilidade objetiva por omissão descaracteriza a culpa como elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil, pouco importando se o dever de indenizar foi originado por “inércia, dolo, falta de recurso ou mesmo falta de entendimento dos comandos objetivos por parte dos agentes públicos”.⁷¹ Quando o Estado tem “o dever de agir e deixe de fazê-lo e isso seja, por sua inércia e in vigilância, causa de danos, já se encontram reunidos todos os elementos necessários para a responsabilidade estatal”.⁷² Assim, o Estado seria responsável por não ter evitado o dano causado quando sua era a responsabilidade de agir a fim de evita-lo.

Necessária ainda se faz a análise da culpa “in vigilando” e da culpa “in eligendo” para se fundamentar a culpa da Administração Pública. A culpa “in vigilando” se atribui à pessoa, em razão do prejuízo causado a terceiro, por atos de pessoas sob sua responsabilidade ou por animais de sua propriedade, consequência da falta de vigilância ou atenção que devia ter, donde resultaram os fatos que motivaram os danos e o prejuízo.⁷³ A culpa “in eligendo” se atribui ao proprietário, patrão, empregador, pelas faltas cometidas por seus empregados ou prepostos na execução de atos ou omissões que possam causar danos a outrem, desde que ocorridos no trabalho que lhe é cometido.⁷⁴ No mesmo sentido, segundo Vaneska Donato de Araújo:

A culpa in eligendo se caracterizava pela má escolha dos empregados ou propostos, por parte do patrão ou comitente; a culpa in vigilando se referia à falta de atenção e cuidado para com o comportamento das pessoas que estavam sob a guarda ou responsabilidade do agente.⁷⁵

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.638.

⁷¹ PIERRI, Deborah. As omissões dos Agentes Públicos. Faute du Service e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 187-188.

⁷² PIERRI, Deborah. **As omissões dos Agentes Públicos...** Op. Cit., p. 192.

⁷³ SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. São Paulo: Forense, 2009.

⁷⁴ SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. São Paulo: Forense, 2009.

⁷⁵ ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade Civil**. São Paulo. RT, 2008, p. 40)

No âmbito da Administração Pública, a ausência de responsabilização só ocorrerá quando forem obedecidos todos os critérios estabelecidos na Lei de Licitação, ou seja, quando não forem verificadas as culpas “in vigilando” ou “in eligendo”. Assim, para a contratação de empresas prestadoras de serviço, a Administração Pública deverá executar exatamente o que prescreve o artigo 27⁷⁶ da Lei de Licitações, sob pena de nulidade absoluta, tendo em vista a violação ao princípio da legalidade, que neste caso é estrita. A partir do momento em que se seguem rigorosamente as exigências previstas no processo licitatório e se cumpre fielmente a lei, não haverá, a princípio, culpa “in eligendo” do Estado, posição esta contrária a de Alice Monteiro de Barros que impõe responsabilidade à Administração Pública por este instituto na hipótese de terceirização. Tal pensamento pode ser conferido quando a autora afirma que:

A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviço. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (in eligendo), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.⁷⁷

Como se vê, para a autora, a teoria da responsabilidade civil fundamenta uma responsabilização indireta na terceirização, de forma que se presume culpa quando ocorre uma má escolha da prestadora de serviços (que porventura venha inadimplir os encargos trabalhistas), além do fato do tomador de serviços ter assumido o risco de terceirizar determinadas atividades e ter se beneficiado delas.

Quando não houver a fiscalização por parte da Administração Pública no correto adimplemento das obrigações contratadas, configura-se a culpa “in vigilando”. Tal ocorre pelo fato da fiscalização ser item constante enquanto durar a

⁷⁶ Art 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 455-457.

execução do contrato (artigo 55, XIII combinado com os artigos 58, III e 67 da Lei de Licitações)⁷⁸, não podendo a Administração Pública se afastar do que a lei estabelece, tampouco estabelecer algo diverso do previsto, seja a seu favor ou não. Quanto a fundamentação da culpa da Administração Pública mediante as culpas “in vigilando” e “in eligendo”, tal assunto será retomado no próximo capítulo.

A Administração Pública não poderá fiscalizar além daquilo que a lei estabelece⁷⁹, aqui se incluindo o adimplemento ou não das verbas trabalhistas, mas sim a sua regularidade, muito menos rescindir o contrato com a prestadora por motivo diverso daqueles listados taxativamente no artigo 78⁸⁰ da Lei 8.666/93.

⁷⁸ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

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

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos estituídos por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução.

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.

⁷⁹ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

⁸⁰ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

Necessária será uma maior fiscalização pelo órgão público contratante a fim de se levantar a qualificação econômico-financeira da empresa prestadora de serviço, além de sua regularidade fiscal e trabalhista, para se demonstrar sua real condição econômica e se evitar relações com aqueles que estejam à beira de falência. Caso verificada seja a existência de dificuldades financeiras e inadimplências com os créditos fiscais e empregatícios, deverão ser adotadas medidas que viabilizem tanto a execução do serviço contratado como a satisfação dos créditos trabalhistas, além do encerramento do contrato (se necessário), a fim de se evitar a transferência do prejuízo ao erário público.

Caso se utilize apenas o que determina o art. 37, §6º, da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado será apenas objetiva, visto que este dispositivo apenas cobrirá o risco administrativo em relação à atuação ou omissão dos servidores públicos, desresponsabilizando o Estado objetivamente por culpa de terceiros. Não se trata de elevar a Administração Pública à condição de seguradora universal ao se estabelecer sua responsabilização subsidiária na terceirização, mesmo quando o evento danoso ocorrer com o Estado agindo rigorosamente nos ditames da lei e fiscalizando a execução de todas as cláusulas do contrato. A descaracterização da responsabilidade por não ser o autor do dano acaba por

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

repassar aos trabalhadores lesados a repartição dos prejuízos decorrentes do risco da atividade empresarial, abandonando-os no momento em que eles mais precisam de apoio. O Estado assumiu o risco de terceirizar determinadas atividades, portanto sua também é a responsabilidade de garantir, no mínimo, a dignidade dos trabalhadores terceirizados. E é a partir desta temática que se discutirá o assunto do próximo capítulo.

3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização de serviços na Administração Pública, a partir da década de 1990, ganhou maior destaque quando o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, buscando garantir maior eficiência aos serviços públicos e reduzir gastos com pessoal, implementou um processo de redução do aparelho estatal mediante o decreto 2.271/1997.⁸¹ Tal norma dispôs da:

“[...] possibilidade de contratação de serviços em atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares – execução indireta delineada no Decreto Lei 200/1967 –, vedando textualmente a sua veiculação em ‘atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal’ (art 1º, §2º), comumente nominadas no meio jurídico de atividades essenciais ou atividades-fim.”⁸²

Buscaram-se, assim, medidas que visassem à prestação de serviços de forma terceirizada naquelas atividades não finalísticas do Estado, uma vez que fora constatada a sua impossibilidade em atender tais tarefas eficiente e satisfatoriamente. A utilização ampla por parte da Administração Pública da terceirização, muitas vezes de forma inadequada, permitiu que o surgimento de problemas como a inadimplência de obrigações trabalhistas pelas empresas interpostas gerassem conflitos que, conforme o autor supracitado, “uma vez judicializados, teve da Justiça Especializada (trabalhista) construções interpretativas diversas quanto à responsabilidade da Administração Pública”.

Neste interim se destacaram dois posicionamentos distintos, os quais pregavam ou a responsabilidade objetiva da Administração Pública ou a sua irresponsabilidade. A fim de se balancear a precarização oriunda das terceirizações, a cúpula do Judiciário Trabalhista firma seu entendimento na Súmula 331, que em

⁸¹ SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Terceirização – Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2012, n. 217, p. 277-282.

⁸² OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A Terceirização na Administração Pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011.

seu inciso IV, por meio da Resolução nº 23/1993, imputava ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária na hipótese em que a empresa prestadora dos serviços fosse condenada a arcar as verbas trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, sem ser necessária a verificação em concreto da culpa do Estado naqueles casos em que era o tomador de serviços.

O entendimento até então dominante mudou com a pronúncia do Superior Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 que validou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações. Tornou-se mais restrita a possibilidade de alcançar a Administração Pública, passando-se a exigir comprovação no caso concreto de sua culpa, seja na escolha da empresa terceirizada ou no controle de atividades desta, para a definição da responsabilidade subsidiária decorrente do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa interposta.

O grau de precarização com esta nova postura apenas enfatiza o quanto a terceirização é prejudicial ao trabalhador e benéfica ao tomador de serviços, o qual reduz os custos e se desonera das obrigações trabalhistas. Pelo princípio da alteridade⁸³, aquele que se beneficia da força de trabalho deve assumir os riscos da terceirização⁸⁴, devendo o tomador servir como o garantidor da relação de trabalho entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. Além do fato da execução da Fazenda Pública ser mais benéfica ao empregado quanto à garantia de pagamento, pois dificilmente o polo passivo da ação judicial desaparecerá sem saldar as dívidas decorrentes da inadimplência dos créditos trabalhistas pela empresa interposta. A proteção ao trabalhador se faz essencial, seja pela condição de hipossuficiente ou pela natureza alimentar de seus créditos trabalhistas.⁸⁵

Aurélio Pires acredita ser injusta a responsabilização do tomador de serviços pelo descumprimento do contrato de trabalho por inexistir respaldo legal que

⁸³ O princípio da alteridade é definido pelo artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”).

⁸⁴ CAFFARO, Leonardo de Mello. A terceirização na Administração Pública e as Consequências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria – A ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2011, n. 214, p. 1990.

⁸⁵ SOUZA, Mauro César Martins de. Responsabilização do Tomador de Serviços na Terceirização. In: **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, 2001, n. 142, p. 149.

autorize tal posicionamento adotado pelo Judiciário Trabalhista⁸⁶. No mesmo posicionamento se encontra Caffaro ao tratar da Administração Pública, o qual defende que nos dias atuais fora criada uma indústria de responsabilização do Estado “com pedidos de responsabilidade subsidiária destituídos da devida fundamentação jurídica”⁸⁷. Tal assertiva decorre do fato de inexistir legislação específica na teoria dos contratos que obrigue alguém a garantir um contrato apenas pelo fato e ter se beneficiado dele. E ao fazer isto, evidente estaria a usurpação de competências privativas entre os poderes quando o Judiciário Trabalhista consolida o entendimento das regras de responsabilização subsidiária do Estado na terceirização.

Não se trata aqui de obrigar a Fazenda Pública a ser responsável por indenizar todo e qualquer trabalhador que desempenhe suas atividades na Administração Pública e não tenha conseguido fazer valer seus créditos trabalhistas judicialmente contra seu empregador direto, mas unicamente garantir que esta não se isente das responsabilidades a ela correlatas pela terceirização. O Estado assume o risco pela atividade que terceiriza através da escolha daqueles que mais se destacaram no processo licitatório, já que tal instrumento busca, a princípio, elencar os que melhor se revelarem a executar a atividade negociada. E após a escolha, assume o risco pelo descumprimento das obrigações trabalhistas daqueles que trabalham em seu benefício, se não realizar regular e efetiva fiscalização.

3.1 FUNDAMENTAÇÃO DA CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANTE SUA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade difuso em qualquer instância a fim de afastar, no caso concreto, aquelas normas que julgue irem contra a letra da Constituição da República. Desta forma, torna-se efetivamente

⁸⁶ PIRES, Aurélio. Terceirização: responsabilidades – um tema para reflexão. In **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, n. 31, p. 150.

⁸⁷ CAFFARO, Leonardo de Mello. **A terceirização na Administração Pública e as Consequências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria...** Op. Cit., p. 190.

possível à Corte Laboral afastar a aplicação de determinada regra que seja inconstitucional.

O artigo 71 da Lei de Licitações não trata da declaração de irresponsabilidade do ente público em ressarcir os danos a que deu causa, tendo em vista que tal dispositivo regula a não transferência à Administração do pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos, impedindo a permutação da obrigação contratual estabelecida entre a empresa prestadora de serviços com o trabalhador ao Estado.

O entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu uma espécie de responsabilidade extracontratual por omissão estatal na fiscalização de contratos administrativos, condenando a Administração Pública quando descumprir o seu dever de fiscalização. A procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 foi determinante para que o Tribunal Superior do Trabalho, a fim de elucidar ainda mais este assunto, atualizasse a Súmula 331 para orientar a jurisprudência, tentando evitar que juízes continuassem a atribuir responsabilidade automática ao Estado sem a devida análise do caso concreto, já que obrigatória seria a evidenciação da conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações.

É incontestável a natureza jurídica da responsabilidade civil de uma ação positiva praticada por um agente do Estado, já que o próprio ordenamento constitucional é direto ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos atos praticados por seus agentes. O problema se evidencia quando ocorre uma conduta omissiva da Administração Pública que venha engendrar danos a terceiros. Deve existir comando normativo e possibilidade de agir para que possa se estabelecer um nexo de causalidade que ligue o ato inicial ao dano final.

Quando o ordenamento jurídico exige algum tipo de ação a fim de se evitar a ocorrência de dano por omissão, como já citado anteriormente, o resultado pode apontar, conforme a doutrina, tanto para a responsabilidade subjetiva como para a objetiva. Subjetivamente, a culpa é fato preponderante, já que está ligada diretamente com a noção de ilicitude do dever descumprido. Assim, a inércia é conduta reprovável juridicamente e configura omissão que caracteriza a responsabilidade civil subjetiva. Objetivamente, não existe a culpa, a qual neste aspecto não é necessária para se configurar a responsabilidade civil. De qualquer

forma, o art. 37, §6º da Constituição Federal consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, o que não restringe a indenização dos danos à prévia comprovação da culpa da Administração.

O nexo de causalidade entre o descumprimento do dever jurídico e o dano, segundo Guasque, “determina a obrigação de reparar [existindo] apenas a exigência da obrigação da causalidade entre o dever de atuação positiva ou negativa do servidor público e a ocorrência do sinistro”⁸⁸. Isso porque quando o Estado se omite a ponto de causar danos a terceiros, reunidos já estão os elementos para a sua responsabilização. Ricardo Martins vai mais a fundo, dizendo que o nexo causal da conduta omissiva não existe, pois é imputado à Administração tanto o dever de evitar o dano como de repará-lo⁸⁹.

Para que o Estado seja responsabilizado, conforme o novo entendimento trazido pela declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, necessária se faz a verificação de sua culpa, a qual remete ao estudo das culpas “in eligendo” e “in vigilando”. Maurício Godinho Delgado entende que ao Estado cabe responsabilização quando:

“[...] pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa in eligendo (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa in vigilando (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização”.⁹⁰

A Administração Pública, na terceirização, tem o dever de escolher bem com quem contratar mediante licitação (*in eligendo*) e de fiscalizar a execução do contrato administrativo (*in vigilando*). Quaisquer consequências que decorram dessas modalidades de culpa serão pela Administração Pública suportadas em decorrência da responsabilidade civil não contratual. Ligado a estes fatores está o

⁸⁸ GUASQUE, Luiz Fabião. A Responsabilidade Civil do Estado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, ROSA Maria de Andrade. **Responsabilidade civil: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 6, p. 58.

⁸⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexos Causais e Imputação Objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 369.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 441.

instituto do risco administrativo, instrumento pelo qual o ente público assume os danos que porventura decorram de sua decisão em terceirizar uma atividade que poderia patrocinar por própria conta.

Na questão da culpa “in eligendo”, a Lei de Licitações determina a exigência de requisitos indispensáveis à participação de empresas privadas que comprovem sua qualificação jurídica, técnica, financeira, econômica fiscal e trabalhista⁹¹. Se a Administração Pública falha ao contratar quem não era juridicamente habilitado ou tecnicamente capaz, financeiramente sólido e que não fornecesse garantias reais à formalização do contrato, inafastável é sua responsabilidade subsidiária por inadimplemento dos requisitos legais obrigatórios constantes no artigo 27 da Lei 8.666/1993.

Quanto às falhas na fiscalização do contrato que ensejam na culpa “in vigilando”, a Lei de Licitações prevê uma série de prerrogativas que garantem a fiscalização e o acompanhamento dos contratos administrativos (além de ser condição de pagamento da execução de serviços) tais como a exigência de apresentação mensal de certidões negativas de débitos tributários federais, débitos de contribuições previdenciárias, depósitos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e pagamento de verbas condenatórias em processos trabalhistas⁹². O poder de fiscalização serve para se garantir a qualidade do serviço público que está sendo terceirizado. A ausência de efetividade dessa prerrogativa e de adoção das providências para se sanar as irregularidades verificadas ao longo da contratualidade caracteriza a culpa por ausência de vigilância, configurando a responsabilidade subsidiária do ente público.

A Administração Pública não poderá ultrapassar os limites impostos pela Lei de Licitações quanto à aplicação de sanções ou exigência de garantias que não sejam aquelas previstas na norma. Assim, poderá modificar e restringir contratos administrativos unilateralmente, aplicar sanções em decorrência do descumprimento

⁹¹ Modificação trazida com a Lei 12.440/2011, a qual passou a exigir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas mediante a modificação do artigo 27, inciso V e inclusão do artigo 29, inciso V na Lei de Licitações.

⁹² Observe-se, aqui, que o nexo de causalidade será configurado quando o dano for efetivamente sofrido pelo trabalhador, de forma que uma falha na fiscalização (a qual comprovará as irregularidades sem adotar as devidas medidas para corrigi-las ou se ocorrer omissão de atos legais) que ainda não tenha surtido efeitos sobre o empregado não caracterizará a responsabilidade civil da Administração, por decorrência do sistema jurídico nacional adotar a causalidade imediata e não a genérica.

parcial ou total das questões acordadas, exigir garantia de valor de até 5% daquele estabelecido em contrato como forma de ressarcimento imediato por inexecução ou má execução contratual sem se fazer uso do aparato jurídico, desde que previsto na referida lei.

Não há previsão legal expressa na Lei de Licitações que determine a responsabilidade da Administração Pública de fiscalização dos contratos de trabalho privados. Tal responsabilidade repousa no Anexo I do Decreto n.º 5063/2004, o qual garante ao Ministério do Trabalho e Emprego as devidas prerrogativas para a fiscalização da correta execução dos contratos trabalhistas. Assim, caso o Estado seja acionado porque determinada verba trabalhista deixou de ser adimplida, tal fato não decorreu diretamente da relação de trabalho entre o empregado e a terceirizada, mas do descumprimento do dever do agente público, que era obrigado a atuar de forma a impedir que se causasse o dano ao trabalhador que labora em seu benefício.

A declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações significa que o Tribunal Superior do Trabalho não pode generalizar todas as situações que forem submetidas à sua apreciação, devendo levar em consideração os fatores anteriormente elencados. O Estado possui meios capazes de fiscalizar a atuação da empresa prestadora de serviços, visto que inerente a si, nesta situação, é a verificação da regularidade da pessoa jurídica constituída no ato da contratação e a gestão de recursos humanos após a contratação, investigando rigorosamente se a inadimplência dos encargos trabalhistas decorreu de inexecução culposa, ou omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação pelo ente público contratante, além do fato de ter optado pela terceirização do serviço mediante empresa privada, assumindo o risco por tal decisão. Portanto, não está afastada a fixação de responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização, exigindo-se para sua aplicação, outrora automática, a demonstração da culpa que fazem os entes públicos responderem por encargos trabalhistas.

3.2 REPOSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA FRENTE À AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N.º 16

O provimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 trouxe não apenas a declaração da constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, mas também a readequação da Súmula 331 em seu inciso IV e a adição ao documento dos incisos V e VI. Além deste último, o qual trata da totalidade das verbas referentes ao período da prestação laboral no caso de condenação pela responsabilidade subsidiária do tomador, os incisos IV e V, transcritos abaixo, são essenciais para se demonstrar a nova postura adotada pela Corte Laboral.

(...)

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.⁹³

O comando legal do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 prevê que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada na terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Porém tal dispositivo não impede a fixação de responsabilidade do ente público, desde que verificada no caso concreto a ocorrência das condições que permitam a responsabilização descrita na Súmula 331 em seu inciso V, a qual ocorre na não execução, ou omissão, na fiscalização do descumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço.

A visão juslaboral anterior à Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 se baseava no princípio da proteção para aplicar a responsabilidade subsidiária da

⁹³ Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Administração Pública nos casos em que a empresa prestadora dos serviços não tivesse condição de arcar com os créditos trabalhistas que estivessem inadimplidos. Tal visão ia contra a visão publicista, a qual afirmava a ausência de responsabilidade do ente público em decorrência da culpa ser da empresa prestadora e não da Administração Pública.

O conflito entre as visões juslaboral e publicista acabava por indicar que a Corte Trabalhista houvera declarado a inconstitucionalidade incidental do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, invadindo a reserva de plenário definida pelo art. 97⁹⁴ da Constituição Federal, além de confrontar a Súmula Vinculante n.º 10⁹⁵. Tais dispositivos foram os fundamentos da supracitada Ação Declaratória de Constitucionalidade, a qual após seu provimento afastou a responsabilidade objetiva e exigiu a demonstração da culpa da Administração Pública para atribuição de eventual responsabilidade.

Dessa forma, conforme as palavras de Krishlene Braz Ávila, o Supremo Tribunal Federal:⁹⁶

[...] firmou posição no sentido da inexistência de qualquer amparo legal que autorize a imputação à Administração Pública de responsabilidade objetiva pelos danos causados por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público contratada ou seus empregados, pois não são os agentes públicos que, nessa qualidade, vem a causar danos a terceiros como previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas empregados da empresa contratada pela Administração Pública em regular processo licitatório.

Ademais, de bom alvitre ressaltar que não há no ordenamento pátrio lei que imponha tal ônus à Administração Pública, e eventual condenação nesse sentido estará por certo em desacordo com o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da CF.

Ocorre que o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 apenas tratou da culpa “in vigilando”, desconsiderando a culpa “in eligendo”. As consequências disso se revelam na desincumbência da Administração Pública pela

⁹⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ AMBITO JURIDICO. AVILA, Krishlene Braz. **A Terceirização de Serviços Públicos e a Responsabilidade do Estado como Tomador dos Serviços**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12987>. Acesso em 13 out. 2013.

má eleição de empresa prestadora de serviços, já que a sua escolha não constitui ato discricionário do administrador público, senão atendimento das condições previstas na Lei de Licitações e do edital do certame. Sobre o assunto, Godinho destaca que:

[...] a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa in eligendo (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa in vigilando (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização⁹⁷.

Assim, a culpa “in eligendo” não pode ser meramente descartada, visto que a fiscalização das condições do prestador de serviços deve ocorrer até a resolução do contrato, cuja dificuldade em ser cumprido pelo terceiro enseja as devidas medidas que permitam a sua efetiva execução e a solvência dos créditos laborais. Sem falar, ainda, que a Administração Pública optou por terceirizar ao invés de ter servidores de quadro específico para desempenhar a atividade ora terceirizada, beneficiando-se de seu labor.

No mesmo tema, Ivani Contini Bramante diz que:

Verifica-se, por conseguinte, que a derrota da Súmula 331/TST [é] mais aparente que real. Isto porque a Súmula citada comandava a responsabilidade do Poder Público, na terceirização, fundada na presunção absoluta da culpa, ou seja, responsabilidade objetiva, bastando tão só o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Nesse sentido, o Excelso Pretório salientou não haver possibilidade de invocar-se o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva, porque o inadimplemento de verbas trabalhistas se perfaz pela empresa prestadora dos serviços terceirizados, contratada administrativamente, e não pela Administração Pública na condição de contratante.⁹⁸

Ao se deslocar o problema para o caso concreto, bloqueia-se a aplicação das regras da responsabilidade objetiva mediante a mera presunção de culpa por

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 441.

⁹⁸ AMATRA. BRAMANTE, Ivani Contini. **A Aparente Derrota da Súmula 331/TST e a Responsabilidade do Poder Público na Terceirização**. Disponível em <www.amatra2.org.br/portal/arquivos/sumula331-inconst.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

ausência de vigilância. Deve, portanto, o juiz cuidar da demonstração da culpa da Administração Pública para que se possa lhe atribuir a responsabilidade subsidiária pelos inadimplementos das verbas trabalhistas por empresa terceirizada.

A partir disso, percebe-se que a Justiça Trabalhista não se encontra tolhida de suas atribuições, devendo em cada caso concreto verificar a responsabilidade da Administração Pública na terceirização. No julgamento da constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, realizado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, o Presidente do Supremo Tribunal Federal deixou ressaltado que tal decisão “não impedirá o [Tribunal Superior do Trabalho] de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, pois o Supremo Tribunal Federal “não pode impedir o [Tribunal Superior do Trabalho] de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”. Desta forma, conforme Ivani Contini Bramante:

[...] a proteção social do trabalhador, que presta serviços em favor da Administração Pública e acaba por não receber seus créditos trabalhistas, não pode conduzir à consideração de responsabilidade objetiva do Poder Público pelo indébito causado por terceiro. Nada obsta, contudo, a perquirir se o agente público agiu com culpa para a ocorrência do inadimplemento dos débitos trabalhistas. Se não for evidenciada, de qualquer modo, ação ou omissão, direta ou indireta, na modalidade culposa, do agente público em detrimento do contrato administrativo para a prestação de serviços terceirizados, não há como emergir responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas da empresa contratada, à luz do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Essa é a linha do entendimento pacificado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Se a Administração Pública “deu causa” ao inadimplemento das verbas trabalhistas, na terceirização, seja por ato comissivo ou por omissão, conjunto de direitos ligados à manutenção da própria vida humana, é defensável a sindicabilidade judicial da conduta estatal em prol da tutela da dignidade da pessoa humana.⁹⁹

Considerar-se-á, portanto, que a Justiça Trabalhista deve, mediante uma maior investigação, no caso concreto, fazer uso do nexos causal, da culpa e do dano para afixar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização. A fiscalização, por sua vez, não se limita à verificação das culpas “in eligendo” e “in vigilando” no contrato administrativo, devendo também atuar sobre a verificação da regularidade fiscal e trabalhista, por exemplo, o qual é expediente indispensável

⁹⁹ AMATRA. BRAMANTE, Ivani Contini. **A Aparente Derrota da Súmula 331/TST e a Responsabilidade do Poder Público na Terceirização**. Disponível em <www.amatra2.org.br/portal/arquivos/sumula331-inconst.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

(mediante certidões de quitação das referidas verbas) tanto para verificar a saúde econômica da empresa interposta como prognóstico para a adoção de atitudes que evitem o repasse dos prejuízos sofridos aos trabalhadores, seja por incapacidade em se manter num mercado competitivo pela empresa privada, seja por displicência do ente estatal na fiscalização.

CONCLUSÃO: RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

Mesmo com a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, a qual afastou a responsabilidade objetiva da Administração Pública (prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal) quando o elemento culpa não estiver presente, o teor da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho permaneceu forte, tendo em vista que foi deixada a ressalva pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal de que a decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16 não impediria a Corte Laboral “de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, pois o Supremo Tribunal Federal “não pode impedir o [Tribunal Superior do Trabalho] de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

A postura adotada pelo Judiciário Trabalhista representa o respeito à garantia fundamental do trabalhador de ser remunerado pelo serviço realizado. Ao se permitir que ele deixe de receber a contraprestação devida pelo seu trabalho, a qual possui natureza alimentar, a violência praticada é evidente, visto que o Estado utiliza de expedientes legais para desonerar-se de responsabilidades que assumiu ao terceirizar determinadas atividades. Desta forma, um dos principais fundamentos utilizados pela Corte Trabalhista para evitar que tal situação fique sem uma solução jurídica é o uso das culpas “in vigilando” e “in eligendo”, de forma que se obrigue o ente público a escolher o melhor prestador de serviços e que fiscalize tal prestação integralmente, deveres que não atendidos engendram a sua responsabilização.

Diante da ausência de legislação específica acerca da terceirização, o Judiciário Trabalhista estabeleceu uma interpretação abrangente que engloba tanto o princípio da proteção aos trabalhadores, como o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que a demonstração da culpa nas modalidades anteriormente relatadas não afronta a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

O trabalhador não pode ser o responsável pelo fracasso da atividade empresarial, ainda mais quando esta mantém relações com o ente público.

A responsabilidade subsidiária do ente público repousa sobre os dois princípios anteriormente citados, de forma que a utilização do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, se aplicado sem se considerar a condição do trabalhador, incorre em violação constitucional, cuja lesão reduz ainda mais a capacidade econômica deste, o qual possui apenas a sua força de trabalho como moeda de troca para satisfazer as suas necessidades.

A Administração Pública deve pautar suas relações jurídicas segundo os padrões de boa-fé, lealdade e transparência com o objetivo claro de não auferir lucros mediante prejuízo de terceiros, ainda mais aqueles que sequer possuem condições de enfrentá-la, a fim de satisfazer suas pretensões legítimas, em igualdade de condições. Por ter assumido o risco de terceirizar determinadas atividades, assim como auferir benefício mediante o labor dos empregados terceirizados, a Administração Pública possui o dever de atuar na defesa do interesse público e da ordem social, evitando que direitos trabalhistas sejam violados por uma evidente omissão quanto à escolha de uma má empresa prestadora de serviços e/ou a falta de fiscalização quanto à quitação das obrigações fiscais e trabalhistas.

Assim, a solução encontrada pelo Tribunal Superior do Trabalho que fundamentou a edição da Súmula 331 busca necessariamente suprir a determinação constitucional de respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da moralidade administrativa e do valor social do trabalho, conciliando-os na medida em que protege os trabalhadores de não terem satisfeitos os seus créditos trabalhistas, seja contra particulares, seja contra o ente público. Tais princípios, embora abstratos, possuem força normativa suficiente para evitar a supressão dos direitos sociais garantidos aos trabalhadores, assim como a omissão da Administração Pública em situações semelhantes.

A fim de se coadunar à posição do Supremo Tribunal Federal com a Corte trabalhista quanto à responsabilização do ente público na terceirização, torna-se necessária a investigação do caso concreto, destacando-se o nexo causal, a culpa e o dano, para afixar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. A fiscalização consistirá na constatação da regularidade fiscal e trabalhista da empresa prestadora de serviços para se verificar a sua saúde econômica e impedir o

repasse dos prejuízos sofridos aos trabalhadores. Caso o pior ocorra, que este prejuízo seja arcado por quem detém melhores condições de custeá-los e não por aqueles que se precisam se sujeitar a condições precárias de trabalho para suprirem a sua sobrevivência.

Portanto, a responsabilização subsidiária da Administração Pública deve ser encarada como um método que visa rechaçar a prática da precarização dos direitos trabalhistas pela terceirização. O Direito do Trabalho exerce importante função social, devendo focar-se na proteção do trabalhador e evitar que alterações na tutela dos direitos trabalhistas sejam baseadas em fatores positivos apenas ao empregador e a quem tome seu serviço. Por isso é que não se pode aceitar que o dano gerado pelo prestador de serviços (quando inadimplir as verbas trabalhistas), por ele não ser um agente público, não implica a responsabilização da Administração Pública, já que, a princípio, não foi ela que causou o dano. Se esta opta por terceirizar ao invés de ter servidores de quadro específico para desempenhar a atividade terceirizada, assume o risco de eventuais danos que decorram dessa prática, devendo atuar de forma a evitar que estes ocorram mediante a fiscalização das condições do prestador de serviços até a resolução do contrato administrativo. Caso contrário, configurada está sua culpa e sua consequente responsabilização.

REFERÊNCIAS

A TARDE. RICHARD, Ivan. **Lei da terceirização pode afetar renda de trabalhadores.** Disponível em <<http://atarde.uol.com.br/empregos/materias/1534633-lei-da-terceirizacao-pode-afetar-renda-de-trabalhadores>>. Acesso em 13 out. 2013.

AMATRA. BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** Disponível em <<http://www.amatra2.org.br/portal/arquivos/sumula331-inconst.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

AMBITO JURIDICO. PESSANHA, Patricia Oliveira Lima. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização: Análise sob a ótica da prevenção de litígios.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7255>. Acesso em 13 out. 2013.

AMBITO JURIDICO. AVILA, Krishlene Braz. **A terceirização de serviços públicos e a responsabilidade do Estado como tomador dos serviços.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12987>. Acesso em 13 out. 2013.

ALEIXO, Reinaldo Antônio. Responsabilidade Civil – Circunstancias Escusativas do Dever de Indenizar: excludentes de responsabilidade. Exceções à Imputabilidade; Cláusula de Não Indenizar **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos.** Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, n. 28.

ARAÚJO, VANESKA DONATO DE. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: RT, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito do Trabalho.** 8.ed. São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.5, n. 21.

BENNACHIO, Marcelo. Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, §6º da Constituição Federal. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BORGES, Ângela. **O Capital e a Mão Invisível do Trabalho: debate sobre a centralidade do trabalho no capitalismo contemporâneo.** Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2343/1/RCRH-2006-100%20CS.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

CAFFARO, Leonardo de Mello. A terceirização na Administração Pública e as Consequências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria – A ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2011, n. 214.

CAMPOS, José Ribeiro de. **A Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. São Paulo: Thomson IOB, 2006.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações do Direito do Trabalho à Luz do Neoliberalismo. In: **Revista Jurídica**. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1981, v. 15, n. 13.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, v. 7.

E-GOV UFSC. AGUIAR, Maurício Sanchotene de. **Terceirização: alguns aspectos jurídicos**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/terceirizacao-alguns-aspectos-juridicos>>. Acesso em: 13 out. 2013.

GUASQUE, Luiz Fabião. A Responsabilidade Civil do Estado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, ROSA Maria de Andrade. **Responsabilidade civil: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 6.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KEYNES, John M. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. 2003. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=FF8080812C1CBDF2012C22E03CB85432>>. Acesso em: 13 out. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Responsabilidade Civil do Estado: Reflexões a partir do Direito Fundamental à Boa Administração Pública. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.97, n.876.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A Terceirização na Administração Pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PIERRI, Deborah. As omissões dos Agentes Públicos. *Faute du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIRES, Aurélio. Terceirização: responsabilidades – um tema para reflexão. In **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, n. 31, 2000.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2011.

REVISTA DIREITO. FRANZOI, Fabrisia. **A Crise Financeira Mundial e a Flexibilização dos Direitos dos Empregados**. Disponível em <http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/wp-content/uploads/2010/03/DIREITO3_Fabrisia_Publicado.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

RIBEIRO, Leonardo Alberto. **A Responsabilidade da Administração Pública pelo Créditos Trabalhistas Decorrentes da Terceirização Ilícita**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2365, 22 dez. 2009.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Terceirização – Aspectos jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado**. Revista LTr 58-08. São Paulo. Vol. 58, n. 08, ago, 1994.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Terceirização – Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2012, n. 217.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. São Paulo: Forense, 2009.

SOUZA, Mauro César Martins de. Responsabilização do Tomador de Serviços na Terceirização. In: **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, 2001, n. 142.

SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. **Neoliberalismo e Globalização: reflexos no direito do trabalho**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13300>>. Acesso em 13 out. 2013.

TRT 3º REGIÃO. SALIM, Adib Pereira Netto. **A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho**. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf>. Acesso em 13 out. 2013

TRT-RIO. BOMFIM, Rosildo. **Terceirização – Entes estatais – Súmula 331, IV, do TST – ADC 16. Responsabilidade objetiva ou subjetiva da Administração**

Pública? Disponível em
<http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/48/18_REVTRT48_ROSILDO%20BOMFIM.PDF>. Acesso em 13 out. 2013.

VIANA, Márcio Túlio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. **Revista Tribunal Regional do Trabalho**. Belo Horizonte, n. 57, jul-dez./1997.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Tendências do Direito do Trabalho na América Latina na era da Globalização. In: **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 27. Out/Dez. 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.