



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES
TRABALHISTAS**

BRENDA JANINA FALCÃO GOMES

BRASÍLIA

2014

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

BRENDA JANINA FALCÃO GOMES

**TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES
TRABALHISTAS**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho

BRASÍLIA

2014

BRENDA JANINA FALCÃO GOMES

**TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES
TRABALHISTAS**

Monografia aprovada como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora
composta por:

Prof. Mamede Said Maia Filho (Orientador)
Universidade de Brasília

Prof. Lucas Rocha Furtado
Universidade de Brasília

Prof. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Universidade de Brasília

Prof. Bruno Rangel Avelino (Suplente)
Universidade de Brasília

Aos meus pais, com gratidão imensurável, por toda dedicação, amor e paciência proporcionados diariamente.

Ao meu amado irmão, amigo fiel e anjo protetor, por cada sorriso dado em sua companhia e por ser a razão pela qual minha vida valeu a pena.

Assim, não se trata apenas de saber o que o futuro nos espera, mas o que o futuro espera de nós. E não há neutralidade possível. Ou ajudamos a demolir o direito, ou lutamos para reconstruí-lo; ou nos curvamos à nova ordem, ou semeamos alguma desordem nessa ordem que impera do caos.

Márcio Túlio Viana

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar, por meio de abordagem interdisciplinar embasada na análise de diplomas legais, doutrina e jurisprudência, a viabilidade e a natureza jurídica da atribuição de responsabilidade civil aos tomadores de serviços em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, mormente quando a Administração Pública figura como tomadora. O entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 331) e a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADC nº 16/DF) permitem concluir que a irresponsabilidade irrestrita do Estado mostra-se incompatível com a interpretação sistêmica da legislação existente, bem como com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, principalmente no tocante à proteção ao trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização do Direito do Trabalho. Terceirização. Responsabilidade da Administração.

ABSTRACT

This work seeks to examine, through interdisciplinary view grounded in the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence, the viability and the legal nature of civil responsibility of companies that outsource regarding the noncompliance of employer obligations by the outsourcing company, mainly when the Government is the outsourcer. The Brazilian Superior Labor Court's jurisprudence combined with a final decision on the matter by the Brazilian Supreme Court lead to the conclusion that unrestricted irresponsibility of the State proves to be incompatible with the systemic interpretation of existing legislation as well as the basic principles of a Democratic State of Law, especially concerning protection of workers.

KEY-WORDS: Labor Law Flexibility. Outsourcing. Liability of Government

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS E EVOLUÇÃO	9
1.1 MODELOS DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E AS ORIGENS DA TERCEIRIZAÇÃO.....	9
1.2 TERCEIRIZAÇÃO: DEFINIÇÃO, MODALIDADES E REGULAMENTAÇÃO.....	11
1.3 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	19
CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS	23
2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	23
2.2 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....	28
CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS	33
3.1 ADC Nº 16/DF E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	36
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA: CULPA <i>IN ELIGENDO</i> E CULPA <i>IN VIGILANDO</i>	43
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social e ascensão do Estado Neoliberal, a flexibilização dos contratos de trabalho exsurge como uma das práticas oriundas do modelo de produção denominado toyotismo, ou pós-fordismo, na busca empresarial incessante pela redução de custos e maximização de lucros.

Destarte, configuram-se relações trabalhistas diversas do modelo clássico bilateral estabelecido entre empregado e empregador, como, por exemplo, a terceirização, em que, em suma, o obreiro presta serviços a um tomador e não ao seu real empregador.

Diante da prática desenfreada do fenômeno, tanto no âmbito privado quanto no público, e da ausência de regulamentação legislativa específica, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho empenha-se em resguardar os direitos trabalhistas dos obreiros mediante a edição de entendimento sumulado, mormente no que tange a eventual responsabilidade do tomador de serviços em face da insolvência da empresa terceirizada.

Na presente monografia, faz-se inicialmente uma breve exposição sobre o fenômeno da terceirização, vislumbrando origens, definições, modalidades e regulamentação. Em seguida, analisa-se a responsabilidade civil da tomadora de serviços em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas. Por fim, o estudo direciona-se especificamente para a atribuição de responsabilidade aos entes da Administração, quando tomadores de serviços, porquanto se trata de questão objeto, inclusive, de Ação Direta de Constitucionalidade ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a pesquisa busca analisar, por meio da análise de diplomas legais, doutrina e jurisprudência, valendo-se de uma abordagem interdisciplinar entre Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Constitucional, a viabilidade e a natureza jurídica de tal atribuição de responsabilidade, especificamente quando a Administração Pública figura como tomadora de serviços.

CAPÍTULO 1: TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS E EVOLUÇÃO

1.1. MODELOS DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E AS ORIGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

O sistema capitalista, no decorrer de seu desenvolvimento e expansão, impôs diferentes modelos de produção que se adequavam às necessidades cíclicas do capital, de acordo com cada momento histórico vivenciado.¹

No Estado Liberal, adotou-se o modelo taylorista de divisão do trabalho, elaborado pelo engenheiro norte-americano Frederick Taylor, baseado substancialmente na teoria de tempos e movimentos para racionalização da produção.² Implementou-se, pois, a separação e a fragmentação das atividades de planejamento das de execução, fazendo com que cada trabalhador fosse treinado para executar as tarefas específicas que lhes fossem impostas em um tempo padronizado e em determinado posto de trabalho.³

O abstencionismo do Estado Liberal na economia, todavia, proporcionou graves desequilíbrios econômicos e sociais e, dessa forma, a intervenção estatal exsurgiu como estratégia viável de regulação.⁴ A par disso, em meados do século XX, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, a economia capitalista vivenciou um de seus períodos de maior avanço, o que incitou a implementação de novos modelos de empresa e de sistemas de trabalho que se adequassem às novas exigências do mercado.⁵

Assim, o modelo de produção taylorista, até então adotado no contexto do paradigma do Estado Liberal, reestruturou-se em face do surgimento do sistema fordista, oriundo das fábricas automobilísticas de Henry Ford.⁶ As fábricas estruturavam-se de forma verticalizada e rígida, abarcando todas as etapas produtivas dos produtos de forma especializada. Adotando a produção em série e linhas de montagem, o trabalho era exercido de forma mecanicista em busca de maior produtividade, haja vista que os empregados apenas operavam repetidamente máquinas em um ritmo cada vez mais acelerado.⁷

¹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 92

² *Idem*, p. 44

³ *Idem, ibidem*

⁴ *Idem*, p. 49

⁵ *Idem*, p. 51

⁶ *Idem*, p. 49

⁷ *Idem, ibidem*

Por sua vez, por volta da década de 1970, em meio a um contexto de crise estrutural do Estado de Bem-Estar Social, estruturou-se o modelo de produção capitalista denominado toyotismo, desenvolvido no Japão e implantado na empresa Toyota pelo engenheiro Ohno, o que representou um reflexo na dinâmica empresarial do paradigma de Estado Neoliberal.⁸

O Estado Neoliberal caracterizou-se por ser um “Estado Mínimo”, de pouca intervenção nos setores da economia e, por conseguinte, nas relações de trabalho. Dessa forma, as empresas passaram a adotar novos padrões baseados na especialização de bens e serviços e na otimização de custos, implementando fórmulas redutoras e horizontais de organização da produção, visando o aumento dos lucros e a competitividade em grande escala.⁹

Em meio a esse momento também denominado pós-fordismo, o conceito de “empresa enxuta” e horizontalizada apresentava-se extremamente rentável ao adotar a ideia de que as empresas não estocariam mercadorias e atenderiam somente públicos específicos, produzindo produtos altamente especializados em pequena escala, em consonância com a demanda do mercado.¹⁰

Sob essa perspectiva, as empresas, em meio a um contexto de profundas transformações e instabilidade, adotaram diversas formas de ajuste na busca de maior flexibilidade para redução de custos e riscos, como: desverticalização e externalização da produção e promoção de novas redes de fornecedores; criação de novos mercados; fragmentação e realocização espacial da produção; maior utilização de métodos e técnicas com vistas à maior racionalização da produção e do emprego; mudanças nas suas relações com parceiros e clientes (fornecedores, compradores, consumidores finais); reorganização das formas de distribuição dos produtos e das relações com os mercados; e mudanças no perfil de aplicações patrimoniais.¹¹

O modelo japonês toyotista foi usado como inspiração para significativo contingente de empresas que pretendiam viabilizar a acumulação de capital, priorizando, de forma simultânea, flexibilidade nos contratos de trabalho e controle da

⁸ *Idem*, p. 93-95

⁹ *Idem*, p. 169

¹⁰ *Idem*, p. 94

¹¹ BIAVASCHI, Magda Barros. DOS SANTOS, Anselmo Luis. **A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014, p. 22

qualidade de serviços.¹² Tal flexibilização nos contratos traduziu-se, dentre outras formas, em contratações temporárias e em subcontratações, que ocasionaram, por sua vez, o surgimento de relações de trabalho triangulares, ou seja, diversas daquelas manifestamente bilaterais que caracterizavam o modelo clássico entre trabalhador e empregador. Eis, portanto, o cerne¹³ do fenômeno da terceirização.

Se por um lado, todavia, economistas e estudiosos liberais do *mainstream* consideram a terceirização uma via de acréscimo da produtividade, ampliação da competitividade e geração de postos de trabalho, importante observar que, por outro lado, profissionais de distintas áreas de conhecimento concluem não haver evidência alguma, teórica ou empírica, de que essa forma de contratação contribua efetivamente para o aumento da produtividade e da competitividade, mas, sim, para o aprofundamento das iniquidades, precarizando ainda mais as relações de trabalho no país, com drástica redução dos direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais.¹⁴

1.2 TERCEIRIZAÇÃO: DEFINIÇÃO, MODALIDADES E REGULAMENTAÇÃO

Construída pela área de administração de empresas, a expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra *terceiro*, entendido aqui como um intermediário, interveniente.¹⁵ Com alusão ao setor terciário da economia, em que se situam os serviços em geral, a palavra terciarização também foi cunhada para designar o fenômeno, contudo não chegou a consolidar-se,¹⁶ assim como várias outras denominações, como subcontratação, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização e parceria.¹⁷

Segundo Maurício Godinho Delgado,

para o Direito do Trabalho a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação

¹² DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. Op. Cit., p. 95

¹³ Augusto César Leite de Carvalho e Lelio Bentes Corrêa ressaltam que alguns estudos revelam que as denominadas *Temporary Work Agencies* teriam surgido nos Estados Unidos por volta de 1948, não obstante a Organização Internacional do Trabalho não apresentar dados estatísticos de tal prática empresarial até meados de 1960. (CARVALHO, Augusto César Leite de. CORRÊA, Lelio Bentes. **Terceirização no âmbito da empresa privada**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014, p. 37)

¹⁴ BIAVASCHI, Magda Barros. DOS SANTOS, Anselmo Luis. **A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST**. Op. Cit., p. 19-22

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 435

¹⁶ *Idem, ibidem*

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206

justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma **relação trilateral** em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: **o obreiro**, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; **a empresa terceirizante**, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; **a empresa tomadora de serviços**, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.¹⁸ (grifos acrescidos)

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros descreve a terceirização como a transferência de atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, para outra empresa, com o objetivo de redução de custos operacionais e melhorias no produto ou serviço, já que a empresa poderá dedicar-se exclusivamente à sua atividade-fim.¹⁹

Pode-se dizer, também, que o fenômeno da terceirização encontra similitude com o instituto da *sous-traitance* adotado no Direito Francês, que consiste em uma espécie de empreitada em que a empresa tomadora celebra contrato com outra pessoa física ou jurídica, em que esta encarrega-se da produção de um serviço que a própria tomadora deveria realizar para um cliente.²⁰

Logo, conclui-se que o fenômeno da terceirização sugere que as empresas descentalizem determinadas atividades que se distanciam da função precípua do empreendimento. Assim, ao delegar tais atividades a prestadores de serviço, podem concentrar-se no foco principal do próprio negócio, com o objetivo de permanecerem competitivas no mercado.

Ressalta-se que a empresa tomadora descentraliza certas atividades, inclusive o vínculo de emprego, para as empresas prestadoras e, por conseguinte, estas responsabilizar-se-ão por toda a dinâmica produtiva, caso sejam autônomas, porquanto,

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Op. Cit., p. 435

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo, LTr: 2012, p. 357

²⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 473

caso haja interdependência entre tais empresas, haverá formação de grupo econômico, consoante o artigo 2º, § 2º, da CLT.²¹

Ademais, segundo Gabriela Neves Delgado, a terceirização manifesta-se de duas formas: de serviços e de atividades. No que concerne à terceirização de serviços, os obreiros terceirizados fornecem mão de obra à empresa tomadora, sendo que esta continua responsável pela produção de bens e atividades.²² Já no que tange à terceirização de atividades, são formadas parcerias entre as empresas, onde é possível identificar relações de trabalho de forma trilateral.²³ Contudo, focar-se-á aqui na terceirização de serviços.

Quanto à regulamentação, a Consolidação das Leis do Trabalho, Lei nº 5.452/43, principal fonte normativa heterônoma no que concerne às relações empregatícias, não apresenta dispositivo algum que verse sobre a terceirização propriamente, prevendo como subcontratação de mão de obra, sobretudo, a empreitada e a subempreitada. Todavia, quando o fenômeno ganhou mais visibilidade no cenário nacional com práticas generalizadas no âmbito empresarial, houve a necessidade de normatizar tal prática.

A par disso, importantes inovações legislativas foram editadas, como o Decreto-Lei nº 200/67, que previu a descentralização de atividades na Administração Federal em seu artigo 10; a Lei nº 5.645/70, que deu preferência à terceirização de algumas atividades operacionais no âmbito do Poder Público; a Lei nº 6.019/74, que dispôs sobre o trabalho temporário; e a Lei nº 7.102/83, que autorizou a terceirização do trabalho de vigilância bancária.

A jurisprudência trabalhista, buscando acompanhar o fenômeno da terceirização, que se expandia e era aplicado com generalidade à margem de regulamentação específica, editou o Enunciado nº 256 em 1986, ainda sob a égide da Constituição de 1967. Eis o teor do referido enunciado do TST:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE**

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de

²¹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo.** Op. Cit., p. 121

²² *Idem*, p. 120

²³ *Idem, ibidem*

20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Percebe-se, portanto, a preocupação do Tribunal Superior do Trabalho em coibir a terceirização, taxando expressamente as hipóteses em que tal prática seria lícita. Nas demais, a terceirização seria considerada ilícita, ou seja, tentativa de burlar a legislação trabalhista, formando-se, por conseguinte, o vínculo empregatício diretamente entre o empregado e a tomadora de serviços.

O entendimento sumulado, todavia, por se mostrar estritamente restritivo e não abarcar outras hipóteses de terceirização, além de não frear a prática descomedida, foi cancelado com a edição da Súmula nº 331, de seguinte teor:

**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).

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

A alteração disposta, ao estabelecer no item III que não se forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação, de limpeza e de especializados ligados à atividade-meio do tomador, bem como o trabalho temporário, alargou as hipóteses de terceirização lícita, porquanto, em qualquer outra contratação de trabalhadores por empresa interposta, ou caso existentes a pessoalidade e a subordinação direta, requisitos do reconhecimento da relação clássica de emprego, estar-se-ia diante de uma ilicitude, conforme o item II da referida súmula.

Outrossim, grande parte da prática terceirizante adotada pelas empresas refere-se à descentralização de atividade-meio, prevista no item III da súmula.²⁴ Contudo, não obstante o esforço jurisprudencial e doutrinário, não existem parâmetros bem definidos para distinguir tais atividades da atividade-fim.

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, **atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.**

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica empresarial ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, **atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.** São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei nº 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras **atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento** (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc).²⁵ (grifos acrescentados)

Importante ressaltar que, atualmente, a matéria encontra-se em foco no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na medida em que o ministro Luiz Fux reconheceu a repercussão geral no ARE 713.211²⁶, sob a tese de que a terceirização de serviços restrita à atividade-meio pelo entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 331, item III), sem respaldo em lei, poderia interferir no direito fundamental de livre iniciativa, violando o princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Do mesmo modo, o ministro Teori Zavascki

²⁴ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo.** Op. Cit., p. 125

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** Op. Cit., p. 450

²⁶ ARE 713211 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2/10/14

reconheceu a repercussão geral no ARE 791932 RG²⁷, em que se debate praticamente o mesmo (possibilidade de terceirização em atividade-fim), mas com enfoque nas concessionárias de serviços de telecomunicações, haja vista que o artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 permite a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares. As decisões tomadas pelo STF, a depender do resultado, poderão acarretar substancial alteração na maneira de compreender o fenômeno da terceirização, fazendo com que o TST perca legitimidade, ou reafirmando a postura adotada com o entendimento jurisprudencial.²⁸

Por meio da Resolução nº 96/2000, com o aprofundamento da terceirização no Poder Público, o item IV da Súmula nº 331 foi alterado para incorporar os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista como possíveis responsáveis subsidiários em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, desde que houvessem participado da relação processual e constassem no título executivo judicial.

O fenômeno, todavia, não obstante os esforços jurisprudenciais e doutrinários, ainda necessita de regulação específica, haja vista que tais diplomas consistem em legislação precária em comparação à prática generalizada tanto na esfera pública quanto na privada. Diante disso, como tentativa de regulamentar e preencher a lacuna legislativa existente, encontra-se em andamento no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.330/2004, apresentado pelo Deputado Sandro Mabel (PMDB-GO), mas com substitutivo do Deputado Roberto Santiago (PSD-SP), alvo de muitas críticas²⁹ pelos estudiosos do Direito do Trabalho, como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra)³⁰, Associação Nacional dos

²⁷ ARE 791932 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 05/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2014 PUBLIC 17-06-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2/10/14

²⁸ BIAVASCHI, Magda Barros. DOS SANTOS, Anselmo Luis. **A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST**. Op. Cit., p. 33

²⁹ Nas palavras de Graça Druck e Vitor Filgueiras: “Em síntese, o PL nº 4.330 contém todas as formas de precarização que atentam contra a vida dos trabalhadores, estabelecendo, na forma da lei, a desigualdade e a discriminação entre os trabalhadores, derrubando direitos e legalizando todas as iniciativas patronais que têm sido condenadas pela Justiça do Trabalho, através de decisões/sentenças do TST e TRTs. Ademais, não proíbe a intermediação de mão de obra, ao contrário, incentiva, ao liberar as redes de subcontratação, através da quarteirização, quinterização e assim por diante.” (DRUCK, Graça. FILGUEIRAS, Vitor. **A epidemia da terceirização e a responsabilidade do STF**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014. p. 121-122)

³⁰ Carta aberta disponível em <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-divulga-carta-aberta-contraterceirizacao>> Acesso em: 10/8/2014

Procuradores do Trabalho (ANPT)³¹ e, inclusive, ministros do Tribunal Superior do Trabalho³².

Quanto a isso, o Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”, da Universidade de Brasília, manifestou repúdio ao referido projeto de lei, argumentando, precipuamente, que o projeto admitiria a terceirização indiscriminada de todas as atividades empresariais, incluindo, pois, a atividade-fim das empresas. Eis algumas considerações pertinentes da nota publicada, em que se manifesta a precariedade existente no trabalho terceirizado:

2. Nesses termos, o projeto de lei, ao permitir a intermediação de mão de obra, ou merchandage, ofende um dos princípios básicos da Organização Internacional do Trabalho, o de que o trabalho humano não é mercadoria, e retira do trabalhador a condição de sujeito que oferta e contrata sua mão de obra para impor a ele a condição de objeto de um contrato de prestação de serviços entre duas empresas.

(...)

4. A terceirização tem sido responsável pela subjugação dos terceirizados inclusive no que toca às condições de saúde e segurança, sendo marcante o fato de que a incidência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais entre terceirizados chega a ser 4 vezes maior que entre empregados contratados diretamente pelas empresas destinatárias finais dos seus serviços.

5. Trabalho não é custo: trabalho é meio de inserção socioeconômica e afirmação subjetiva dos seres humanos, razão porque, não se pode tolerar que, a pretexto de favorecer a geração de lucro e de reduzir indefinidamente as despesas com pessoal, as empresas forjem subcategorias de trabalhadores terceirizados, subcontratados, sub-remunerados e desprovidos de condições de saúde e segurança no trabalho. O centro do ordenamento jurídico é a pessoa humana e o pleno desenvolvimento de suas potencialidades como pessoa e cidadã, objetivo que fica inviabilizado quando o mundo do trabalho se encontra dominado por trabalhadores em condição de precariedade extrema, configurando mão de obra rotativa, descartável e desvalorizada.³³

³¹ Nota técnica disponível em <<http://www.anpt.org.br/aux1/2013/240/anpt18840019517298.pdf>> Acesso em: 10/8/2014

³² Ofício assinado por 19 ministros do Tribunal Superior do Trabalho disponível em <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/terceirizacao-maioria-dos-ministros-do-tst-pede-rejeicao-do-pl-4-330-2004>> Acesso em: 10/8/2014

³³ Nota de repúdio disponível em <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1065%3Amanifesto-de-repudio-ao-projeto-de-lei-nd-43302004&catid=189%3Aeventos-a-noticias-anteriores&lang=br> Acesso em: 10/8/2014

Ao revés desse contexto, no Japão e nos Tigres Asiáticos, a terceirização possui lei específica regulando-a, sendo prática comum e largamente utilizada.³⁴ Em outro extremo, alguns países como a Itália e a Suécia consideram o instituto nefasto ao trabalhador e, por conseguinte, proíbem sua prática.³⁵

Ainda no que concerne ao âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção nº 181 em 1997, ratificada por diversos países, consentindo que agências de emprego fossem instituídas para “serviços que consistem em empregar trabalhadores com o fim de os pôr à disposição de um terceira pessoa, singular ou coletiva (adiante designada ‘empresa utilizadora’), que determina suas tarefas e supervisiona a sua execução” e, posteriormente, publicou a Recomendação nº 188, pugnando a adoção de medidas necessárias e apropriadas à eliminação de condutas antiéticas pelas agências privadas de emprego.³⁶

Segundo Vantuil Abdala, além disso, a Súmula nº 331 do TST consistiu em avanço corajoso, mas insuficiente para disciplinar todas as nuances desse tipo de relação.³⁷ Dispôs, ainda na década de 90, que, do mesmo modo que ocorre no Japão, a exploração de atividade por uma empresa prestadora de serviços deveria ser autorizada pelo Ministério do Trabalho, por meio de licença especial, bem como disciplinado o conteúdo dos contratos, com descrição dos trabalhos a serem executados e quem os dirigirá.³⁸

Percebe-se, portanto, que, atualmente, o fenômeno da terceirização, derivado das práticas toyotistas, mostra-se como vantajosa adoção para as empresas, sob o ponto de vista econômico e, assim, apresenta-se como prática inafastável do mundo capitalista globalizado, cada vez mais pautado pelo consumo e pela redução de custos.

Todavia, as transformações oriundas da terceirização, incidentes no mercado de trabalho e na ordem jurídica do país, necessitam ser avaliadas e repensadas, principalmente no tocante ao Direito do Trabalho, “de modo a não propiciar que ele se

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Op. Cit., p. 483

³⁵ *Idem, ibidem*

³⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. CORRÊA, Lelio Bentes. **Terceirização no âmbito da empresa privada**. Op. Cit., p. 39

³⁷ ABDALA, Vantuil. **Terceirização: atividade-fim e atividade-meio; responsabilidade subsidiária do tomador de serviço**. Revista LTr : legislação do trabalho, v. 60, n. 5, maio 1996, p. 590.

³⁸ *Idem, ibidem*

transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental.”³⁹

O arcabouço principiológico constitucional, inclusive, pauta-se em fundamentos e objetivos fundamentais que, de certa forma, balizam o fenômeno da terceirização, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a valorização do trabalho (artigos 1º, IV e 170, *caput*), a busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, III) e a busca da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação (artigo 3º, IV).⁴⁰

Quanto a isso, destaca-se a audiência pública realizada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho em outubro de 2011, em que diversos agentes sociais, como sociedades civis e entidades estatais, refletiram sobre o fenômeno da terceirização e afirmaram, em consonância com o Estado Democrático de Direito e os pilares constitucionais, a necessidade de acompanhamento de limites, requisitos e proteções jurídicos com o objetivo de evitar a precarização do trabalho, do trabalhador e do meio ambiente laborativo.⁴¹ A referida audiência também mostrou-se importante na articulação do Fórum Nacional Permanente em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização.

1.3 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO

A Administração Pública atua em consonância com um arcabouço de princípios expressos e implícitos. Dentre eles, encontra-se o princípio da legalidade, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Tal princípio consiste em referência do Estado de Direito, pois impõe à Administração observância estrita aos limites legais, objetando, por conseguinte, possíveis excessos de discricionariedade.

O princípio da legalidade aplicado à Administração, todavia, distingue-se quando aplicado aos particulares, pois estes podem fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto aquela apenas pode fazer o que a lei previamente autorize.

Assim, para que seja possível a prática da terceirização no âmbito do Poder Público, mostra-se necessária autorização legal. Por meio da reforma administrativa

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Op. Cit., p. 437

⁴⁰ *Idem*, p. 445

⁴¹ *Idem*, p. 444

implantada em 1967, o Estado procurou evitar o crescimento desmedido do quadro funcional e, para tanto, instituiu o Decreto-Lei nº 200.

O diploma citado previu, em seu artigo 10, que as atividades executadas pela Administração Federal deveriam ser amplamente descentralizadas. Ademais, estabeleceu o seguinte em seu § 7º:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a **Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas**, recorrendo, sempre que possível, à **execução indireta**, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (grifos acrescidos)

Percebe-se que o dispositivo não se preocupou em estabelecer quais seriam tais “tarefas executivas” as quais a Administração poderia desobrigar-se. Todavia, a leitura sistemática do artigo permite concluir que se tratam daquelas distintas das atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

Da mesma forma, a Lei nº 5.645/70, ao classificar os cargos públicos na esfera federal, discriminou que os serviços de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas seriam preferencialmente objeto de contratação indireta (artigo 3º, parágrafo único).

Com a insurgência da Constituição de 1988, emergiu a exigência de licitação para contratações de serviços e obras no âmbito da Administração, o que representou importante instrumento de moralidade nas atividades estatais. Pode-se dizer, ainda, que essa disposição expressamente recepcionou a figura da contratação indireta de serviços, ou seja, da terceirização, na seara do Poder Público.⁴²

A disposição restritiva estabelecida na Lei nº 5.645/70 levou o Tribunal de Contas da União, exercendo seu papel de controle externo da legalidade dos atos do Poder Público Federal, a considerar irregulares muitas contratações concernentes a

⁴² *Idem*, p. 115

atividades inseridas no núcleo das atribuições dos entes públicos.⁴³ Tais decisões, por conseguinte, incitaram o governo federal a revogar o dispositivo da Lei nº. 5.645/70 e editar o Decreto nº 2.271/97, instituindo limites menos rígidos à contratação de serviços no âmbito da Administração Pública.⁴⁴

O diploma supramencionado estabeleceu que atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade poderiam ser objeto de execução indireta (artigo 1º, *caput*), bem como proibiu tal prática 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 (artigo 1º, § 2º).

Ademais, antes da Constituição de 1988, a terceirização das “tarefas executivas”, entendidas como de apoio administrativo, não se mostrou como foco principal para a Administração, haja vista que ainda vigorava a possibilidade de contratação direta de empregados.⁴⁵ Todavia, com o objetivo de evitar práticas patrimonialistas, com diversos apadrinhamentos em cargos públicos, a Carta Magna estabelece em seu artigo 37, inciso II, aprovação prévia em concurso público como requisito para investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, ou seja, cargos *ad nutum*, sendo que a inobservância deste preceito constitucional implica na nulidade do ato, consoante o § 2º do mesmo artigo. Dessa forma, os contratos de terceirização passaram a ser utilizados largamente de forma estrutural e não mais complementar, configurando até mesmo uma espécie de “superterceirização no interior da máquina pública”, como denomina Helder Santos Amorim.⁴⁶

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e a reforma do aparelho estatal, utilizou-se do princípio da eficiência, inserido no rol de princípios do artigo 37 da Constituição Federal, para justificar a adoção de parâmetros para combater a burocracia administrativa, baseados em maximização de resultados econômicos e de

⁴³ AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público: Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo, LTr: 2009, p. 64

⁴⁴ *Idem, ibidem*

⁴⁵ *Idem*, p. 62-63

⁴⁶ *Idem*, p.74

racionalização do uso de mão de obra própria, que ocorreria com a contenção na admissão de novos servidores públicos e o alargamento nas terceirizações.⁴⁷

Por conseguinte, não obstante a possibilidade de terceirização de serviços no âmbito estatal, caso tal procedimento ocorra de forma irregular, não haverá formação de vínculo de emprego com os órgãos da Administração, por previsão constitucional de necessidade de concurso público. Aplica-se, todavia, caso haja igualdade de funções, o entendimento exarado na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SbDI-1 do TST, em que, por aplicação analógica do artigo 12, “a”, da Lei nº 6.019/74, defere-se ao trabalhador contratado irregularmente as mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços que, no caso, trata-se do Poder Público.

Maria Sylvia Zanella de Pietro destaca, ainda, que, não obstante o artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) determinar que “os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘outras despesas de pessoal’”, não se corrobora a terceirização de atividade-fim no âmbito do Poder Público, porquanto o referido dispositivo apenas dispõe que, caso ocorra tal ilegalidade, dessa forma deverá ser contabilizada.⁴⁸

⁴⁷ *Idem*, p.65 e 69

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 361

CAPÍTULO 2: RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS

Terminologicamente, a palavra “responsabilidade” provém do latim *respondere*, remontando a ideia de garantia de restituição ou compensação de um bem sacrificado.⁴⁹ Partindo desse pressuposto, a responsabilidade civil, segundo Maria Helena Diniz, consiste na aplicação de medidas que obriguem o autor da ofensa a reparar o dano causado a terceiros, seja ele moral ou material, em consequência de imposição em lei, de ato por ele praticado ou por pessoa ou coisa por quem ele seja responsável.⁵⁰

A responsabilidade civil incide em diversos ramos do Direito, com as devidas adaptações, conforme aplicável à seara do direito público ou privado, pois abrange um campo ilimitado e repercute em todas as atividades humanas.⁵¹ Porém, os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, na medida em que a diferenciação dá-se apenas no que tange às matérias.⁵²

No âmbito do Direito do Trabalho, há autorização expressa de aplicação subsidiária do direito comum naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais trabalhistas (artigo 8º, parágrafo único, da CLT). Destarte, as regras basilares pertinentes à responsabilidade civil harmonizam-se com o princípio da proteção ao trabalhador, o que corrobora a aplicação da responsabilidade civil na seara trabalhista. Cabe analisar, todavia, a viabilidade de incidir o instituto em casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços em terceirização e, por conseguinte, qual sua natureza jurídica.

2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Como regra, a responsabilidade ocorre na modalidade direta, incidindo sobre o próprio causador do dano. Aplica-se, contudo, a modalidade indireta em casos excepcionais, conforme previsão do artigo 932 do Código Civil, também denominada de “responsabilidade por fato de outrem”. Consiste na atribuição de responsabilidade a

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 207

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7: *Responsabilidade Civil*. 27ª Ed. São Paulo, Saraiva: 2013, p. 50

⁵¹ *Idem*, p. 20

⁵² *Idem*, *ibidem*

outro que não seja o autor do ato ilícito, mas que esteja ligado a ele por algum vínculo jurídico que lhe imponha dever de guarda, vigilância ou custódia.⁵³

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, com o advento do atual Código Civil, findou-se a controvérsia acerca da natureza da responsabilidade aplicável em casos de “fatos de outrem”, porquanto o artigo 933 estabeleceu que aqueles indicados nos incisos I a V do artigo 932 responderiam pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos, independentemente de culpa.⁵⁴ Eis o teor dos referidos artigos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Desse modo, consagrou-se a aplicação da responsabilidade objetiva em casos de “fatos praticados por outrem”. Importante distingui-la, por conseguinte, da responsabilidade civil de natureza subjetiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, adotou-se a responsabilidade civil subjetiva, sendo a responsabilidade objetiva exceção. Segundo o artigo 927 do Código Civil, o autor de ato ilícito que causar dano a outrem se obriga a repará-lo. Por conseguinte, os artigos 186 e 187 do Código Civil dispõem sobre os atos ilícitos, conforme transcrição a seguir:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 204

⁵⁴ *Idem*, p. 206

seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Da leitura dos artigos supramencionados, depreende-se que a responsabilidade subjetiva pressupõe um ato culposo e o nexo de causalidade entre este e o dano ocasionado à vítima, moral ou material. O abuso de direito, caracterizado pelo excesso, exercido pelo titular de um direito, que ultrapasse os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, também consiste em ato ilícito e, por conseguinte, enseja reparação pelo responsável, ainda que não exista dano.

De outro lado, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. A responsabilidade objetiva, portanto, prescinde da comprovação de culpa e fundamenta-se na existência do risco, bastando a existência do dano e do nexo causal para que exsurja.

Além disso, convém dispor sobre o instituto da culpa presumida, um dos estágios na evolução entre o sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva.⁵⁵ Com o escopo de favorecer a reparação da vítima, presume-se a culpa do autor do dano, cabendo a ele constituir prova em contrário, ou seja, não obstante a responsabilidade continuar fundando-se na existência de culpa, inverte-se o ônus probatório para o autor do dano.⁵⁶ Depreende-se, desse modo, que a presunção estabelecida à culpa é *juris tantum*.

Da leitura do item IV da Súmula nº 331 do TST, depreende-se aplicável a responsabilidade objetiva do tomador de serviços em face do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, porquanto nada cogita-se a respeito da aferição de eventual conduta culposa. O entendimento de que se presume a culpa do tomador de serviços mostrar-se-ia equivocado, pois, nesse caso, haveria a possibilidade deste constituir prova em contrário para isenção da responsabilidade, acarretando ineficácia ao princípio da proteção ao trabalhador. De igual modo, entender pela aplicação da responsabilidade subjetiva também deixaria o trabalhador à deriva de seus direitos, pois haveria necessidade de discutir a caracterização de culpa.

⁵⁵ *Idem*, p. 42

⁵⁶ *Idem*, *ibidem*

Os precedentes do item IV da referida súmula, exarados da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, órgão uniformizador de jurisprudência, contudo, remontam a caracterização da responsabilidade do tomador de serviços baseada na ocorrência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, respectivamente, pela má escolha da prestadora de serviços e pela ausência de fiscalização no cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada.

A título de exemplo, o Ministro Lelio Bentes Corrêa, nas razões do acórdão oriundo do processo ERR-150400-75.2001.5.17.0007⁵⁷, dispôs que “evidenciada, assim, no caso concreto, nos termos da orientação emanada do indigitado verbete sumular, a responsabilidade subsidiária da reclamada em face do descumprimento de obrigações por parte da empresa contratada em relação aos direitos de seus empregados. Nesse caso, não se pode deixar de imputar ao contratante a responsabilidade decorrente do comportamento omissivo e irregular ao deixar de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, estando configurada a culpa *in vigilando*.”

Da mesma forma, o Ministro Vieira de Mello Filho, nas razões do acórdão oriundo do processo E-ED-RR-413100-18.2004.5.02.0201⁵⁸, ressaltou que “com efeito, a responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços decorre do proveito por esta auferido do trabalho do empregado, da culpa na escolha e vigilância do prestador dos serviços, assim como da possibilidade deste não adimplir os encargos trabalhistas que lhe são conferidos.”

Ora, discorda-se, *data venia*, de tais posicionamentos, porquanto a responsabilidade de natureza objetiva, modalidade que alude maior garantia de efetividade aos direitos do trabalhador, prescinde de configuração de conduta culposa. Não há que se falar, portanto, em aferição de culpa da empresa tomadora de serviços, prática essa que sequer é realizada na análise dos casos levados à Justiça do Trabalho, pois, consoante dispõe a Súmula nº 331 do TST, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, por si só, implica na responsabilidade subsidiária, não admitindo, ainda, qualquer excludente.

⁵⁷ E-RR-150400-75.2001.5.17.0007, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 24/06/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 06/08/2010. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 25/8/2014

⁵⁸ E-ED-RR-413100-18.2004.5.02.0201, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 12/11/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 20/11/2009. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 25/8/2014

Ademais, o artigo 2º da CLT dispõe que o empregador assume os riscos da atividade econômica por ele desempenhada, o que corroboraria a aplicação da responsabilidade objetiva. Portanto, depreende-se que aquele que, buscando alternativa vantajosa economicamente, escolhe descentralizar suas atividades-meio através da prática da terceirização, deve assumir os riscos que dela exsurjam.

Como fundamento legal, Rodolfo Pamplona Filho dispõe que o dispositivo que alberga a responsabilidade civil objetiva do empregador ou comitente pelo ato de seus empregados, serviçais ou prepostos (artigos 932, inciso III, e 933 do Código Civil) é plenamente aplicável à terceirização, haja vista que o prestador de serviços consistiria em um preposto do tomador para a consecução de determinado serviço.⁵⁹

Outro embasamento legal sustentado por alguns autores, como pelo Ministro Alexandre Agra Belmonte, ao citar as razões de decidir do acórdão de sua relatoria oriundo do RO-326-2004-010-01-00.0, consiste na interpretação analógica dos artigos 16 da Lei nº 6.019/74 e 455 da CLT, conjugados com a matriz principiológica de proteção ao trabalhador, do risco empresarial e da efetividade e preferência no recebimento dos créditos trabalhistas, à luz dos artigos 2º, *caput*, da CLT e 100 da Constituição Federal, interpretação que se mostra necessária para adequar a lei (no caso, a Consolidação das Leis do Trabalho) à realidade contemporânea e, por conseguinte, solucionar novos conflitos decorrentes da nova relação jurídica ocasionada pela terceirização.⁶⁰

Alguns sustentam, ainda, a aplicabilidade dos artigos 187 e 927 do Código Civil, haja vista que a tomadora dos serviços abusaria do direito de terceirizar, na medida em que não fiscaliza o cumprimento do contrato e não elege adequadamente as empresas intermediadoras.⁶¹ Outrossim, corrobora a caracterização do abuso de direito o argumento de que excederia o fim econômico e social o tomador beneficiar-se da prestação dos serviços de um trabalhador que tem seus direitos trabalhistas sonegados e, por conseguinte, cabível a responsabilização.

⁵⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro**, Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 70, n. 1, jan./jun. 2004, p. 117

⁶⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 30-31

⁶¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Op. Cit, p. 502

Afora todos os argumentos expostos, não obstante o impasse sobre aplicação de responsabilidade objetiva ou subjetiva, percebe-se que a responsabilização da tomadora de serviços representa resposta da jurisprudência na busca por remédios jurídicos hábeis que confirmam eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização.⁶² O tomador de serviços beneficia-se diretamente da mão de obra do trabalhador, mostrando-se inviável isentá-lo da respectiva responsabilidade por insolvência da prestadora de serviços.

2.2 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

No que concerne à aplicação de subsidiariedade ou solidariedade, em caso de terceirização ilícita, o entendimento majoritário repousa na aplicação da responsabilidade solidária, o que implica, inclusive, na formação do vínculo empregatício diretamente entre o obreiro terceirizado e a empresa tomadora dos serviços, salvo em caso de terceirização de serviços com ente da Administração, por expressa proibição constitucional (artigo 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal e Súmula nº 331, item II, do TST).

Consoante o artigo 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, decorrendo de lei ou de vontade das partes. Assim, o embasamento legal da responsabilidade solidária em caso de terceirização ilícita advém do artigo 942 do Código Civil, porquanto o dispositivo prevê que, havendo mais de um autor, responderão solidariamente pela reparação do dano causado, em caso de ofensa ou violação do direito de outrem.

Na responsabilidade solidária, consoante a diretriz perfilhada no artigo 275 do Código Civil, o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns devedores a dívida comum. Logo, adequando o panorama à terceirização ilícita, o trabalhador tem direito a exigir tanto da tomadora de serviços, quanto da prestadora, as suas dívidas trabalhistas, porquanto ambas concorreram na ilicitude da intermediação de mão de obra. Ressalta-se que, nesse caso, a verdadeira empregadora do trabalhador figura-se na tomadora de serviços, reconhecendo-se o vínculo de emprego diretamente.

Segundo Vólia Bomfim Cassar, ainda que o entendimento sumulado do TST não disponha sobre a responsabilidade solidária em casos de terceirização ilícita, tal

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Op. Cit., p. 477

imputação decorre de normativo legal, tanto na lei civil (artigo 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil) como na lei trabalhista (artigo 9º, 2º e 3º da CLT).⁶³

O intermediador responde porque contratou o trabalhador, atraindo para si a responsabilidade trabalhista, por isso é chamado de empregador formal ou aparente. Quando é desfeita esta farsa e repassado judicialmente o vínculo empregatício ao tomador, real empregador, não poderá ser desprezada a responsabilidade, mesmo porque não se pode premiar o infrator da norma em seu próprio proveito, o que é repudiado pelo direito. Logo, o tomador responde porque é o real empregado e o intermediador porque é o empregador aparente e também porque praticaram, em conjunto, atos ilegais com o objetivo de fraudar e prejudicar os direitos trabalhistas do trabalhador (art. 9º da CLT).⁶⁴

Conforme dispõe o entendimento do TST (Súmula nº 331), outrossim, subsistindo a licitude da terceirização, impõe-se a responsabilidade subsidiária à empresa tomadora dos serviços terceirizados pelos inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa intermediária, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Ressalta-se a possibilidade do responsável subsidiário, caso acionado judicialmente, ajuizar ação regressiva em desfavor da empresa prestadora inadimplente.

A responsabilidade subsidiária traduz-se naquela que vem “em reforço de” ou “em substituição de”.⁶⁵ Consiste, pois, em uma espécie de benefício de ordem, haja vista que, caso o devedor principal, no caso, a prestadora de serviços, seja insolvente, o devedor secundário, a tomadora, deverá arcar com a dívida.⁶⁶ De forma mais detalhada, explica Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

(...) uma das pessoas tem o débito originário e a outra tem apenas a responsabilidade por esse débito. Por isso, existe uma preferência (dada pela lei) na “fila” (ordem) de excussão (execução): no mesmo processo, primeiro são demandados os bens do devedor (porque foi ele quem se vinculou, de modo pessoal e originário, à dívida); não tendo sido encontrados bens

⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Op. Cit., p. 501

⁶⁴ *Idem, ibidem*

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 2: *Obrigações*. 13ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119

⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do Trabalho**. 13ª Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 137

do devedor ou não sendo eles suficientes, inicia-se a excussão de bens do responsável em caráter subsidiário, por toda a dívida.⁶⁷

Vantuil Abdala, quanto a isso, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, entendia aplicável a responsabilidade na modalidade subsidiária, baseando-se, entre outros aspectos, na responsabilização do empregador pelos danos causados a outrem por seus empregados e prepostos no exercício do trabalho, ou seja, responsabilidade por “fato de outrem”, outrora disposta no artigo 1.521 do Código Civil de 1916, mas consubstanciada no artigo 932 do Código Civil de 2002.⁶⁸

Alguns doutrinadores, todavia, defendem posicionamento diverso. Alguns entendem que a atribuição de responsabilidade subsidiária revela-se incompatível com o ordenamento jurídico, porquanto os títulos trabalhistas deveriam ser amparados pela responsabilidade na modalidade solidária.⁶⁹ Nesse sentido, apesar da redação conflitante com o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, houve, inclusive, a aprovação do Enunciado nº 10 na Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, sob os seguintes termos:

10. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

Como argumento para adoção da responsabilidade em caráter solidário, Michel Olivier Giraudeau utiliza a ideia de que tratar-se-ia de uma reparação de danos por atos de terceiros, disposta no artigo 932, inciso III, do Código Civil, haja vista que a tomadora de serviços agiria como comitente, ao exigir da prestadora, mediante pagamento, a execução de um trabalho em seu nome e sob sua direção.⁷⁰ Outro argumento sustentado consiste na aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, porquanto a tomadora assumiria o risco pelo inadimplemento dos títulos

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 2: *Obrigações*. Op. Cit., p. 119

⁶⁸ ABDALA, Vantuil. **Terceirização: atividade-fim e atividade-meio; responsabilidade subsidiária do tomador de serviço**. Op. Cit., p. 589.

⁶⁹ GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços**. São Paulo: LTr, 2010, p. 86

⁷⁰ *Idem*, p. 86-87

trabalhistas pela prestadora.⁷¹ Invoca, ademais, a aplicação do artigo 187 do Código Civil, entendendo que a tomadora cometeria ato ilícito ao exceder os fins sociais de todo o empreendimento econômico, pautados na valorização do trabalho humano e na justiça social, consoante o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal.⁷²

Alice Monteiro de Barros compartilha o mesmo entendimento, porquanto entende que, à semelhança do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha (artigo 42), para resguardar ao trabalhador mais garantia, dever-se-ia, mediante edição de lei, atribuir a responsabilidade solidária ao tomador de serviços de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva.⁷³

Nessa perspectiva, após a audiência pública realizada em 2011 no Tribunal Superior do Trabalho, o Presidente da Corte Trabalhista à época declarou ser favorável à aplicação da responsabilidade solidária quando há descumprimento de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, alegando, inclusive, que tal medida induziria as empresas que optam por terceirizar serviços, as tomadoras, a participar mais do processo de fiscalização.⁷⁴

A Lei nº 6.019/74, ademais, ao dispor sobre o trabalho temporário, disciplinou em seu artigo 16 que, no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora será solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias do empregado, pela remuneração e respectiva indenização. Assim, não obstante condicionar a responsabilidade à falência da empresa e limitar apenas a algumas parcelas, o diploma legal dispõe sobre a solidariedade entre as empresas, o que representa garantia maior ao trabalhador do que a subsidiariedade estabelecida na Súmula do TST, em casos de terceirização.

Do mesmo modo, a Lei nº 6.615/78, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de radialista, em seu artigo 11 prevê que a utilização de profissional contratado por agência de locação de mão de obra, obrigará o tomador do serviço, de forma solidária, pelo cumprimento das obrigações legais e contratuais, caso se

⁷¹ *Idem*, p. 88

⁷² *Idem*, p. 89

⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo, LTr: 2012, p. 361

⁷⁴ BIAVASCHI, Magda Barros. DOS SANTOS, Anselmo Luis. **A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST**. Op. Cit., p. 30

caracterize a tentativa, pelo tomador do serviço, de utilizar a intermediação para fugir às responsabilidades e obrigações decorrentes da lei ou do contrato de trabalho.

Percebe-se, portanto, ainda que alguns autores esforcem-se para defender a aplicação de responsabilidade solidária, bem como na previsão de tal modalidade em alguns diplomas específicos, demonstrando uma maior garantia ao trabalhador de receber seus créditos trabalhistas, que o entendimento majoritário da doutrina, bem como o adotado atualmente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, consiste na imputação da responsabilidade em caráter subsidiário do tomador dos serviços, ou seja, somente será acionado caso haja insucesso na execução em desfavor da prestadora insolvente, real empregadora do obreiro.

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS

A temática de responsabilidade em casos de terceirização merece especial atenção quando a Administração Pública figura como tomadora de serviços.

Com o cancelamento do Enunciado nº 256 do TST e a elaboração da Súmula nº 331, estendeu-se expressamente aos entes da Administração Pública submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho a possibilidade de terceirizar suas atividades-meio, bem como restou consignado que a ilicitude da terceirização praticada não incidiria em reconhecimento de vínculo empregatício com o obreiro.⁷⁵ No que concerne à responsabilidade patrimonial pelos débitos trabalhistas das empresas terceirizadas, todavia, os entes públicos buscaram respaldo na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), promulgada, não por acaso, no mesmo ano de edição da Súmula nº 331, para se eximirem de qualquer ônus, objetivando tratamento diverso do oferecido às empresas privadas.⁷⁶

Os órgãos da Justiça do Trabalho, não obstante a resistência dispendida pela Administração, responsabilizam subsidiariamente os entes públicos de forma automática em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Diante disso, diversas reclamações constitucionais foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que se violava a cláusula de reserva de plenário⁷⁷ ao afastar a incidência do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, porquanto estariam considerando implicitamente o dispositivo inconstitucional sem decisão da maioria de seus membros ou do órgão especial.⁷⁸

⁷⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011, p. 279

⁷⁶ *Idem*, p. 279-280

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Frise-se que, no ano de 2008, consoante preleciona o Ministro José Roberto Freire Pimenta, foi aprovada a Súmula Vinculante nº 10, resultado de diversas decisões proferidas por órgãos fracionários que deixavam de aplicar dispositivos infraconstitucionais, mesmo sem decisão da maioria de seus membros ou do órgão especial, ou seja, violando a cláusula de reserva de plenário, e que, por conseguinte, obstavam a análise da questão constitucional pelos canais processuais regulares no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal. (PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Op. Cit., p. 282-283)

A Lei de Licitações e Contratos traduz-se no principal diploma normativo que estabelece normas gerais no tocante a licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração. Consoante a obrigatoriedade contida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁷⁹, para contratações que tenham como objeto obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, em que se inclui a contratação de empresa interposta para prestação de serviços, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, faz-se necessária a realização de licitação pública.

Destarte, o diploma legal estabelece, em seu artigo 71, que o contratado pela Administração responderá pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. No § 1º desse mesmo dispositivo, dispõe-se que eventual inadimplência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere ao ente público a responsabilidade pelo 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. No tocante aos encargos previdenciários, todavia, o § 2º estabelece que a Administração responderá de forma solidária conjuntamente com o contratado.

Por conseguinte, como dito antes, com a Resolução nº 96/2000 inseriu-se o item IV da Súmula nº 331 do TST, incorporando os entes públicos como possíveis responsáveis subsidiários em caso de inadimplência dos encargos trabalhistas por parte da empresa interposta. O Incidente de Uniformização de Jurisprudência, suscitado pelo Ministro Milton de Moura França, apresentou a seguinte ementa:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
- ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71
DA LEI Nº 8.666/93. Embora o **artigo 71 da Lei nº 8.666/93**
contemple a ausência de responsabilidade da Administração
Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas,
previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do

⁷⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações serão **contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos acrescentados)

contrato, é de se consignar que **a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.** Com efeito, evidenciado, posteriormente, o **descumprimento de obrigações, por parte do contratado**, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser **imposta à contratante a responsabilidade subsidiária**. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu **comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando**, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. **Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado** e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o **art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo**, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.⁸⁰ (grifos acrescidos)

Como se percebe, a Corte trabalhista entendeu que o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 apenas aplicar-se-ia caso a empresa terceirizada atuasse em conformidade com os parâmetros legais estabelecidos, não descumprindo suas obrigações, bem como na hipótese em que o ente público contratante não se mostrasse omissivo na fiscalização do cumprimento de tais obrigações trabalhistas assumidas pela contratada. Ressaltou, ainda, que entender de modo diverso implicaria em flagrante desrespeito ao princípio norteador do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da proteção do trabalhador, e, também, inobservância aos princípios basilares da Administração Pública, como

⁸⁰ IJ-RR-297751-31.1996.5.04.5555, Relator Ministro: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 11/09/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20/10/2000. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 27/8/2014

legalidade, impessoalidade e moralidade, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, assim como à teoria da responsabilidade civil objetiva consagrada pelo § 6º do mesmo dispositivo.

Dessa forma, a redação do entendimento sumulado agravou a indignação dos entes públicos responsabilizados subsidiariamente nas ações pleiteadas na Justiça do Trabalho pelos trabalhadores terceirizados, que, inclusive, conforme consta na ementa do incidente de uniformização supracitado, adotava como um de seus fundamentos a responsabilidade objetiva exarada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, apesar de trazer certa confusão terminológica ao citar, simultaneamente, a ocorrência de culpa *in vigilando*. Como consequência, ajuizaram diversos recursos extraordinários e reclamações constitucionais no Supremo Tribunal Federal contra as decisões condenatórias proferidas pelos órgãos trabalhistas.

Assim, o possível conflito⁸¹ entre o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e o entendimento da Súmula nº 331 do TST, incitou a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal e julgada em sessão plenária em 24/11/2010.

3.1 ADC Nº 16 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O relator designado para a ADC nº 16/DF foi o Ministro Cezar Peluso. No Plenário, suscitado o debate, os ministros reconheceram, ao final, ainda que vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto⁸², a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme a seguinte ementa:

⁸¹ Frise-se o posicionamento de Maria Sylvania Zanella de Pietro: “O meu entendimento sempre foi o de que o conflito, na realidade, não existe, tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra, enquanto o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 só pode estar abrangendo os contratos regidos por essa lei, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao dispositivo em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial. No entanto, o conflito surgiu em decorrência da forma pela qual a Justiça do Trabalho vinha aplicando o item IV da Súmula, estendendo-a praticamente todos os tipos de contratos administrativos.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Op. Cit., p. 358)

⁸² Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, em apartada síntese: “(...) a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a Administração. É uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. SUBSIDIÁRIA. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁸³

Depreende-se da decisão do Supremo Tribunal Federal que, à luz do dispositivo infraconstitucional em exame, qual seja, o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, veda-se a automática responsabilização do ente público contratante em caso de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada mediante procedimento licitatório.

A simples interpretação literal do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, leva a crer ser irrestrita a irresponsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas em caso de inadimplemento da prestadora de serviços. Com o julgamento da ADC nº 16/DF, por conseguinte, os defensores dessa interpretação baseada na letra da lei, como muitos entes públicos, consideraram que estariam isentos de qualquer responsabilidade. A título de exemplo, eis nota do gabinete da Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal obteve vitória hoje à tarde, em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, referente à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, referente ao artigo 71, da Lei nº 8.666/93. **A decisão afasta em definitivo a responsabilidade do Poder Público em relação a qualquer débito trabalhista e fiscal das empresas contratadas.**

Importa destacar que esta decisão implica a economia de milhões de reais para os cofres distritais, já que existem mais de 4 mil ações judiciais em quais o Distrito Federal foi condenado a

recrutada por interposta pessoa. (...) Sendo assim, eu dou pela inconstitucionalidade do artigo 71 e, portanto, pela improcedência da ADC, com todas as vênias.” Inteiro teor do acórdão da ADC nº 16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 22/8/2014.

⁸³ ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011

arcar com dívidas de empresas que prestaram serviços ao ente federativo. A importância do tema se revela na medida em que todos os estados-membros, a União e diversos municípios se uniram à iniciativa pioneira do DF em propor a ADC. *Nota do Gabinete da PGDF.*⁸⁴ (grifo acrescido)

No transcorrer da decisão, entretanto, os ministros teceram importantes considerações sobre o tema, consignando que, não obstante constitucional o artigo em apreço, não há óbice para que a Justiça do Trabalho, na hipótese em que configurada a conduta culposa da Administração no caso concreto, reconheça a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pela real empregadora do obreiro, mesmo que realizado regular procedimento licitatório. Nesse sentido, pronunciou-se o Ministro Cezar Peluso:

Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, **com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.**

(...)

A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas **a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.**⁸⁵ (grifos acrescidos)

Atento ao julgamento do STF, o Tribunal Superior do Trabalho novamente alterou a redação da Súmula nº 331, modificando o item IV e acrescentando os itens V e VI, resultando no seguinte teor, mantido até os dias atuais:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é

⁸⁴ Nota do Gabinete da Procuradoria-Geral do Distrito Federal disponível em <http://www.apdf.org.br/index.php/noticias-mainmenu/68-vitoria-da-pgdf-na-adc-16-afasta-a-responsabilidade-do-estado-pelo-pagamento-de-debitos-de-empresas-terceirizadoras-de-mao-de-obra>. Acesso em 2/10/2014

⁸⁵ ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011. Inteiro teor do acórdão da ADC nº 16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 22/8/2014.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifos acrescidos)

A Corte trabalhista, dessa forma, adequou seu entendimento à decisão proferida na ADC nº 16/DF, estabelecendo que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte da empresa prestadora de serviços, não possui o condão de responsabilizar o ente público contratante, mas, caso evidenciada, com base no conjunto fático-probatório do caso concreto, conduta culposa por parte da Administração, esta responderá subsidiariamente, mormente no que tange à fiscalização da empresa contratada (culpa *in vigilando*), já que a realização de procedimento licitatório eximiria, em tese, a culpa *in eligendo*.

Anota-se, ainda, que o STF nada dispôs sobre mudanças na aplicação da subsidiariedade, o que manteve o entendimento já aplicado pela Justiça do Trabalho, de forma idêntica ao aplicado às empresas privadas quando tomadoras de serviços. No mesmo sentido, não houve insurgência quanto à aplicação de responsabilidade solidária à Administração pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato,

consoante o § 2º do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos, não obstante se tratar de uma responsabilidade muito mais onerosa do que a subsidiária, haja vista que permite ao trabalhador demandar diretamente contra o Poder Público.

Segundo o ministro do TST José Roberto Freire Pimenta, o Supremo Tribunal Federal considerou que o artigo da Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade contratual da Administração e que, portanto, não poderia ser considerado automaticamente o devedor principal dos trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.⁸⁶ Todavia, seria sempre possível imputar aos entes públicos uma responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos ocasionados aos trabalhadores, caso apurado particularmente no caso concreto a conduta culposa ou dolosa do contratante, mesmo que apenas omissiva, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais.⁸⁷

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, ademais, consignou a previsão contida na Lei de Licitações não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, pelo qual o Poder Público deve pautar-se, conforme consta a seguir:

Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor o agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo não se poderia jamais caracterizar como agente público.

(...)

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio

⁸⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Op. Cit., p. 288

⁸⁷ *Idem, ibidem*

da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.⁸⁸

Percebe-se, por conseguinte, que a ministra distingue a responsabilidade exarada na Constituição, qual seja, a responsabilidade objetiva do artigo 37, § 6º, da responsabilidade disposta no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. O inadimplemento de encargos trabalhistas consistiria no dano causado ao trabalhador, mas o agente causador não se insere no rol das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público, porquanto se trata de empresa interposta, ou seja, apenas pessoa jurídica de direito privado. Desse modo, inviável a aplicação da responsabilidade objetiva que emerge do comando constitucional.

Quanto a isso, convém fazer um breve parêntese sobre a responsabilidade objetiva. Como sabido, a responsabilidade civil do Estado perpassou muitos estágios, evoluindo do princípio da irresponsabilidade absoluta, expressa pelo brocardo francês *the king can do no wrong*, à responsabilidade objetiva, que não necessita da comprovação de culpa.⁸⁹

A ideia de irresponsabilidade irrestrita do Estado mostra-se incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988, por conseguinte, adotou a responsabilidade objetiva do Estado, na medida em que o Poder Público possui o dever de ressarcir prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, causarem aos particulares, consoante o § 6º do artigo 37⁹⁰, assegurado, inclusive, o direito de regresso contra o responsável caso opere com dolo ou culpa.

Importante ressaltar, contudo, que, segundo Lucas Rocha Furtado, a responsabilidade objetiva do Estado exarada na Constituição não se aplica aos contratos firmados pelo Poder Público, porquanto, para regular a situação em que o Estado não

⁸⁸ ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011. Inteiro teor do acórdão da ADC nº 16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 22/8/2014.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, Op. Cit., p. 207

⁹⁰ Ressalta-se que o dispositivo em epígrafe dispõe sobre a responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo, diversa da modalidade risco integral, adotada, por exemplo, em casos de dano a particular em decorrência de exploração de energia nuclear pela União.

cumpra contrato firmado com particular, causando-lhe danos, aplicam-se as disposições previstas na Lei nº 8.666/93.⁹¹

A teoria do risco administrativo, adotada no texto constitucional, pressupõe apenas a comprovação, pela vítima, do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente do Estado e do prejuízo propriamente dito, não cabendo perquirir sobre a ocorrência de dolo ou culpa. A responsabilidade civil, todavia, não é absoluta, ao contrário da responsabilidade embasada no risco integral, haja vista que algumas excludentes são admitidas na modalidade risco administrativo, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima e a força maior.⁹²

Percebe-se, todavia, que, segundo a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o Poder Público seria responsável subsidiariamente caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações que lhe são imputadas, o que significa que, nesses casos, incabível a aplicação da responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa para sua configuração.

Aplica-se, portanto, com autorização do artigo 8º, parágrafo único, da CLT, o instituto da responsabilidade civil subjetiva, embasada nos artigos 186 e 927 do Código Civil, ou seja, na configuração de culpa, e não a responsabilidade na modalidade objetiva inculpada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não obstante conste tal fundamento no incidente de uniformização da Súmula nº 331 do TST.

O Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, ao confrontar-se com casos⁹³ em que houve aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, passou a reconhecer afronta à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e, diante do óbice processual de reanálise do conjunto fático-probatório em instância extraordinária (Súmula nº 126 do TST), determina, muitas vezes, o retorno dos autos ao Tribunal Regional prolator do acórdão, para que perquirira sobre eventual conduta culposa que enseje a condenação

⁹¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 816

⁹² *Idem*, p. 821

⁹³ A título de exemplo, tem-se: **RR-128500-64.2008.5.02.0021**, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 17/09/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014; **RR-76500-70.2008.5.04.0332**, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 24/09/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014. Disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 3/10/2014

subsidiária do ente público tomador de serviços.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA: CULPA *IN ELIGENDO* E CULPA *IN VIGILANDO*

Por conseguinte, sob a análise dos pressupostos para configuração de responsabilidade civil subjetiva da Administração pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, tem-se que o dano ocasionado à vítima, que, no caso, consiste no trabalhador, representa os direitos trabalhistas sonegados ou violados; o nexo de causalidade exsurge diretamente do fato de tal dano ser oriundo da relação trilateral estabelecida na terceirização; e, por fim, a conduta culposa do ente público afigura-se no descumprimento das obrigações que lhe são imputadas, tanto no que tange à licitação, quanto à fiscalização da execução contratual.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, na maioria das vezes, acarreta dano a outrem e, por conseguinte, suscita um novo dever jurídico, que consiste na reparação.⁹⁴ Logo, observar fielmente o procedimento da licitação pública e fiscalizar os contratos administrativos decorrentes são deveres jurídicos originários da Administração e, dessa forma, com o dano causado aos trabalhadores pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, exsurge o dever jurídico secundário de reparar, mesmo que, na hipótese abordada, trate-se de responsabilidade subsidiária.

Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.⁹⁵

Prosseguindo a análise do julgamento da ADC nº 16/DF, os ministros, no decorrer do debate expendido, aludiram à configuração de culpa, citando a possibilidade de a Administração agir com culpa *in eligendo*, que resulta da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou adimplemento de uma obrigação, ou com culpa *in vigilando*, que, por sua vez, consiste na falta de atenção com o procedimento de outrem,

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Op. Cit., p. 2

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. Cit., p. 356

ou seja, falta de vigilância.⁹⁶ Cabe analisar no que consistiria a caracterização de referida conduta culposa em face da legislação administrativa existente.

Destarte, alinhando tais conceitos à dinâmica do procedimento que envolve a contratação de serviços, o ente público agiria com culpa *in eligendo* caso inobservasse os requisitos legais das licitações, contratando, portanto, empresa inidônea. Configurar-se-ia culpa *in vigilando*, outrossim, caso constada falha ou deficiência de fiscalização do contrato administrativo por parte da Administração em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada. Importante frisar que tanto a constatação de idoneidade da empresa, quanto a fiscalização do contrato administrativo, são deveres impostos aos entes públicos por lei, conforme detalhado a seguir, bem como se coadunam com o arcabouço principiológico que rege a Administração Pública.

Como dito alhures, diante da obrigatoriedade constitucional de realização de procedimento licitatório mediante o qual Poder Público elege a proposta mais vantajosa para formalização do contrato de prestação de serviços, a inobservância de tal preceito implica em culpa *in eligendo*. Ressalta-se, inclusive, que dispensar ou inexigir licitação fora das exceções legais consiste em crime punível com pena de detenção, de 3 a 5 anos, e multa, consoante o artigo 89 da Lei nº 8.666/93, além de caracterizar ato de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92). Logo, apenas nas hipóteses definidas em lei poderá haver dispensa de licitação, observando-se estritamente o princípio constitucional da legalidade.

Assim, mediante procedimento público, com regras previamente definidas e observados, principalmente, os princípios da legalidade e da impessoalidade, a Administração seleciona a proposta que mais se apresente vantajosa ao interesse público. Todavia, o Poder Público não possui a prerrogativa de contratar a seu bel-prazer qualquer interessado, porquanto, para que um licitante possa habilitar-se no certame, de acordo com o artigo 27 da Lei nº 8.666/93, deverá apresentar habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, atinente à proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos. Depreende-se, portanto, que a escolha de empresa prestadora de serviços

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7: *Responsabilidade Civil*. Op. Cit., p. 60-61

com o descumprimento de alguma dessas exigências legais, ou seja, empresa flagrantemente inidônea, configuraria culpa *in eligendo*.

A exigência de comprovação de regularidade trabalhista, inclusive, abarca, atualmente, segundo o artigo 29, inciso V, da Lei nº 8.666/93, inserido pela Lei nº 12.440/2011, demonstração de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho consubstanciada na Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT). Na hipótese absurda de habilitar empresa em licitação para contratação de serviços inobservando tal exigência e a referida empresa vencer o certame, o Poder Público agiria, no mínimo, com total descaso com relação aos trabalhadores que lhe prestarão serviços. Para Lucas Rocha Furtado, “a existência de passivo trabalhista vencido e não adimplido representa razoável indício de que a empresa não será capaz de executar satisfatoriamente o objeto do contrato, risco esse mitigado com a exigência da certidão”⁹⁷.

No que tange a fase de julgamento das propostas, destaca-se a lógica pela qual funciona o setor público: a do menor preço, o que gera uma competitividade entre as empresas para que ofertem o “melhor preço” e vençam o certame, ou seja, implica na escolha daquela que paga menos a seus trabalhadores.⁹⁸ Incumbe à Administração, todavia, consoante os artigos 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, e 29, inciso IV e § 3º, da IN 02/09 do MPOG, desclassificar as propostas inexequíveis ou com preços incompatíveis com o mercado.

Realizado o procedimento, ocorre a formalização do contrato entre as partes, sendo que este, em vias de execução, deve ser acompanhado e fiscalizado por um representante da Administração especialmente designado para tanto, permitida, inclusive, a contratação de terceiros para prestar assistência. Insere-se, aqui, pois, a possibilidade de configuração de culpa *in vigilando* por parte do ente público contratante.

Segundo o artigo 67 da Lei nº 8.666/93, o representante designado “anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”,

⁹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Op. Cit., p. 403

⁹⁸ PAIXÃO, Cristiano. LOURENÇO FILHO, Ricardo. **Impactos da terceirização no mundo do trabalho: tempo, espaço e subjetividade**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014, p. 65

sendo que as decisões que não forem de sua competência deverão ser solicitadas aos superiores em tempo hábil para a adoção das medidas cabíveis.

De acordo com essa previsão legal, a Administração Pública deve acompanhar a execução do contrato, consistindo, tal atribuição, em “direito e dever da Administração, e nele se compreendem a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais”⁹⁹. Ademais, o inciso III do artigo 58 da Lei nº 8.666/93 confere a prerrogativa de fiscalizar a execução dos contratos administrativos ao Poder Público.

A Lei de Licitações, portanto, apresenta de forma clara a disposição de que os entes públicos possuem o poder-dever legal de fiscalizar a empresa prestadora de serviços terceirizados, tanto no que concerne à sua idoneidade, no momento do procedimento licitatório, quanto no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas referentes aos obreiros vinculados ao contrato de trabalho referente à terceirização.

A Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O dever de promover os direitos fundamentais não se coaduna com uma atuação passiva da Administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar os direitos fundamentais.¹⁰⁰

Conclui-se, portanto, que o referido diploma legal deve ser lido e interpretado de forma sistêmica e não meramente literal. Ora, entende-se que, para que se exclua a responsabilidade do ente público tomador de serviços, todas as outras obrigações de fiscalização e controle devem ter sido amplamente observadas. Não haveria razão em estabelecer diretrizes específicas que, caso inobservadas, não implicariam ônus algum para o ente público contratante.

Remetendo novamente às razões de decidir da ADC nº 16/DF, o Ministro Gilmar Mendes, ao pronunciar-se, levantou pontos relevantes com relação à fiscalização

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 302

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 844

dos contratos administrativos pelos entes públicos e o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Eis o excerto de interesse:

É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e **talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização**, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa *in vigilando*, fundamental. (grifo acrescido)

Data venia, ressalta-se que até mesmo em momento anterior ao julgamento da ADC pelo STF, o Tribunal de Contas da União, órgão fiscalizador das contas do governo, recomendava em seus acórdãos que a Administração fiscalizasse os contratos administrativos que versassem sobre terceirização. Como exemplo, tem-se o Acórdão nº 2254/2008¹⁰¹, oriundo de Representação acerca de eventuais irregularidades na contratação para prestação de serviços, em que o Plenário do TCU determinou à Prefeitura de Barbacena e ao Departamento Municipal de Saúde Pública que “fiscalizem os contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à regularidade fiscal e à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas decorrentes das obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, devendo constar, ainda, dos respectivos processos de pagamento, os comprovantes de recolhimento dos correspondentes encargos sociais (INSS e FGTS), de modo a evitar a responsabilização subsidiária dos entes públicos.”

Outrossim, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, também frisou o seguinte:

Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o

¹⁰¹ TC-013.629/2005-0, Acórdão nº 2254/2008, Relator: Ministro Aroldo Cedraz, Plenário, Data da Sessão: 15/10/2008, Data de Publicação: DOU 17/10/2008

cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.¹⁰²

A Ministra Cármen Lúcia, após o pronunciamento anteriormente citado, dispôs que não se tratava de ausência de lei, haja vista que a legislação brasileira já exigia tal cumprimento e que o pagamento somente poderia ocorrer *a posteriori*, o que levava a crer que a norma talvez não estivesse sendo observada.¹⁰³

Nesse contexto, tem-se a Instrução Normativa nº 02/08, alterada pela Instrução Normativa nº 03/09, oriundas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ambas anteriores ao julgamento da ADC nº 16/DF, que impõe à Administração Pública federal o dever específico de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviços, desde a fase de abertura e de desenvolvimento da licitação até a celebração do contrato administrativo.¹⁰⁴

A indigitada Instrução Normativa interpreta e especifica as regras gerais estabelecidas na Lei de Licitações e Contratos, abordando, por conseguinte, um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, considerando, outrossim, a realidade do gerenciamento contratual, como também os riscos das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração perante os administrados e os trabalhadores terceirizados.¹⁰⁵

Importante ressaltar que, não obstante os parâmetros de fiscalização estabelecidos na instrução normativa vincularem a Administração Pública federal, suas diretrizes orientam os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, porquanto, consoante o princípio federativo, a

¹⁰² ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011. Inteiro teor do acórdão da ADC nº 16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 22/8/2014.

¹⁰³ A Ministra Cármen Lúcia pronunciou-se da seguinte forma: “A legislação brasileira exige. Só se pode pagar *a posteriori*, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei.” (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011). Inteiro teor do acórdão da ADC nº 16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 22/8/2014

¹⁰⁴ PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Op. Cit., p. 293

¹⁰⁵ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 77

Administração deve comprometer-se, como um todo, com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle.¹⁰⁶

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A Administração deverá estar atenta à ocorrência de qualquer irregularidade. Assim, por exemplo, imagine-se que o fiscal da Administração Pública observa que alguns empregados do contratado não foram adequada e tempestivamente registrados para fins trabalhistas. Trata-se de infração extremamente grave, porque induz o risco de condenações futuras perante a Justiça do Trabalho, que poderão ter seus efeitos estendidos à Administração. Situação similar se passará diante da contestação de condições insalubres ou perigosas de trabalho, sem a existência de procedimentos preventivos ou adequados para assegurar a proteção ou a compensação pecuniária aos trabalhadores. Em todos esses casos, caberá à Administração instaurar procedimento administrativo destinado a apurar os fatos e, se for o caso, promover a rescisão do contrato. Assim se deverá proceder ainda que a prestação esteja sendo executada de modo rigorosamente perfeito. O fundamento do sancionamento ao contratado ou, mesmo, da rescisão contratual será a infração à legislação trabalhista e os riscos de responsabilização pertinente.¹⁰⁷

O artigo 19 da IN do MPOG estabelece, em seu inciso XVIII, que o instrumento convocatório de licitação deverá prever que a execução completa do contrato, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, somente ocorrerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada. Nessa linha, a inexecução total ou parcial do contrato, que, no caso, consistiria na não comprovação de adimplemento por parte da contratada, enseja a rescisão contratual, a teor dos artigos 77 e 78, incisos I, II, VII e VIII, da Lei nº 8.666/93¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 78

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Op. Cit., p. 941

¹⁰⁸ Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

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;

(...)

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.

Por conseguinte, o inciso XIX do mesmo artigo dispõe sobre a necessidade de se exigir da empresa contratada garantia e, ainda, que esta somente será liberada caso a contratada comprove o pagamento de todas as verbas rescisórias aos trabalhadores, nos seguintes termos:

XIX - exigência de garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação efetivada no contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para os serviços continuados com uso intensivo de mão de obra com dedicação exclusiva, com a previsão expressa de que **a garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração**, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa. (grifos acrescidos)

No mesmo sentido de garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados, dispõe o artigo 19-A da Instrução Normativa:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

- a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;
- b) parcialmente, pelo valor correspondente aos 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;
- c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;
- d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e
- e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, **após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos**

os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a **retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS** nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a **conferência do pagamento por parte da Administração;** e

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o **desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.** (grifos acrescidos)

No que concerne à fiscalização já no curso do contrato, consoante o artigo 34-A da Instrução, o descumprimento das obrigações trabalhistas, bem como a não manutenção das condições de habilitação pela contratada, ensejam rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo facultado à Administração, quando não identificar má-fé ou incapacidade de correção, conceder prazo para que a empresa regularize a situação. Quando da rescisão contratual, inclusive, deve-se verificar o pagamento das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem prejuízo da continuidade do contrato de trabalho, podendo o ente público reter a garantia prestada e, até mesmo, utilizá-la para o pagamento direto aos trabalhadores caso a empresa não efetue o pagamento em até 2 meses do encerramento do contrato, a teor do artigo 35 da IN do MPOG.

Assim, insustentável o argumento de que a Administração Pública não dispõe de meios para evitar o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas. Faculta-se a ela, inclusive, utilizar a garantia prestada anteriormente pela contratada para efetuar o pagamento direto aos obreiros ou, ainda, realizar o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, como trata o § 2º do artigo 36 da IN nº 02/08.

Ademais, além da previsão estabelecida no artigo 67 da Lei de Licitações, o artigo 34, § 5º, da IN nº 02/08 dispõe expressamente sobre a exigência de comprovações

específicas do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais oriundas da execução do contrato. Eis o teor do dispositivo:

Art. 34. A execução dos contratos deverá ser **acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle**, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

(...)

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

- a) a prova de **regularidade para com a Previdência Social**, conforme dispõe o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;
- b) o **recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior**, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;
- c) **pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior**;
- d) **fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível**;
- e) **pagamento do 13º salário**;
- f) **concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias**, na forma da Lei;
- g) realização de **exames admissionais e demissionais e periódicos**, quando for o caso;
- h) eventuais **cursos de treinamento e reciclagem** que forem exigidos por lei;
- i) comprovação do **encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas** exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) **cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho**; e
- k) **cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato**. (grifos acrescidos)

A referida Instrução Normativa institui, ainda, “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização” em seu anexo IV, estabelecendo parâmetros fiscalizatórios em quatro vertentes: inicial, ou seja, no momento em que a terceirização inicia-se; mensal, a ser feita antes do pagamento da fatura; diária e, por fim, especial, que consiste na observância da data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho.

Nas palavras do ministro do TST José Roberto Freire Pimenta, os quatro

momentos distintos traduzem-se, em síntese, da seguinte maneira:

- a) *a fiscalização inicial* (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;
- b) *a fiscalização mensal* (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal, com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;
- c) *a fiscalização diária*, por meio da conferência, dia a dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;
- d) *a fiscalização especial*, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.¹⁰⁹

Conclui-se, portanto, que, diante de todo o panorama legal vigente, com orientações específicas dispostas na Lei de Licitações e Contratos, bem como em Instruções Normativas do MPOG, a Administração, caso desrespeite os deveres

¹⁰⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Op. Cit., p. 296

jurídicos que lhe são impostos, não pode pleitear eximir-se de eventual responsabilidade. Não se trata de uma faculdade, mas de um poder-dever. Ilógico e contrário aos princípios que orientam o Estado Democrático de Direito e as relações de trabalho estabelecer irrestrita responsabilidade aos entes públicos contratantes, ainda mais, como demonstrado, diante de tantas exigências legais. Dar-se-ia valor irrelevante à legislação, considerando-a, praticamente, “letra morta”.

Não obstante o julgamento em sede da ADC nº 16/DF e a mudança da Súmula nº 331 do TST, argumentos como a interpretação literal do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e a inobservância do interesse público em proveito de interesses meramente privados e patrimoniais, com conseqüente ofensa aos artigos 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 8º, *caput*, da CLT¹¹⁰, ainda embasam teses defensivas dos entes públicos condenados na Justiça do Trabalho.¹¹¹

Os argumentos, porém, não prosperam. A uma, porque errôneo considerar direitos trabalhistas como direitos meramente privados e patrimoniais, diante da relevante função extrapatrimonial que desempenham, bem como do caráter alimentar, estando consagrados, ainda, na Constituição Federal (artigo 7º), no título que trata dos direitos e garantias fundamentais.¹¹² A duas, porque, à luz dos princípios e valores em cotejo, deve-se atribuir peso maior a tais direitos fundamentais sociais do que ao interesse público secundário de eximir-se da responsabilidade.¹¹³

O Supremo Tribunal Federal, por conseguinte, após o julgamento da ADC nº 16/DF, proferiu inúmeros acórdãos¹¹⁴ consagrando o entendimento de que a decisão

¹¹⁰ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

¹¹¹ PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Op. Cit., p. 289-290

¹¹² *Idem, ibidem*

¹¹³ *Idem, ibidem*

¹¹⁴ A título de exemplo, tem-se **Rcl 12580 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 12-03-2013 PUBLIC 13-03-2013; **Rcl 11327 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013 e **Rcl 14151 ED**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 13-06-2013 PUBLIC 14-06-2013. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2/10/14.

exarada, com eficácia contra todos e efeito vinculante, à luz do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, ainda que procedente para declarar o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 constitucional, não exime a Administração Pública do poder-dever legal de fiscalizar tanto a idoneidade da empresa prestadora de serviços terceirizados quanto o cumprimento das obrigações trabalhistas por tal empresa. Desse modo, eventual responsabilização subjetiva do ente público, caso comprovada conduta culposa, com base no conjunto fático-probatório, não implica em inobservância à decisão proferida em sede da ADC nº 16/DF.

CONCLUSÃO

A terceirização, técnica de descentralização empresarial, encontra-se disseminada tanto no setor privado, quanto na Administração Pública. A prática oriunda do toyotismo, também denominado pós-fordismo, mostra-se vantajosa opção para redução de custos, ou seja, atentando-se primordialmente para o viés econômico.

O fenômeno, contudo, exige atenção maior dos juristas e estudiosos do Direito, porquanto configura relação de trabalho triangular, diversa da relação bilateral clássica, em que o empregado subordina-se não àquele a quem dirige a prestação serviços, mas ao seu real empregador, o que conseqüentemente impacta nos direitos trabalhistas e previdenciários e, até mesmo, reduz o movimento sindical.

Em um primeiro momento, o Tribunal Superior do Trabalho buscou coibir a terceirização por meio do Enunciado nº 256. O entendimento sumulado, entretanto, por se mostrar estritamente restritivo e não frear a prática descomedida, foi cancelado com a edição da Súmula nº 331, principal dispositivo sobre a matéria, abrangendo, inclusive, a responsabilidade do tomador de serviços pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da prestadora.

Todavia, diante da ausência de legislação específica, não há consenso entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica de tal responsabilização. Analisando a Súmula nº 331 do TST, percebe-se que a responsabilidade civil objetiva é a que mais se coaduna com a jurisprudência atualmente aplicada pela Justiça do Trabalho, apesar da confusão terminológica ao citar culpa, pois nada se perquire sobre eventual conduta culposa da tomadora de serviços, bastando o mero inadimplemento da prestadora para que exsurja sua responsabilidade subsidiária. Quanto à subsidiariedade, ademais, os entusiastas do Direito do Trabalho defendem a incidência da modalidade solidária, na busca pela maior efetividade dos direitos e garantias dos trabalhadores, não obstante ainda persista a aplicação da modalidade diversa.

Impende salientar que as duas construções, de certo modo, representam algum grau de contradição, pois se de um lado prioriza-se a imputação de responsabilidade, exigindo-se apenas o mero inadimplemento da empresa prestadora, de outro lado, apenas caso infrutífera a execução em face da devedora principal, no caso, a real empregadora do obreiro, poder-se-á redirecionar a execução em face da tomadora de serviços, pois se trata de responsabilidade subsidiária.

Por outro lado, quando a Administração Pública figura como tomadora de serviços, a responsabilização também é medida que se impõe, haja vista que a irresponsabilidade irrestrita do Estado é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Entender de modo diverso e considerar eventual possibilidade dos trabalhadores, caso inadimplente a empresa prestadora, não receberem contraprestação alguma daquele para quem prestaram mão de obra, qual seja, a tomadora de serviços, implica desconsiderar o arcabouço principiológico estabelecido na Constituição Federal, que, sobretudo, valoriza o trabalho e pauta-se na dignidade da pessoa humana.

Configurou-se, todavia, aparente conflito de normas entre o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que prevê que eventual inadimplência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere ao ente público a responsabilidade pelo pagamento, e a Súmula nº 331 do TST, que incluiu no item IV a Administração como possível responsável subsidiária, baseando-se na responsabilidade civil objetiva exarada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Diante disso, suscitada Ação Direta de Constitucionalidade (ADC nº 16/DF), os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a constitucionalidade do indigitado artigo, afirmando que é vedada a automática responsabilização do ente público contratante em caso de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada mediante procedimento licitatório e que não se aplica, por consectário lógico, a responsabilidade civil objetiva extracontratual aludida na Constituição.

Os ministros do STF ressaltaram, todavia, que, não obstante constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não há óbice para a Justiça do Trabalho, na hipótese em que configurada culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração no caso concreto, reconhecer a responsabilidade subjetiva subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pela real empregadora do obreiro. O conflito de normas apenas configurava-se aparentemente, haja vista que o dispositivo da Lei de Licitações e Contratos não poderia ser interpretado de forma meramente literal, mas sim de forma sistêmica com os demais dispositivos legais, bem como com os princípios pelos quais se pauta a Administração Pública, mormente a legalidade e a moralidade, e, sobretudo, com o princípio da proteção ao trabalhador.

Dessa forma, o ente da Administração Pública agiria com culpa *in eligendo* caso inobservasse os requisitos legais das licitações, contratando, portanto, empresa inidônea. Configurar-se-ia culpa *in vigilando*, outrossim, caso constatada falha ou deficiência de fiscalização do contrato administrativo por parte da Administração em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada. Impende salientar que a fiscalização dos contratos encontra-se explicitamente detalhada em regramento específico, devendo, inclusive, ocorrer em quatro etapas: inicial, mensal diária e especial.

O Tribunal Superior do Trabalho, na busca de adequar o Direito aos fatos ante a prática descomedida e altamente precarizada da terceirização sem legislação específica, construiu entendimento jurisprudencial para dar mais efetividade aos direitos dos trabalhadores terceirizados, priorizando o ressarcimento aos obreiros por dispensar a comprovação de conduta culposa, inclusive no âmbito da Administração. Entretanto, aplicou erroneamente a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, porquanto o comando constitucional exarado no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal possui requisitos próprios e não se enquadra na hipótese vertente.

Conclui-se, portanto, que as condutas culposas descritas pelo STF exsurgem de inobservância de deveres jurídicos estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos, em Instruções Normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e, ainda, destoam do arcabouço principiológico pelo qual pauta-se a Administração Pública. Frisa-se que não se tratam de meras faculdades concedidas aos entes públicos, mas de poderes-deveres. Assim, não seria lógico estabelecer regramentos específicos que não trouxessem ônus algum em caso de descumprimento, não subsistindo, pois, os argumentos da Administração na busca de se eximir de eventual responsabilidade.

Afora todos os argumentos expendidos, depreende-se que a responsabilidade do tomador de serviços é medida que se impõe, tanto na seara privada quanto na pública. Se por um lado, todavia, na esfera privada afigura-se melhor a aplicação da responsabilidade objetiva, em que basta o mero inadimplemento da prestadora de serviços para que exsurja a responsabilidade da tomadora, na esfera pública tal entendimento não prospera, porquanto se aplica a responsabilidade civil subjetiva, o que implica na comprovação de conduta culposa da Administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: atividade-fim e atividade-meio; responsabilidade subsidiária do tomador de serviço**. Revista LTr : legislação do trabalho, v. 60, n. 5, maio 1996

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público: Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo, LTr: 2009.

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

BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, out./dez. 2008

BIAVASCHI, Magda Barros. DOS SANTOS, Anselmo Luis. **A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração

Pública e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: Responsabilidade Civil**. 27ª Ed. São Paulo, Saraiva: 2013

DRUCK, Graça. FILGUEIRAS, Vitor. **A epidemia da terceirização e a responsabilidade do STF**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 2: Obrigações**. 13ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012

GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços**. São Paulo: LTr, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do Trabalho**. 13ª Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; **Direito do Trabalho**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010

PAIXÃO, Cristiano. LOURENÇO FILHO, Ricardo. **Impactos da terceirização no mundo do trabalho: tempo, espaço e subjetividade.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 3, jul./set. 2014

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro,** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 70, n. 1, jan./jun. 2004.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011