

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ADENILTON LEDO DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR EMPRESA
PRESTADORA DE SERVIÇOS**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO DE 2016**

ADENILTON LEDO DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR EMPRESA
PRESTADORA DE SERVIÇOS**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho como requisito parcial para obtenção título de Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Orientador: Me. Hector Luis Cordeiro
Vieira

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO DE 2016**

ADENILTON LEDO DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR EMPRESA
PRESTADORA DE SERVIÇOS**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho como requisito parcial para obtenção título de Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Brasília, 29 de fevereiro de 2016.

Prof. Me. Hector Luis Cordeiro Vieira
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo verificar a possibilidade de se responsabilizar, subsidiariamente, os entes da Administração Pública, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por empresas prestadoras de serviços, contratadas mediante licitação pública. Para chegar ao objetivo pretendido, são feitas considerações sobre o fenômeno da terceirização, bem como análise do posicionamento doutrinário e jurisprudencial do TST, STF. Por fim, após análise dos argumentos apresentados pelos autores envolvidos, tem-se a conclusão pela possibilidade da responsabilização subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelas prestadoras de serviços.

Palavras-Chave: Terceirização, Responsabilidade Civil, Responsabilidade Subsidiária, Administração Pública.

ABSTRACT

This research aims to verify the possibility to take responsibility, in the alternative, the entities of the Public Administration, visors labor obligations past due by service companies contracted by public bidding. To reach the desired goal, we discuss the phenomenon of outsourcing, as well as analysis of doctrinal and jurisprudential position of the TST, STF. Finally, after considering the arguments presented by the authors involved, we have to be completed by the possibility of subsidiary liability of the public entity for labor obligations past due by the service providers .

Keywords: Outsourcing, Responsibility Civil, Responsibility Subsidiary, Public Administration.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1 TERCEIRIZAÇÃO..... | 10 |
| 1.1 Atividades Terceirizáveis..... | 15 |
| 1.2 Terceirização no Âmbito da Administração Pública..... | 16 |
| 1.2.1 Posicionamento doutrinário..... | 21 |
| 2 RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 26 |
| 2.1 Responsabilidade Civil do Estado | 29 |
| 2.2 Obrigações Trabalhistas..... | 33 |
| 3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL | 36 |
| 3.1 Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho..... | 36 |
| 3.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal..... | 44 |
| CONCLUSÃO..... | 53 |
| REFERÊNCIA..... | 56 |

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo verificar a possibilidade de se responsabilizar, subsidiariamente, os entes da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por empresas prestadoras de serviços, contratadas mediante licitação pública.

A responsabilidade subsidiária que se pretende verificar diz respeito às obrigações trabalhistas, em especial, às obrigações legais, inadimplidas, ao final ou durante a vigência do contrato administrativo¹, por empresas terceirizadas, que recrutam empregados para laborarem em benefício da Administração, dentro do estabelecimento do ente público, com utilização de material e equipamento do beneficiário dos serviços.

É prática generalizada no âmbito da Administração Pública direta e indireta a terceirização da execução dos serviços relacionados à atividade meio, bastando entrar em um prédio público para se deparar com trabalhadores terceirizados, especialmente ligados às áreas de conservação, limpeza, copa e recepção.

Esses trabalhadores, então, são empregados de empresas prestadoras de serviços, sendo essas as obrigadas por todas as verbas trabalhistas, embora os serviços executados se dêem em proveito do ente público, inclusive dentro de seu estabelecimento.

O problema apresenta quando as prestadoras de serviços deixam de cumprir com as obrigações trabalhistas em relação a tais empregados.

Inadimplida as obrigações trabalhistas por parte das prestadoras de serviços, os entes públicos que as contrataram têm responsabilidade sobre essas obrigações? Em caso afirmativo, que tipo responsabilidade? Como se configura tal responsabilidade? Em caso negativo, como fica os direitos dos trabalhadores prejudicados?

¹ O contrato administrativo diz respeito ao contrato celebrado entre os entes públicos e as empresas prestadoras de serviços.

Há quem defenda a responsabilidade objetiva dos entes públicos, por entender que a Administração Pública não pode terceirizar a prestação de serviços, salvo nas hipóteses previstas na Constituição, sob pena de violação à norma constitucional do concurso público^{2 3}.

Há, também, os que defendem a responsabilização subsidiária dos entes públicos por tais obrigações, quando, no caso concreto, ficar demonstrado culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, por entenderem que a Administração Pública pode terceirizar os serviços ligados a sua atividade-meio, contudo tem o dever de fiscalizar eficazmente a execução do contrato, inclusive, em relação à adimplência do contratado com as obrigações trabalhistas⁴.

Por fim, há quem defenda que não se podem responsabilizar os entes públicos pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas terceirizadas, pois consideram que a Administração Pública ao terceirizar os serviços está tentando dar efetividade ao princípio constitucional da eficiência, motivo pelo qual não seria possível tal responsabilização, ainda que subsidiária^{5 6}.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) entende pela responsabilidade subsidiária do ente público, nos termos dos itens IV e V de sua Súmula 331. Tal entendimento é fruto de uma evolução jurisprudencial, bem como para se adequar ao entendimento da Corte Suprema⁷.

² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra**: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. São Paulo: Renovar, 2003. p 118.

³ Também comunga desse entendimento o Ministro do STF Ayres Britto, conforme se verifica em seu voto proferido na ADC n. 16/DF.

⁴ Partilha desse entendimento o Ministro do TST Ives Gandra. Cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [<http://www.idp.edu.br/dspace>]. Acesso em 10.02.2016.

⁵ Comunga desse entendimento Diogo Palau Flores. Cf. SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública**: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010-(série IDP).

⁶ Também adere tal tese a Ministra do STF Câmem Lúcia, conforme se verifica em seu voto proferido na ADC n. 16/DF.

⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [<http://www.idp.edu.br/dspace>]. Acesso em 10.02.2016.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, ao julgar a ADC n. 16/DF, na qual se discutia a Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, o qual veda a transferência à Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por empresas terceirizadas, declarou a constitucionalidade do dispositivo legal, consignando não ser possível a “transferência automática” ao ente público por tais obrigações, contudo, ficou-se inerte, ao menos no Dispositivo do julgamento, em relação à responsabilização subsidiária da Administração, quando verificado, no caso concreto, a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do ente público tomador dos serviços.

Atualmente, a matéria aguarda novo julgamento pelo STF que reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia constitucional tratada no RE n. 603.397/SC, posteriormente substituído pelo RE n. 760.931, ficando o Tema registrado sob n. 246.

Verifica-se, pois, que, embora no âmbito da justiça trabalhista o tema se encontra sumulado, a discussão está presente tanto no STF quanto na esfera doutrinária, motivo pelo qual tem-se que o tema se mostra de grande importância, tanto para a sociedade em geral, quanto para os operadores do direito, dado a atualidade da questão bem como pela importância dos direitos fundamentais envolvidos.

Para alcançar o objetivo pretendido nessa pesquisa, será verificada a questão da responsabilização do Estado e da terceirização, à luz dos posicionamentos doutrinários, bem como será feita análise jurisprudencial do TST e do STF sobre o tema.

1. TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um fenômeno que se encontra em todo planeta, seja em menor ou em maior grau, isso porque em um mundo que se tende à especialização em todas as áreas, terceirizar as atividades para as quais não se especializou tem sido a solução encontrada pelas empresas, para diminuir os custos, sobretudo com a mão-de-obra, e, conseqüentemente, majorar os lucros dos empresários⁸.

Conforme ensinamento de Carelli, a terceirização não se trata de fenômeno recente, visto que se tem notícia de um sistema de subcontratação entre comerciantes e trabalhadores do meio rural, entre os séculos XVI e XVIII, na Europa. Sendo, todavia, recente a sua larga utilização.

Em suas palavras⁹:

A terceirização não é um fenômeno recente, mas sim a amplitude de sua utilização. Robert Castel¹¹³ conta que na Europa, entre os séculos XVI e XVIII, praticava-se o “putting-out sistem”, sistema de subcontratação onde o comerciante fornecia a lã, o tecido de lã ou metal, e às vezes até as ferramentas, a trabalhadores habitantes no meio rural, retornando estes o material acabado ou semi-acabado. (...)

Conforme Martins, a terceirização com semelhança a que convivemos atualmente, pode ser vista a partir de 1939, com o surgimento da segunda guerra mundial, época em que as empresas de armamentos estavam com grande volume de serviço, perceberam que poderiam delegar a terceiros algumas atividades, com o fim de aumentar a produção de armas. Assim consignou o autor em referência¹⁰:

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15.

⁹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 74-75.

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16.

Tem-se uma idéia de terceirização no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda. Verificaram que poderiam delegar serviços a terceiros, que seriam contratados para dar suporte ao aumento de produção de armas.

No Brasil, o fenômeno da terceirização já se encontrava presente, pelo menos em relação aos serviços de limpeza, nos idos anos de 1927, segundo Celita Sousa, que assim pontuou:

A delegação para terceiros, da execução de parte das atividades das organizações, já estava presente na economia brasileira nos primeiros anos do século XX, que terminou em dezembro de 1999. Essa constatação foi possível mediante pesquisa nos órgão de registro do comércio, onde se verifica a existência de empresa prestado de serviços de limpeza, registrada em 1927 (...) ¹¹.

Contudo, nacionalmente, o fenômeno começou a se desenvolver com maior abrangência com a chegada de empresas multinacionais, sobretudo a partir da década de 1950, com as indústrias automobilísticas ¹².

A larga utilização do conceito está inserida no contexto de substituição de paradigma de produção, a partir dos anos 70, em que o modelo de produção em massa foi substituído pelo modelo de produção flexível ou enxuta ¹³. Ao contrário do modelo antigo em que a organização se ocupava de todo processo produtivo, nesse novo modelo de produção, a organização concentra-se em seu enfoque principal e terceiriza as demais atividades ¹⁴.

¹¹ SOUSA, Celita Oliveira. **Mudanças na terceirização**. Brasília: Ideal, 2007. p. 34.

¹² MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16.

¹³ SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Terceirização e Reestruturação Produtiva**. São Paulo: LTr, 2208, p 78 apud in: Santos, Diogo Paula Floação produtiva res dos. Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010- (série IDP). p. 19

¹⁴ SOBRINHO, Zéu Palmeira. *ibidem*. p. 17

Ao se debruçar sobre o tema da terceirização de serviços pela Administração Pública, Diogo Palau Flores dos Santos consignou sua lição nos seguintes termos¹⁵:

Essa forma de estruturação, no que concerne à relação ente as empresas/firmas, destina-se a procurar o enfoque principal da organização, relegando-se ao outro as tarefas que não se relacionam a esse enfoque (essa é a razão para a utilização do termo “focalização”). Nesse aspecto, o fenômeno da terceirização encontrar-se inserido, adaptando-se a outros seguimentos que não somente o industrial. (...)

O fenômeno foi se espalhando e ganhando força a ponto de se reconhecer, atualmente, que se trata de fenômeno mundial e irreversível¹⁶.

Terceirização é termo tipicamente brasileiro. “Nos Estados Unidos é entendido como ‘out-sourcing’, na França por ‘sous-traitance’ ou ‘extériorisation’, na Itália ‘subcontrattazione’ (...)”¹⁷.

O fenômeno da terceirização pode ser entendido como o “processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresas especializadas, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa”¹⁸.

Também nesse mesmo sentido é o conceito desse fenômeno oferecido por Zéu Palmeira, que diz compreender a terceirização como¹⁹:

[...] a estratégia empresarial que consiste em uma empresa transferir para outra, e sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando – isoladamente ou em conjunto – a

¹⁵ SANTOS, Diogo de Palau Flores. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17

¹⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *direito público*. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016.

¹⁷ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão de obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. São Paulo, Renovar, 2003. p. 74.

¹⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Ibidem*. pp. 75-76.

¹⁹ SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Terceirização e Reestruturação Produtiva**. São Paulo: LTr, 2208, p 78 apud in: Santos, Diogo Paula Floação produtiva res dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2010- (série IDP). p. 19.

especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores.

É possível verificar por meio dos conceitos oferecidos que o objetivo da terceirização consiste em diminuir os custos e aumentar a rentabilidade dos contratantes.

Esse também é o entendimento de Vólia Bomfim Cassar, que se pronuncia nos seguintes termos²⁰:

(...) A terceirização é apenas uma das formas em que os empresários têm buscado pra amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí porque dos anos 90 para cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda.

Diminuir custos e aumentar rentabilidade não pode ser considerado um mal em si. Todavia, não se pode aceitar que o objetivo seja alcançado em detrimento dos direitos fundamentais do trabalhador, sob pena de ferir diversos princípios constitucionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1ª, IV).

Nesse contexto, Ives Gandra aponta quatro pontos negativos que ele denomina de “efeito perverso”, da terceirização, nos seguintes termos²¹:

- a) mera *redução de custos* das empresas tomadoras dos serviços, com sensível *redução de salários* (e outros direitos laborais) para os trabalhadores, sendo que parte do que lhes seria devido vai para o intermediador de mão de obra;
- b) *não integração do trabalhador na empresa* em que efetivamente presta serviços e que é a real beneficiária de seus esforços;
- c) *descuido das normas de segurança e medicina do trabalho* por parte das empresas terceirizadas em relação a seus empregados (sem contar o fato de que as empresas principais não se preocupariam com esse aspecto), o que tem ocasionado aumento considerável dos acidentes de trabalho;

²⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 511.

²¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016.

d) *precarização da relação de trabalho*, com altos índices de rotatividade da mão de obra terceirizada, a par da inadimplência reiterada das empresas contratadas pelo setor público, sem a responsabilização da administração pelos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, o que transferiria os riscos da atividade econômica para o empregado.

A despeito dos pontos negativos apontados pelo jurista, o mesmo não desconsidera a importância desse fenômeno, pontuando, contudo, que as distorções que se apresentarem sejam corrigidas.

Assim pronunciou o mencionado jurista²²:

Com efeito, a *competitividade empresarial* própria da *economia de mercado*, somada ao *desenvolvimento tecnológico*, aponta para a *especialização* como o caminho a ser trilhado para se chegar ao aumento da *qualidade* do bem ou serviço oferecido. Quanto mais especializado é um médico, advogado ou fornecedor, mais ele passa a ser procurado, por atender melhor à necessidade específica das pessoas.

Nesse sentido, a terceirização *não é um mal em si mesmo*, mas um fenômeno econômico generalizado que deve ser compreendido em sua essência e corrigido, pela intervenção estatal no domínio econômico, naquilo que atenta contra os *direitos humanos fundamentais*, entre os quais o do trabalho. (Destaque do original)

O legislador pátrio não tratou da terceirização em lei específica, motivo pelo qual não há uma regulamentação legislativa sobre tal fenômeno da no Brasil, havendo, contudo, leis esparsas que trata da matéria, como se verá adiante²³.

Cumprido esclarecer que o Projeto de Lei n. 4.330/2004 de autoria do Deputado Sandro Mabel, conforme aprovado na Câmara, caso seja mantido no Senado, não terá aplicação quanto à Administração Pública face a vedação expressa em seu § 2º do art. 1º, motivo pelo qual não será objeto de análise nessa pesquisa, tendo em vista o seu objetivo.

²² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016.

²³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 511.

1.1 Atividades Terceirizáveis

A ordem jurídica pátria autoriza a terceirização de algumas atividades e proíbe essa prática em outras. Havendo terceirização em relação às atividades permitidas, tem-se uma terceirização lícita; caso sejam terceirizadas atividades não permitidas, tem-se uma terceirização ilícita²⁴.

Conforme ensina Maurício Delgado, a terceirização lícita está inserida em quatro grandes grupos de situações sociojurídicas delimitadas, quais sejam: contratação de trabalho temporário; atividades de vigilância; atividades de conservação e limpeza; atividades ligadas às atividades-meio do tomador de serviços²⁵.

Quanto à conceituação de atividades-fim e atividades-meios, assim se pronuncia o mencionado autor²⁶:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo de dinâmica empresarial do tomador dos 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 dos 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 dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica 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 dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 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 (serviços de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc).

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. p.466.

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. pp. 467-468.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. pp. 467-468.

Nesse contexto, tem-se, pois, que, no Brasil, segundo a lição do mesmo jurista, Mauricio Godinho Delgado, o ordenamento jurídico tem a terceirização como prática excetiva, limitando-a às atividades-meio e a proibindo em relação às atividades-fim, permitindo em relação à essas tão somente em situações excepcionais²⁷.

Em sendo assim, dentro do regime excepcional, tem que “A terceirização de serviços vinculados à atividade-meio é a regra; e a relacionada às atividades-fins a exceção”²⁸

1.2 Terceirização no Âmbito da Administração Pública

A Administração Pública está proibida de “terceirizar serviços que lhe são peculiares, como o de justiça, segurança pública, fiscalização, diplomacia, etc.”²⁹

Lado outro, a Administração está autorizada a realizar a contratação de empresa terceirizada para prestação de serviços, que não estejam vinculados à sua atividade-fim³⁰.

Dentre os serviços que podem ser objeto de terceirização, por ter maior pertinência com o objeto dessa pesquisa, pode ser citado como exemplo os serviços relacionados à conservação, limpeza, copeiragem e recepção, posto que tais serviços são prestados dentro do estabelecimento do ente público, com a utilização de material, em regra, do contratante.

A autorização pode ser verificada a partir da Constituição Federal que em seu art. 37, inciso XXI, estabelece a obrigatoriedade da contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, nos seguintes termos:

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 469.

²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 511.

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 144.

³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. Passim.

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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. (Regulamento)

O administrador público ao licitar deve estabelecer critérios que assegure a todos os interessados em participar do processo igualdade de condições, conforme pontua Benjamin Zymler, que assim se pronuncia³¹:

O processo licitatório deve assegurar a igualdade de condições a todos os licitantes – não só em decorrência do inciso XXI do art. 37 como também do *caput* do art. 5º da CF. Além disso, visa assegurar o princípio da impessoalidade, insculpido no *caput* do art. 37 da Lei Maior.

Cumpra esclarecer que somente empresas podem participar do processo de licitação, sendo vedada a participação de pessoa física³².

Para regulamentar o dispositivo constitucional, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.666/1993, a qual “estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”³³

Para habilitação nas licitações, uma das exigências da lei diz respeito à demonstração, mediante documento, da regularidade fiscal e trabalhista.

³¹ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 121.

³² ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 121.

³³ Art. 1º da Lei n. 8.666/1993.

Confira, a propósito, a redação do art. 27 da Lei:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

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

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

Por sua vez, o art. 29 da lei de licitações ao enumerar os documentos a serem exigidos para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, aponta como necessário a prova da regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Eis enunciado normativo:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

Ademais, a lei exige que a Administração designe um representante, especialmente, para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, o qual deverá determinar as medidas necessárias para que seja regularizadas as faltas ou defeitos observados.

Confira, sobre tal exigência, o enunciado do art. 67 e § 1º, do regulamento:

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

§ 1º—O representante da Administração 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.

O legislador ainda fez constar na lei o art. 71 e § 1º, que atribui com exclusividade à empresa prestadora de serviços o ônus pelo pagamento das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais, vedando que tal ônus seja transferido ao ente público em caso de inadimplência da prestadora.

Eis o dispositivo legal:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Esse é o panorama legislativo sobre a licitação, no que diz respeito à contratação de serviços pela Administração Pública, por empresa prestadora de serviços - terceirizadas.

Com o fim de regulamentar a lei de licitação, foi editado o Decreto n. 2.271/1997, o qual autoriza a terceirização dos serviços continuados “que

apóiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade”, bem como dá prioridade para execução de atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de predial, por meio de terceirização.

Confira, a propósito, a redação do art. 1º, *caput* e § 1º, do referido Decreto:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Com o fim de nortear a terceirização, o Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a Instrução Normativa n. 02/2008 a qual, ao tratar da fiscalização a ser exercida pelo tomador em relação às empresas prestadoras de serviços regidas pela CLT, elencou diversas medidas a ser seguida pelo ente administrativo, com o fim de verificar o cumprimento das obrigações trabalhistas, pela prestadora.

Veja, a seguir, a fiscalização mínima a ser realizada pelo ente público, segundo a mencionada Instrução Normativa:

§ 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) recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o artigo 195, § 3º da Constituição federal, sob pena de rescisão contratual;

b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior;

- 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;
- i) encaminhamento 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.

Nesse contexto, tem-se que a Administração Pública está proibida de terceirizar a execução de serviços que lhe são peculiares, contudo, está autorizada a terceirizar serviços vinculados às atividades-meio, especialmente ligadas às áreas de conservação, limpeza, copa e recepção.

A terceirização se dará mediante processo licitatório, que atualmente é regulamentado pela lei n. 8.666/1990, sendo que o art. 71, § 1º, da mencionada Lei veda a responsabilização “automática” dos entes públicos por obrigações trabalhistas inadimplidas por empresas prestadoras de servos.

Durante a execução do contrato, o ente público tomador dos serviços, tem o dever de fiscalizar a legalidade de sua execução, inclusive verificar a adimplência por parte da prestadora de serviços em relação às obrigações trabalhistas.

1.2.1. Posicionamento doutrinário

Como mencionado, os doutrinadores não são unânimes quanto à responsabilização subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços.

Há os que entendem que a contratação de mão de obra por empresa interposta, salvo nos casos ressalvados na Constituição, é inconstitucional, logo, em consequência, seria inconstitucional também o ato legislativo que veda a responsabilização subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora.

Como exemplo, pode ser citado o jurista Rodrigo de Carelli, o qual entende que ao proceder com contratação de mão de obra por meio de empresa interposta, a administração comete ato ilegal, posto que fere a norma Constitucional do concurso público. Sobre o assunto, assim escreveu o citado jurista³⁴:

Destarte, resta patente que na administração pública não há previsão de possibilidade de intermediação de mão-de-obra, havendo mesmo proibição, sendo seu desvirtuamento fraude ao princípio constitucional do concurso público.

Vale pontuar que o então Ministro do STF, Dr. Ayres Britto ficou vencido no julgamento da ADC n. 16/DF, por se filiar a esse entendimento, conforme se verifica pela análise do seu voto naquele julgamento, do qual já tratamos nessa pesquisa.

Há, também, os que entendem pela constitucionalidade da terceirização, inclusive negando a responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.

Diogo Santos, considerando que a terceirização é uma forma de tentar melhor alocar os recursos públicos, entende que a administração pública está constitucionalmente autorizada a praticar tal conduta, ante o princípio da eficiência.

Confira, a propósito, seu ensinamento³⁵:

³⁴ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra**: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. São Paulo: Renovar, 2003. p. 118.

³⁵ SANTOS, Diogo Palau Flores dos Santos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública**: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010.- (Série IDP.). p. 54

Assim, a terceirização no âmbito do Poder Público também se relaciona aos custos de transação. Nesse sentido, a redução dos custos em determinadas transações torna-se um imperativo decorrente da idéia de eficiência na utilização dos recursos públicos, considerando que esses recursos são limitados.

Quanto à responsabilização do ente público, de forma subsidiária, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços, entende o jurista em referência ser inadmissível, posto que tal conduta implica em aumento de custos o que contraria a própria razão de ser da terceirização. Diogo Santos se pronunciou nos seguintes termos³⁶:

Com efeito, considerando que a terceirização é utilizada no sentido de tentar utilizar de forma eficiente os recursos públicos, como poderia a Administração Pública ser responsável por algum débito do prestador de serviços terceirizados?

Referida imputação de responsabilidade deve ser colocada em discussão, na medida em que vai de encontro com as próprias razões de se decidir terceirizar, ou seja, procura-se reduzir custos com a terceirização e se impõe uma responsabilidade que aumenta os custos, eis que, pelo simples fato de haver o inadimplemento do empregador, a Administração pública responde perante o empregado.

Por ocasião do julgamento da ADC n. 16/DF, a Ministra Cármen Lúcia adotou posicionamento semelhante, conforme se verá adiante.

Vólia Cassar também entende pela irresponsabilidade subsidiária dos entes públicos tomadores de serviços em relação às obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas terceirizadas, sob o argumento que ao contratar, necessariamente, a Administração Pública deve seguir os rígidos critérios estabelecidos pela lei de licitação pública, motivo pelo qual, o princípio da legalidade impede tal responsabilização subsidiária³⁷.

Por fim, a doutrina também conta com uma corrente intermediária, que, para seus adeptos, a terceirização pode ser constitucional, e a

³⁶ SANTOS, Diogo Palau Flores dos Santos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública**: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010.- (Série IDP.). p. 55.

³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 542.

responsabilização subsidiária da administração pública em relação às obrigações trabalhistas somente será possível em caso constatação de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, no caso concreto.

Partidário dessa corrente doutrinária, o Ministro do TST, Ives Gandra, leciona nos seguintes termos:

Com efeito, a *competitividade empresarial* própria da *economia de mercado*, somada ao *desenvolvimento tecnológico*, aponta para a *especialização* como o caminho a ser trilhado para se chegar ao aumento da *qualidade* do bem ou serviço oferecido. Quanto mais especializado é um médico, advogado ou fornecedor, mais ele passa a ser procurado, por atender melhor à necessidade específica das pessoas.

Nesse sentido, a terceirização *não é um mal em si mesmo*, mas um fenômeno econômico generalizado que deve ser compreendido em sua essência e corrigido, pela intervenção estatal no domínio econômico, naquilo que atenta contra os *direitos humanos fundamentais*, entre os quais o do trabalho³⁸.

(...)

Assim, é *lícita a terceirização de mão de obra para atividade-meio* da empresa principal, desde que *não haja personalidade ou subordinação* no fornecimento de mão de obra, de modo a não restarem caracterizados os requisitos da *relação de emprego* com a empresa tomadora dos serviços, nos moldes do art. 3º da CLT³⁹.

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Maurício Delgado que entende pela responsabilidade subsidiária, por considerar que no ordenamento jurídico pátrio não comporta a figura da irresponsabilidade do Estado. Eis o seu ensinamento⁴⁰:

Em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e na valorização social do trabalho (art. 1º, III, CF/88), que tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

³⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. direito público. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016.

³⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. direito público. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. p.486.

(art. 3º, I, II e III, CF/88), destinando-se também a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e justiça (Preâmbulo da Constituição Federal), não há espaço para fórmulas legais implícitas ou explícitas de diminuição da responsabilidade das entidades estatais. A Constituição e seu Estado Democrático de Direito apontam no sentido da acentuação da responsabilidade do Estado, e não de seu acanhamento.

Conforme verificado, a doutrina brasileira não é unânime em relação ao tema, existindo posicionamento que vai desde o entendimento de ser inconstitucional a terceirização pelo setor público, passando por aqueles que entendem pela constitucionalidade da adoção de tal fenômeno pelo ente público, respondendo esse, subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços; há também àqueles que além de entender pela constitucionalidade de tal prática, advogam pela ilegalidade da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme lição de Flávio Tartuce, a responsabilidade cível surge pelo descumprimento de uma obrigação. Tal obrigação pode ser proveniente de um contrato ou em uma norma regulamentadora da conduta humana⁴¹.

O autor em referência, após apresentar conceitos oferecidos por diversos juristas, conceitua obrigação nos seguintes termos⁴²:

Reunido todos os pareceres expostos, conceitua-se a obrigação como sendo a relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa. Havendo o descumprimento ou inadimplemento obrigacional, poderá o credor satisfazer-se no patrimônio do devedor.

Quanto à origem, conforme a teoria dualista, a responsabilidade civil pode ser dividida em contratual – descumprimento de obrigação contratual – e extracontratual - descumprimento de uma obrigação inserida em uma norma regulamentadora de conduta humana⁴³:

Discordam dessa divisão os adeptos da teoria monista, segundo o qual todas as responsabilidades civis surgem do descumprimento do ‘contrato social’, razão pela qual não existe motivo que justifique divisão quanto à origem da responsabilidade civil.

Sem desconhecer a semelhança entre as duas espécies de responsabilidade civil – contratual e extracontratual –, Carlos Gonçalves

⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**:Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015. p. 445.

⁴² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**:Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015. p. 301.

⁴³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**:Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015. pp. 445-446.

entende que há aspectos inerentes a cada espécie, o que justifica tal divisão. Em suas palavras⁴⁴:

De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os dois primeiros elementos.

(...)

Há, com efeito, aspectos privativos, tanto da responsabilidade contratual como da responsabilidade extracontratual. É o caso típico da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e da chamada “condição resolutiva tácita” nos contratos sinalagmáticos (art. 476 e parágrafo único do CC) e o que ocorre com as omissões e com os casos de responsabilidade pelo fato de outrem, no domínio da responsabilidade extracontratual (Antunes Varela, A responsabilidade, cit., p. 11).

Ao se focar o elemento da conduta, a responsabilidade civil pode ser dividida em objetiva e subjetiva. Quando for exigida pelo ordenamento jurídico a demonstração da culpa, está-se diante da responsabilidade subjetiva; ao contrário, quando não se exige, está-se diante da responsabilidade objetiva⁴⁵.

Nesse mesmo sentido leciona Carlos Gonçalves, que assim se pronuncia⁴⁶:

Diz-se por “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dento desta concepção, a responsabilidade do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

(...)

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 63.

⁴⁵ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010 – Série IDP. p. 61.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.

O ordenamento jurídico pátrio consagrou como regra a responsabilidade civil subjetiva (art. 186 do CC/2002), e, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único)⁴⁷.

No Brasil, a responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco, sendo suas principais modalidades a teoria do risco administrativo, teoria do risco criado, teoria do risco do risco da atividade, teoria do risco proveito e teoria do risco integral⁴⁸.

Confira, a propósito, a lição de Flávio Tartuce sobre o tema⁴⁹:

Quanto ao Brasil, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na *teoria do risco*, em uma de suas modalidades, sendo as principais:

- *Teoria do risco administrativo*: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF/88).

- Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (defenestramento).

- *Teoria do risco da atividade (ou risco profissional)*: quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, o que pode se enquadrar na segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC.

- *Teoria do risco-proveito*: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. (...).

- *Teoria do risco integral*: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981). (...).

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015. pp. 518-519.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015. p. 518.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015. p. 518.

Ademais, havendo pluralidade de obrigados, a responsabilidade pode ser solidária ou subsidiária, sendo a primeira excepcional, somente podendo ser reconhecida por determinação legal ou por vontade das partes⁵⁰.

Enquanto na responsabilidade solidária o credor pode exigir a satisfação da obrigação de qualquer dos responsáveis; na responsabilidade subsidiária somente pode se exigir o crédito do responsável subsidiário se restar infrutífera a tentativa de recebê-lo do devedor principal, posto que aquele conta com o benefício da ordem, conforme leciona Diogo Santos⁵¹.

2.1 Responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado passou por diferentes fases, desde a total irresponsabilidade, até a fase atual em que se reconhece a responsabilidade civil objetiva do estado em relação aos danos causados pelos seus agentes, nessa condição, com base na teoria do risco administrativo.

Sobre o tema leciona Lis Moreira nos seguintes termos⁵²:

O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado contemplou fases distintas, caracterizadas pelo regime político dominante em cada uma delas. A primeira compreende a fase da irresponsabilidade, apresentando noção de fundo essencialmente absolutista. Posteriormente, passou-se pela fase da culpa civilista, cabendo ao Estado indenizar mediante comprovação da culpa do agente ou da culpa anônima (*faute du service*). Finalmente, chegou-se à fase do Direito Público, com base no qual se afirma a predominância do direito social (DIAS, 1994, p. 154).

Nessa última fase, ganha força a doutrina do risco administrativo, atualmente consagrada no direito positivo brasileiro, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

⁵⁰ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010 – Série IDP. p. 58.

⁵¹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010 – Série IDP. p. 59.

⁵² MOREIRA, Lis Verônica de Souza *et alii*. **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rei, 2014. p. 76.

Nesse mesmo sentido ensina Carlos Gonçalves, o qual preceitua que a responsabilidade atualmente é tida como matéria de direito constitucional e direito administrativo, sendo que “Após passar por vários estágios, atingiu a da responsabilidade objetiva, consignada no texto constitucional em vigor, que independe de noção de culpa.”⁵³

Ainda segundo Lis Moreira, a responsabilização do Estado com base na teoria do risco administrativo tem como fundamentos: o risco da atividade desenvolvida pelo poder público, capaz de causar prejuízos a terceiros; a distribuição do ônus de reparar o dano causado a algum indivíduo a todos os membros da sociedade, posto que por se beneficiarem das atividades administrativas tem o dever de reparar o dano eventualmente sofrido por um de seus membros; nem sempre é possível identificar o agente causador do dano e em tal situação se for exigido a culpa do agente a vítima terá que suportar os danos causados por outrem; o Estado pode lesar direito do particular com prática de ato lícito, o que tornaria impossível a reparação do dano em tal situação com a utilização da teoria da culpa⁵⁴.

Em relação aos atos comissivos, é pacífica a doutrina no sentido de entender que a responsabilidade do Estado é objetiva, com base na teoria do risco administrativo.

Todavia, em relação aos atos omissivos, a doutrina é divergente quanto à modalidade da responsabilidade, apontando dois entendimentos. Há os que entendem que também em relação aos atos omissivos do agente público a responsabilidade do Estado é objetiva; e os que entendem que em caso de omissão do agente público, a responsabilidade estatal se dá na modalidade subjetiva.

Tal divergência foi verificada por Carlos Gonçalves, o qual aponta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Maria Elena Diniz como filiados à corrente que entende pela responsabilidade subjetiva do Estado em relação

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 177.

⁵⁴ MOREIRA, Lis Verônica de Souza *et alii*. **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rei, 2014. pp. 76-78.

aos danos causados por seus agentes, nessa condição, por conduta omissiva; aponta ainda Toshio Mukai, José Cretella Júnior e ele mesmo como filiados à corrente que entendem pela responsabilidade objetiva do Estado fundada na teoria do risco administrativo pelos danos causados pelos seus agentes, nessa condição, ainda que se trate de conduta omissiva⁵⁵.

Sobre o tema, Diogo dos Santos, entende que a responsabilização do Estado por danos causados a terceiros pelas condutas omissivas de seus agentes, nessa condição, se dá com base na teoria subjetiva. Confirma, a propósito, a lição do mencionado autor⁵⁶:

Assim, a responsabilidade da Administração Pública seria do tipo objetiva ou subjetiva, a depender do enfoque da atuação estatal, sendo que aquela se verifica em hipóteses em que há uma atividade estatal (ação) e que essa atividade possa causar prejuízos à comunidade (risco). Contudo, tratando-se de omissão da Administração, a responsabilidade seria objetiva, devendo-se perquirir se a atuação do agente do Estado ocorreu com dolo ou culpa.

Lado outro, Lis Moreira, que segue a corrente segundo a qual o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros por seus agentes, ainda que tal dono seja oriundo de ato omissivo do agente público, se pronuncia nos seguintes termos⁵⁷:

Em se tratando de omissões estatais, portanto, essas deverão ser apuradas objetivamente, se reduzindo à pesquisa de uma relação de causalidade entre a inação e a lesão provocada, devendo art. 37, § 6º, ser CR/1988 ser aplicado indistintamente a todos os casos em que se perquirir a responsabilização estatal, seja por condutas comissivas, seja por condutas omissivas.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 183-186.

⁵⁶ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010 – Série IDP. pp. 63-64.

⁵⁷ MOREIRA, Lis Verônica de Souza *et alii*. **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rei, 2014. p. 79.

A jurisprudência dominante, segundo informa Carlos Gonçalves⁵⁸, entende pela responsabilização civil do Estado de forma objetiva, sempre que seus agentes causarem dano, ainda que o prejuízo tenha origem em ato omissivo do Estado.

Cumpra esclarecer que tanto os doutrinadores que advogam pela responsabilização objetiva do Estado em caso de dano sofrido por terceiro oriundo de ato omissivo de agente estatal, nessa condição, quanto a jurisprudência dominante são unânimes no sentido de que somente se cogita de responsabilização da Administração Pública em caso de omissão quando existe previsão legal do dever de agir.

Com efeito, a Constituição Federal em seu art. 37, § 6º estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento na teoria do risco administrativo, nos seguintes termos:

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

Conforme se verifica, legislador constituinte, ao estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes nessa condição causarem a terceiros, não restringiu excluiu os atos omissivos.

Considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais o qual reza, segundo ensina Canotilho⁵⁹, que “a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” não pode o interprete restringir a aplicação da norma apenas aos atos comissivos, quando o legislador constituinte não o fez.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 187.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.1.208.

2. 2 Obrigações Trabalhistas

Conforme visto anteriormente, cada direito do empregado corresponde a uma obrigação do empregador e o inadimplemento de uma dessas obrigações enseja a responsabilização.

O Direito do Trabalho em meados do século XIX passou por importante transformação que foi a sua publicização. Isso é, deixou de ser regido pela lei do mercado (esfera privada) para atribuir ao Estado (esfera pública) a gestão das principais regras⁶⁰.

Conforme lição de Vólia Cassar, tal transformação se deu pela pressão da sociedade operária, bem como da comunidade operária e ações da Igreja, com o fim de proteger o trabalhador que é parte hipossuficiente na relação de emprego. Nas palavras da autora⁶¹:

(...) A necessidade de o Estado intervir na relação contratual para proteger a parte hipossuficiente, até então regida pelas leis do mercado, foi movida pela pressão da sociedade operária, pelas relações internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem e Tratado de *Versailles*, OIT) e pela ação da Igreja (Encíclica *Rerum Novarum*) (Destaque do original)

Nesse diapasão, Laercio da Silva⁶² ensina que na Europa a constitucionalização do Direito do Trabalho se deu a partir do início do pós-guerra, contudo no Brasil tal fato somente aconteceu com a Constituição de 1988.

A partir de então, o Direito Material do Trabalho, por regulamentar condutas entre indivíduos com distintas capacidade social, econômica e política, traz em seu bojo normas protecionistas aos empregados, posto que

⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 23.

⁶¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 23.

⁶² SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho: A atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica do PL n. 4.330/2004**. São Paulo: LTr, 2015. pp. 37-38.

esses, em regra, estão em situação de inferioridade em relação ao empregador^{63 64}.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Maurício Delgado, que assim consigna⁶⁵:

Toda estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir de constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações – ainda que intra-empresariais – têm natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla.

Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um ser individual, consubstanciado no trabalhador que, como sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta faz imergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

Esse mesmo autor cita os Princípios da Proteção, da Norma Mais Favorável, Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, Condição mais Benéfica, *in dubio pro operário*, Maior Rendimento, dentre outros, como tentativa de equacionar a relação jurídica entre empregados e empregadores⁶⁶.

O caráter protetivo do Direito do Trabalho, bem como seu caráter público, não passou despercebido pelo legislador Constituinte Originário – e não poderia ser diferente-, que fez constar na Constituição Federal de 1988, no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” o art. 7º, o qual prever uma série de garantias aos trabalhadores.

⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 23.

⁶⁴ Nesse mesmo sentido Cf. SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho**: A atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica do PL n. 4.330/2004. São Paulo: LTr, 2015. pp. 73.

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. p.194.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. *Passim*.

Nesse diapasão, tem-se que os direitos trabalhistas são de caráter público, e, conforme o art. 7º da Constituição Federal, têm características de Direitos Fundamentais, e como tais devem ser considerados.

Uma das consequências dessas características dos direitos trabalhistas a necessidade de sua criação, regulamentação e fiscalização por parte do Estado.

Esclarece-se, por oportuno, que além dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, outros direitos podem ser criados por meio de atos do poder público ou até mesmo por ato dos empregadores, posto que o *caput* do art. 7º da Carta Maior é claro ao estabelecer que os direitos que visam promover a melhoria da condição social do trabalhador poderão ser criados⁶⁷.

⁶⁷ CF/88. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Após apresentar a divergência sobre o tema, passa-se ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, bem como do Supremo Tribunal Federal, referente à responsabilização dos entes públicos por obrigações trabalhistas inadimplidas por empresas terceirizadas que lhes prestam serviços.

3.1 Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, rechaçava qualquer tipo de terceirização, sendo a Súmula n. 239, aprovada pela Resolução Administrativa n. 15 do ano de 1985, o primeiro enunciado sumular sobre a matéria, a qual consignava ser bancário “o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”.⁶⁸

Posteriormente, ainda ano de 1986, portanto antes da vigência da atual Constituição, o Tribunal editou a Súmula n. 256 que tratava de contrato de prestação de serviços.

Conforme enunciado dessa Súmula, o TST apenas admitia a contratação de trabalhador por empresa interposta somente em relação aos contratos temporários regulamentados pela Lei n. 6.019/1974 e serviços de vigilância, regulamentado pela Lei n. 7.102/1983, reconhecendo vínculo de emprego com o tomador de serviços nos demais casos, inclusive com a Administração Pública⁶⁹.

⁶⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra**: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. São Paulo: Renovar, 2003 p. 105.

⁶⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 520.

Confira, a seguir, a redação do Enunciado⁷⁰.

SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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

A nova ordem constitucional, bem como influências do mercado interno e a globalização levaram o TST a editar a Sumula n. 331, conseqüentemente, a proceder com o cancelamento da Súmula n. 256⁷¹.

Em 1993, o TST revisou o posicionamento por meio da Súmula n. 331. Na revisão foi mantido o entendimento anterior no sentido da proibição da contratação de trabalhadores por empresas interpostas, alargando, todavia, as hipóteses de exceções⁷².

Com efeito, além de trabalho temporário e serviços de vigilância, também entendia o TST ser possível a terceirização dos serviços referentes à conservação, limpeza e serviços especializado ligados à atividade-meio do tomador, desde que não houvesse pessoalidade e subordinação direta.

Inovou, ainda, a Súmula, ao fazer constar em seu item IV a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, desde que tenha participado da relação processual e conste no título executivo.

A mencionada súmula ficou assim registrada⁷³:

ENUNCIADO Nº 331

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 256**, Brasília, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986 Disponível em [\[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256\]](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256). Acesso em 10.02.2015.

⁷¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 520.

⁷² MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 137.

⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331**, Brasília, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994. Disponível em [\[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331\]](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em 10.02.2016.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE
- REVISÃO DO ENUNCIADO N° 256

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 6019, de 03.01.74).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

No ano 2000, o item IV foi modificado, para fazer constar como reponsável subsidiário das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

O item mencionado ficou com a seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Sobre a Súmula n. 331, assim se pronunciou Mauricio Delgado⁷⁴:

A Súmula 331, como se percebe, deu resposta a algumas das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256. Assim,

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014. p.466.

incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público.

Com esse entendimento, em observância ao preceito constitucional que veda a contratação de servidor público sem concurso público, o Tribunal passou a reconhecer a responsabilidade subsidiária objetiva do ente público, vez que para sua responsabilização bastava constar da relação processual.

A alteração do item foi acordada pelos Ministros do TST no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96.2⁷⁵, cujo Relator fora o então Ministro, Dr. Milton de Moura França, o qual proferiu voto condutor do acórdão, que foi acompanhado, por unanimidade.

Conforme se verifica por meio da leitura do referido voto, o entendimento de se obrigar a administração pública subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviços se deu com base nas seguintes primícias:

a) A Administração Pública somente goza da irresponsabilidade pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviço, preconizada no art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/1993, se sua atuação se deu nos “limites e padrões da normatividade disciplinadora da relação contratual”.

b) a interpretação literal da norma contida no art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/1993, ensejaria ofensa ao arcabouço jurídico protetivo ao trabalhador;

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso de Revisita n. 297.751/96.2**, Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DJ de 20.10.2000. Disponível em [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProInt=83959&anoProInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=]. Acesso em 10.02.2016.

c) Aceitar a irresponsabilidade do ente público por obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviço, por sua culpa omissiva na fiscalização, fere o princípio da moralidade administrativa.

O posicionamento teve como suporte jurídico o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, o qual prever criação por lei do estatuto jurídico do ente público que explora atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, vinculando a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienação à observação dos princípios da administração pública, dentre eles, o da moralidade administrativa.

Também foi fundamento jurídico para embasar o posicionamento adotado as normas contidas no art. 195, § 3º da Constituição e art. 29, inciso IV a Lei n. 8.666/1993.

Nesse ponto, assim se pronunciou o Relator:

Some-se aos fundamentos expostos que o art. 195, § 3º também da Constituição Federal é expresso ao preconizar que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais", o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.883/94, ao dispor que "prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei", providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo.

A Ementa do julgado foi registrada nos seguintes termos:

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 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.

Novamente, em 2011, para se adequar ao entendimento externado pelo STF no Julgamento da ADC n. 16/DF, sobre a qual trataremos em tópico específico, a corte trabalhista alterou o enunciado sumular.

O TST interpretou o julgamento do STF na aludida ADC n. 16/DF, no sentido de declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, contudo o ente público não gozaria de tal garantia na hipótese em que for constatada sua *culpa in vigilando* ou *in eligendo*.

Sobre a interpretação dada pelo TST, oportuno citar trecho do voto da Ministra Maria de Assis Calsing, relatora do Processo Nº TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000, apontado como precedente do item V da Súmula.

A mencionada Ministra pronunciou nos seguintes termos:

O acórdão regional consignou que a falha do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada caracteriza culpa *in vigilando*, sendo motivo determinante à condenação subsidiária do ente público.

É entendimento desta Corte que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo que o contratante seja órgão integrante da Administração Pública, *in verbis*:

(...)

Logo, a decisão do Regional, calcada na culpa *in vigilando* do ente público, coaduna-se com o entendimento consagrado na Súmula n.º 331, IV, do TST, balizada pelo recente entendimento dado pelo STF (ADC N.º 16) à matéria tratada no referido verbete.

(...)⁷⁶

Em Embargos julgados pela SDI-1 do TST, o Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Relator no processo n. TST-RR-25200-85.2008.5.21.0012⁷⁷, também paradigma do Item V da Súmula, exarou entendimento nesse sentido.

Confira um trecho do voto do Ministro em referência:

(...)

Patente a inadimplência, pela embargante, do dever de fiscalizar o cumprimento, pela empresa prestadora de serviços que contratou, das obrigações trabalhistas decorrentes do vínculo com o reclamante, não há como fugir à responsabilidade, ainda que supletiva, do ente público.

O próprio c. STF, em recente julgamento, ao proclamar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993,

⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 94-95.2010.5.10.0000**, Relatora Maria de Assis Calsing, Brasília, DJ de 29.04.2011. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2094-95.2010.5.10.0000&base=acordao&numProInt=68892&anoProInt=2010&dataPublicacao=29/04/2011%2007:00:00&query=>. Acesso em 11.02.2016.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 25200-85.2008.5.21.0012**, Horácio Raymundo de Senna Pires, Brasília, DJ de 29.04.2011. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2025200-85.2008.5.21.0012&base=acordao&numProInt=591050&anoProInt=2009&dataPublicacao=29/04/2011%2007:00:00&query=>. Acesso em 10.02.2016.

deixou evidente que, embora não se possa generalizar os casos, o TST investigará a causa da inadimplência com vista à omissão de fiscalização pelo órgão público contratante (notícia c/www.stf.jus.br/portal/geral).

(...)

Após a revisão, a Súmula passou a contar com seis itens. No item V ficou consignado que o ente público somente responderia pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços, quando evidenciado sua culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

Ademais, o item VI da referida Súmula estabelece que “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referente ao período da prestação laboral”.

Eis a nova e atual redação da Súmula n. 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 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.

Com isso, o TST continua entendendo pela responsabilidade subsidiária do ente público, contudo, exigindo que seja comprovada a culpa. Isto é, a responsabilidade subsidiária da administração pública que era objetiva, passou a ser subjetiva.

O Ministro Ives Gandra atribui essa dinâmica jurisprudencial em torno do fenômeno da terceirização ao empenho da Corte Trabalhista em assegurar direitos do trabalhador em face das modernas técnicas de organização do trabalho.

Assim se pronunciou o mencionado jurista⁷⁸:

A evolução jurisprudencial no âmbito do TST em torno do fenômeno da terceirização mostra como esta Corte tem buscado uma posição moderada, que garanta os direitos dos trabalhadores em face das modernas técnicas de organização empresarial⁷⁹:

Nesse contexto, tem-se que o entendimento atual do TST é no sentido de se reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviço, em caso de constatação de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Ademais, a responsabilidade subsidiária alcança todas as verbas decorrentes da condenação, referentes ao período laboral.

3.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

⁷⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016.

⁷⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [http://www.idp.edu.br/dspace]. Acesso em 10.02.2016.

Como dito anteriormente, a Corte Suprema já se pronunciou sobre possibilidade do ente público responder subsidiariamente pelas verbas inadimplidas por empresa prestadora de serviços, por ele contratado, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n. 16/DF.

Por meio da aludida ADC, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.

Ocorre que, mesmo julgada procedente a ação para afirmar a Constitucionalidade do dispositivo legal, a medida não foi suficiente para dirimir todas as dúvidas que pairam sobre o Tema.

Quanto ao julgamento da ADC, preliminarmente o Relator julgou o autor carecedor de ação, por falta de interesse processual, posto que, segundo entende, a Súmula do TST não tem como fundamento a inconstitucionalidade da norma apontada, mas a situação fática, do caso concreto, em que se constata a culpa *in vigilando* da administração, o que tornaria inservível eventual julgamento de mérito para declarar a constitucionalidade do dispositivo legal, visto que, em momento algum, essa Constitucionalidade foi negada ou posta em dúvida.

Veja, a propósito, como se pronunciou o Ministro ao rememorar os motivos pelos quais se convenceu da carência de ação por parte do autor⁸⁰:

Vou recordar a matéria e explicar mais uma vez por que meu voto julgava o autor carecedor da ação.

A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração como base nos fatos, isso é, com base no descumprimento do contrato, e não co base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DJe n. 173 de 08.09.2011. Disponível em [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>]. Acesso em 10.02.2015.

todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

Também entenderam pelo não conhecimento da Ação os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O Ministro Ricardo Lewandowski ponderou que sempre entendeu que a questão é tratada à luz da legislação infraconstitucional e, conseqüentemente, não conhecer da ação; todavia, considerando a importância do tema e o impacto da questão sobre a Administração Pública, ultrapassa tal preliminar para adentrar ao mérito questão⁸¹.

Contudo, o Ministro Marco Aurélio divergiu no tocante ao voto da preliminar. Para esse, embora não consta a declaração expressa de inconstitucionalidade do dispositivo, o TST, implicitamente, afasta a aplicabilidade dessa norma legal.

Confira o argumento desse Ministro, no debate desse julgamento, ao concordar com a Ministra Cármen Lúcia sobre a taxatividade da norma do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, a justificar processamento da ADC:

SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse é ponto crucial:

O art. 71 da Lei n. 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sedimentou-se, sem se instaurar um incidente de inconstitucionalidade desse artigo, uma jurisprudência a partir do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto à solidariedade, e a partir do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quanto à responsabilidade do Poder Público no sentido de que haveria responsabilidade do setor público. E o que houve lá não foi um incidente de inconstitucionalidade, mas de uniformização da jurisprudência, editando-se, portanto, a partir desse incidente, o Verbete nº 331.

É uma matéria que está em aberto, e, a meu ver, quando se declarou a responsabilidade, sem se assentar a inconstitucionalidade do artigo 71 da lei nº 8.666/93, afastou-se

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DJe n. 173 de 08.09.2011. Disponível em [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165]. Acesso em 10.02.2015.

esse preceito sem se cogitar da precha de inconstitucionalidade.

Quanto ao conhecimento da ADC, o Relator e os Ministros que o acompanharam superaram a questão preliminar para julgar o mérito.

No mérito, importante destacar o posicionamento da Ministra Cármem Lúcia, que entende pela irresponsabilidade da administração pública quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços.

A Ministra Cármem Lúcia entende que o art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/1993 ao responsabilizar exclusivamente a prestadora de serviços pelas obrigações trabalhistas, limitou a responsabilidade contratual do ente público.

Eis o trecho de seu voto:

Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações dos empregados a ela vinculados, o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República.

Em seu voto meritório, a mencionada Ministra ainda expõe seu entendimento em relação à compatibilidade desse dispositivo legal com o art. 37, § 6º, da Constituição. Para a Ministra, a norma legal e a norma constitucional apontadas regem condutas diversas.

Segundo entende, o dispositivo Constitucional prever a responsabilidade objetiva da Administração Pública pela reparação dos danos causados por seus agentes, nessa condição, isso é, a responsabilidade extracontratual do Estado e, para a caracterização de tal responsabilidade, exige-se que o dano causado a terceiro tenha origem em ato omissivo ou comissivo de agente público, na qualidade de tal.

Eis o teor do texto normativo contido no referido art. 37, § 6º da Constituição:

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

Ainda para a Ministra em comento, o dispositivo legal cuida de outro situação, qual seja, a fixação de limites para responsabilidade contratual do ente público. Sobre o tema, assim consigna⁸²:

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 a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º a Lei 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 contaria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

(...)

Ao argumento de obediência ao princípio da responsabilidade de Estado – natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.

(...)

Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 por contrariedade ao art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Cumprido esclarecer que a Ministra não entende que dispositivo legal tem o condão de isentar a Administração Pública de seu dever de fiscalizar a

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DJe n. 173 de 08.09.2011. Disponível em [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>]. Acesso em 10.02.2015.

execução do contrato, mas que, se verificada a culpa *in vigilando*, a consequência é outra que não a responsabilidade subsidiária.

Por ocasião dos debates, a Dra. Cármem Lúcia consigna mais uma vez seu entendimento pela irresponsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços. Aponta, ainda, como possível consequência pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo* a apuração da responsabilidade do agente público que deixou de fiscalizar ou que licitou mal.

Nas palavras da Ministra Cármem Lúcia⁸³:

A SENHORA MINISTRA CÁMEM LÚCIA – Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assumam duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou ou que licitou mal.

Quanto ao mérito da ADC, somente o Ministro Ayres Britto votou pela improcedência da ação, por entender inconstitucional o dispositivo legal.

Segundo esse julgador, a Constituição somente autoriza a contratação de mão de obra pela Administração Pública em três modalidades, quais sejam: concurso público, nomeação para cargo de comissão e contratação temporária, por tempo determinado, para atender excepcional interesse público.

Entende o Ministro Ayres Britto que a contratação de mão de obra terceirizada pela administração pública é inconstitucional, por ferir a norma constitucional do concurso público. Contudo, reconhece o mencionado

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DJe n. 173 de 08.09.2011. Disponível em [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>]. Acesso em 10.02.2015.

ministro, que essa modalidade de contratação é utilizada em larga escala pelos entes públicos. Sendo assim, para ele, uma vez que se admite tal modalidade de contratação, é no mínimo razoável que se atribua responsabilidade subsidiária aos entes públicos, para garantir o mínimo de proteção ao empregado, em caso de inadimplência de obrigações trabalhista.

Ayres Britto, ao proferir seu voto, assim se pronunciou⁸⁴:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Improcedente a arguição. Considero a norma constitucional⁸⁵ pelo seguinte: 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 de excepcional interesse público, portanto. A Constituição não falou em 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. E 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 recrutada por interposta pessoa.

Após os votos, debates e esclarecimentos durante o julgamento, o Tribunal decidiu por maioria, vencido o Ministro Ayres Britto, julgar procedente a ADC, para declarar a Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, restando o julgado assim ementado:

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.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DJe n. 173 de 08.09.2011. Disponível em [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165]. Acesso em 10.02.2015.

⁸⁵ Acreditamos que o termo constitucional foi utilizado por equívoco uma vez que a argumentação do ministro bem como a conclusão de seu voto foi pela inconstitucionalidade do dispositivo legal.

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 redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (Destaque do original)

Como consequência desse julgado, o TST revisou sua Súmula n. 331 para constar no enunciado a obrigatoriedade de se provar a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do ente público, para condenação desse, subsidiariamente, na obrigação das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços; não ensejado tal responsabilidade o mero inadimplemento de tais obrigações, por parte do obrigado originário.

Eis a redação atual do item V da Súmula 331 do TST que trata sobre a responsabilização subsidiária do ente público por obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços:

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.

O Supremo, contudo, terá, novamente, a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, por meio do controle difuso de constitucionalidade, posto que em abril de 2010 foi reconhecida a existência de repercussão geral na controvérsia constitucional tratada no RE n. 603.397/SC, posteriormente substituído pelo RE n. 760.931/DF, que versa sobre a responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviço.

A ementa do julgado que reconheceu a existência da repercussão geral da questão constitucional, ficou consignada nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO INADIMPLEMENTO DE

EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Cezar Peluso. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. Ministra ELLEN GRACIE, Relatora⁸⁶

Conforme se verifica em consulta de movimentação do processo, disponibilizada na página eletrônica do tribunal⁸⁷ o RE n. 760.931/DF foi distribuído à Ministra Rosa Weber e aguarda julgamento.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 603.397/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília, DJ n. 67 de 16.04.2010. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=67&dataPublicacaoDj=16/04/2010&incidente=3795413&codCapitulo=2&numMateria=8&codMateria=7>]. Acesso em 10.02.2016.

⁸⁷ Disponível em [<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>]. Acesso em: 10.02.2016.

CONCLUSÃO

A terceirização tem como objetivo reduzir custo e pode ser dividida em duas espécies: prestação ou fornecimento de bens e serviços, na qual o empregado labora em estabelecimento da empresa contratada com utilização de equipamento dessa; fornecimento de mão de obra, na qual os serviços, embora prestado por empregado de empresa interposta, são prestados diretamente no estabelecimento da empresa principal, inclusive com utilização de equipamento da contratante.

Tratando-se de um fenômeno que visa a melhor alocação de recursos, parece-nos que é totalmente compatível com o objetivo da administração pública, posto que a própria Constituição determina o gasto eficiente dos recursos público, ante o princípio da eficiência, inserido ao *caput* do art. 37 da Carta Magna, por meio da EC n. 19/1998.

A Constituição, por meio do art. 37, inciso XXI, autoriza a administração pública a contratar prestação de serviços por empresa interposta, mediante processo licitatório. Para regulamentar tal dispositivo constitucional, o legislador pátrio, em 1993 editou a Lei n. 8.666 que estabelece as normas para licitação pública.

A Lei, em seu art. 37, § 1º, veda, expressamente, a transferência à Administração Pública das obrigações trabalhistas inadimplidas por empresa contratada, contudo, também obriga a fiscalização da execução do contrato.

Mesmo com a vedação legal de transferência à Administração das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada, o TST reconhece a responsabilidade subsidiária do ente público.

Inicialmente o TST entendia pela responsabilização da Administração Pública por essas obrigações trabalhistas inadimplidas com base na teoria do risco administrativo. Logo, a responsabilidade do Estado era objetiva, nos termos do art. 37, § 6ª, da Constituição.

O STF ao julgar a ADC n. 16 decidiu pela constitucionalidade do dispositivo legal, contudo, pelos votos proferidos no julgamento, sinalizou a

possibilidade da responsabilização subsidiária no caso de culpa *vigilando* ou *in eligendo*, sem, todavia, constar no dispositivo do julgamento essa tendência.

Esse julgamento levou o TST a revisar sua Súmula n. 331 para admitir a responsabilização do ente público de forma subsidiária somente nas situações em que fique demonstrado no caso concreto a culpa *vigilando* ou *in eligendo* da Administração.

A partir de então, o Tribunal Superior do Trabalho passou a admitir somente a responsabilização subsidiária subjetiva dos entes públicos pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas terceirizadas, sendo esse o atual entendimento desse Tribunal.

Embora o assunto encontra sumulado no TST e o STF já tenha apreciado o tema sobre o enfoque da constitucionalidade do dispositivo legal que isenta o ente público de tal responsabilidade, a divergência continua tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito da Corte Suprema.

O Supremo deverá se debruçar novamente sobre a matéria quando do julgamento do RE n. 760.931/DF, em que foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia constitucional atinente a tal responsabilização subsidiária do ente público.

Após analisar os posicionamentos jurisprudenciais do TST e do STF, bem como os argumentos das diversas correntes doutrinárias sobre o tema, nos filiamos à corrente intermediária que entende pela possibilidade da terceirização no âmbito da Administração Pública e pela responsabilização do ente público, subsidiária e subjetivamente, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços.

Esse entendimento nos parece mais acertado, posto que os direitos trabalhistas têm caráter de direito fundamental e não coaduna com o nosso ordenamento jurídico permitir que a Administração seja isenta de responsabilidade quando tem o dever de fiscalizar a execução do contrato e se mantém inerte.

Resta agora aguardamos o julgamento da controvérsia constitucional em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra**: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. São Paulo: Renovar, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 8, n. 43, p. 9-27, jan./fev. 2012. Disponível em [<http://www.idp.edu.br/dspace>]. Acesso em 10.02.2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Lis Verônica de Souza *et alii*. **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rei, 2014.

SANTOS, Diogo de Palau Flores. **Terceirização de serviços pela Administração Pública**: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho**: A atuação do juiz na garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica do PL n. 4.330/2004. São Paulo: LTr, 2015.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Terceirização e Reestruturação Produtiva**. São Paulo: LTr, 2008.

SOUSA, Celita Oliveira. **Mudanças na terceirização**. Brasília: Ideal, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.