

VANESSA MAZALI

O Enunciado nº 331, IV, do TST e a Responsabilidade Civil do Estado

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professora Christine de Oliveira Peter.

Brasília

2008

VANESSA MAZALI

O Enunciado nº 331, IV, do TST e a Responsabilidade Civil do Estado

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação da Professora Christine de Oliveira Peter.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

*Ao Henrique, meu filho, e ao Gustavo,
meu marido, pela compreensão diante
das minhas ausências e pelo constante
incentivo ao crescimento.*

Se se entende por interpretação um processo intelectual que serve para averiguar o conteúdo de uma disposição jurídica, deve-se relevar primeiramente – em conexão com a teoria da construção escalonada – que é uma ilusão supor ser possível encontrar sempre, mediante a interpretação, uma solução correta. A interpretação só pode traçar, amiúde, um marco, dentro do qual são racionalmente de igual valor, diferentes soluções.
Hans Kelsen

RESUMO

MAZALI, Vanessa. *O Enunciado nº 331, IV, do TST e a Responsabilidade Civil do Estado*. 2008. Trabalho de conclusão de curso – especialização – Pós-graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

O presente estudo tem por finalidade confrontar um dos fundamentos expostos no acórdão que deu origem à redação atual do Enunciado nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, referente à responsabilidade objetiva do Estado, com os requisitos constantes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Para tanto, delimita-se o objeto de estudo à terceirização lícita e delinham-se os aspectos envolvidos na responsabilidade do Estado, para, por meio do método dedutivo, concluir-se que eventual responsabilidade do Estado pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas do contratado para a prestação de serviços de atividade-meio deve ser precedida de verificação da culpa administrativa, de modo que não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade Objetiva. Culpa Administrativa. Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1. TERCEIRIZAÇÃO..... | 12 |
| 1.1 Considerações gerais sobre a terceirização..... | 12 |
| 1.2 Histórico normativo..... | 15 |
| 1.2.1 No âmbito da Administração Pública..... | 16 |
| 1.2.2 No âmbito da iniciativa privada..... | 19 |
| 1.2.3 No Direito Estrangeiro..... | 21 |
| 1.3 Terceirização lícita e ilícita..... | 24 |
| 2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO..... | 32 |
| 2.1 Conceito de responsabilidade..... | 32 |
| 2.1.1 Conduta do agente..... | 34 |
| 2.1.2 Culpa..... | 36 |
| 2.1.3 Nexo de causalidade..... | 37 |
| 2.1.4 Dano..... | 39 |
| 2.2 Espécies de responsabilidade..... | 41 |
| 2.3 Evolução da Responsabilidade do Estado..... | 44 |
| 2.3.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado..... | 45 |
| 2.3.2 Responsabilidade com culpa comum do Estado (subjativa)..... | 47 |
| 2.3.3 Teoria da culpa administrativa..... | 48 |
| 2.3.4 Teoria do risco administrativo..... | 49 |
| 2.3.5 Teoria do risco integral..... | 51 |
| 2.4 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Positivo Brasileiro..... | 52 |
| 2.4.1 Responsabilidade Objetiva..... | 54 |
| 2.4.2 Responsabilidade subjativa..... | 55 |
| 3. O ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO .. | 57 |
| 3.1 Acórdão que deu origem à redação do Enunciado nº 331, IV, do TST..... | 59 |
| 3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16..... | 62 |

| | |
|---|-----------|
| 3.3 O inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado e a responsabilidade civil do Estado..... | 64 |
| <i>CONCLUSÃO.....</i> | 68 |
| <i>REFERÊNCIAS.....</i> | 70 |

INTRODUÇÃO

A tarefa interpretativa tem por finalidade não só a busca do sentido da norma, mas também a possibilidade de aplicação do enunciado abstrato às situações cotidianas concretas¹.

Por vezes, um mesmo texto normativo, com o decorrer dos anos, sofre sucessivas alterações de significado, sem alteração do texto, resultantes de mudanças no contexto histórico-social de aplicação do direito².

A interpretação da lei reveste-se de crucial importância, uma vez que, ao concretizar, no presente, norma abstrata concebida no passado, conferindo-se novos sentidos a um enunciado normativo, na verdade, produzem-se novos enunciados. Por isso é que Miguel Reale chega a afirmar que a norma é a sua interpretação³.

As súmulas são uma sistematização de prejudgados. Tal sistematização se altera à medida em que se aprimoram as contribuições da ciência jurídica, os valores da doutrina e à medida em que se mostram as próprias mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo.

O juiz, no entanto, é autônomo na interpretação e aplicação da lei, não sendo obrigado a respeitar, em suas sentenças, o que as súmulas hajam consagrado como sendo de direito. Tal procedimento é bastante salutar, pois não permite o enrijecimento do ordenamento jurídico.

Miguel Reale, ao discorrer sobre a uniformização de jurisprudência, alerta para a importância da discussão da jurisprudência tradicional pelos operadores do direito, desta forma:

¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 40.

² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 43.

Muitas vezes, a grandeza de um advogado consiste exatamente em descobrir uma falha na jurisprudência tradicional, abrindo caminhos novos na interpretação e aplicação do Direito. O verdadeiro advogado é aquele que, convencido do valor jurídico de uma tese, leva-a a debate perante o pretório e a sustenta contra a torrente das sentenças e dos acórdãos, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista, pela clareza do raciocínio e a dedicação à causa que aceitou.⁴

No Estado de Direito, ao contrário do Estado absolutista, as decisões que tenham a intenção de obrigar devem ser motivadas, porque devem convencer aqueles que se pretende obrigar, dando-lhas legitimidade⁵. Neste contexto, o art. 5º da Constituição Federal exige que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de se deflagrar a ditadura do Poder Judiciário.

Sobre a necessidade de motivação das decisões judiciais, a fim de dotá-lhes de validade, consistência e legitimidade, assim leciona Inocêncio Mártires Coelho:

Noutros termos, para que os respectivos atos decisórios se repute válidos, dotados de consistência e legitimidade, dir-se-ia que é da natureza desse procedimento que aquilo que de início é apenas subjetivo possa tornar-se objetivo – o inter-subjetivo transcendental husserliano – via do qual, a partir do mesmo ponto de vista, o que no começo se apresenta como verdade só para mim venha se mostrar verdadeiro para todos.⁶

A fundamentação do item IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho⁷, resultado de decisões judiciais, foi posto à prova, diante do ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que pretende ver declarado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em seu sentido literal, em detrimento da interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho, submetendo a questão à análise do Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

³ Apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 43.

⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174.

⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 57.

⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 59-60.

⁷ O item IV do Enunciado nº 331 do TST assim dispõe: “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

Um dos fundamentos atacados na referida ação constitucional, que ora pretende-se analisar, diz respeito à responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Inocência Mártires Coelho⁸ afirma que “alguns juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexa causal”.

Desta maneira, com vistas a verificar a legitimidade da interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, importante se faz analisar a sua fundamentação, à luz dos dispositivos constitucionais que regem a matéria, uma vez que, em sendo os sentidos dados à legislação a própria norma jurídica, estes devem encontrar seu fundamento de validade na própria Constituição Federal⁹.

Considerando as premissas supra, neste trabalho, procurar-se-á encontrar harmonia, no ordenamento jurídico, entre a interpretação dada pelo TST ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e o texto constitucional, no que tange à responsabilidade objetiva do Estado.

Para um melhor estudo do tema, o trabalho será dividido em três capítulos, abordando, inicialmente, alguns aspectos da terceirização, passando pelos conceitos básicos relativos à responsabilidade civil e, por fim, analisando a legitimidade da interpretação dada pelo TST, no Enunciado nº 331, diante do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar os aspectos gerais do fenômeno da terceirização no âmbito mundial, para justificar a sua introdução no âmbito social nacional e seu respectivo ordenamento jurídico. Neste contexto, busca-se diferenciar, ainda, a terceirização lícita da ilícita, a fim de delimitar o objeto do presente estudo, calcado nas consequências do inadimplemento das obrigações trabalhistas, em sede de terceirização lícita.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 797.

O segundo capítulo visa a pontuar brevemente os aspectos gerais da responsabilidade civil, considerando os pressupostos para a sua acarretabilidade, as causas de seu afastamento e suas espécies, passando pela caracterização da responsabilidade do Estado. Tudo isso, com vistas a dar subsídios ao estudo da responsabilização do ente estatal nas terceirizações, quando do inadimplemento por parte da empresa interposta.

O terceiro capítulo tem por objetivo analisar o fundamento relativo à responsabilidade objetiva do Estado, constante da decisão que ensejou a redação do Enunciado nº 331, IV, do TST, com vistas a investigar a sua conformação com a Constituição Federal, antecipando, de certa forma, a discussão que será travada no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, caso venha a ter o seu mérito apreciado.

No presente trabalho, foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental, combinadas com a técnica dissertativa.

Quanto às fontes bibliográficas, a pesquisa explorou livros de Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Administrativo, de Direito Constitucional, de Interpretação Constitucional, de Introdução ao Direito e de Administração, além de artigos publicados em periódicos e na *internet*.

Buscou-se, ainda, a pesquisa documental, notadamente da Lei nº 8.666/93 e do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, focos principais deste trabalho, além de acórdãos desta Corte e de alguns Tribunais Regionais do Trabalho, com vistas a encontrarem-se subsídios ao tema da responsabilidade da Administração Pública.

Posto isso, ressalta-se que a compilação consistiu na reunião de todo o material útil à pesquisa, diante da coleta de dados e informações obtidas, com a subsequente análise e interpretação do material encontrado.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-34.

1. TERCEIRIZAÇÃO

1.1 Considerações gerais sobre a terceirização

A expressão terceirização tem sido muito usada para a denominação de uma forma de administração que consiste na transferência de determinadas atividades de uma empresa (pública ou privada) para uma empresa contratada especificamente para realizar tais atividades.

Discute-se muito sobre a pertinência da palavra terceirização, tendo em vista que terceiro é sujeito estranho à relação estabelecida, o que não ocorre nos contratos que intermedeiam mão-de-obra, preferindo, alguns autores, a palavra terciarização para denominar essa espécie de contrato.¹⁰ Argumenta-se neste sentido, referindo-se ao setor terciário, que seria o referente à prestação de serviços, sendo que o primário se refere à agricultura e o secundário, à indústria.¹¹

Por outro lado, outros autores, como Jerônimo Souto Leiria e Newton Saratt, entendem que o termo terceirização é perfeitamente pertinente, considerando que os empregados da empresa contratada são realmente terceiros na relação jurídica estabelecida entre esta e a tomadora de serviços¹².

De qualquer forma, o referido termo já foi inserido no vocabulário jurídico nacional, sendo largamente utilizado na prática brasileira, inclusive adotado pela

¹⁰ ROMITA, Arion S. *A terciarização e o direito do trabalho*. Revista LTr, v. 56, n 3, p. 273.

¹¹ MARTINS, Sérgio P. *Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.160.

¹² LEIRIA, Jerônimo Souto, SARATT, Newton *Terceirização – uma alternativa de flexibilidade empresarial*. 9ª ed. São Paulo: Gente, 1996, p.15.

doutrina e jurisprudência, de modo que é o vocábulo que será utilizado no presente trabalho, como objeto de estudo.

Para se definir terceirização, urge ressaltar os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins¹³, que entende por terceirização a possibilidade de contratação de terceiros para realização de atividades-meio da empresa, isto é, aquelas atividades que não constituam seu objeto principal, sua atividade essencial. Essa contratação pode envolver tanto a prestação de serviços quanto a produção de bens. Para o referido autor, a terceirização é vista como uma forma de administração da empresa, que objetiva organizá-la de acordo com os novos métodos da atividade empresarial.

Martins destaca, ainda, que a parceria é elemento marcante no conceito de terceirização, diferenciando-se do mero contrato de empreitada ou de fornecimento, dado que há confiança mútua e complementariedade na busca de um objetivo comum. Esse elemento surgiria da união de esforços entre os parceiros para aperfeiçoar os bens ou serviços produzidos. Embora dê destaque à definição, o autor reconhece também existir terceirização na atividade-fim, como, por exemplo, na indústria automobilística, que atua como montadora das peças fornecidas por vários fornecedores.

Octavio Bueno Magano¹⁴, definindo terceirização como a transferência a terceiros de atividades anteriormente a cargo da própria empresa, admite a existência de duas vertentes, quais sejam, a transferência de toda e qualquer atividade ou a transferência apenas das chamadas atividades-meio, acrescentando, no entanto, que o direito brasileiro entende válida apenas a terceirização das atividades-meio, nos termos do Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

¹³ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, p. 22-23.

¹⁴ MAGANO, Octavio Bueno. *Alcance e limites da terceirização no direito do Trabalho*. In: PINTO, José Rodrigues (org.). *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995, p. 281-289.

No que concerne ao processo de terceirização, sua gênese teria sido nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, como forma encontrada pela indústria de atender à enorme demanda de material bélico.¹⁵

No Brasil, a técnica teria sido trazida pelas empresas multinacionais ligadas ao setor automobilístico, nas décadas de 50 e 60, ganhando impulso nos anos 70 no setor de serviços, notadamente com empresas de limpeza e conservação e de segurança de estabelecimentos bancários.¹⁶

Sua utilização pela Administração Pública vem sendo incentivada desde os tempos do Decreto-Lei 200/67 (art.10), passando pela Lei 5.645/70, e mais recentemente, o Decreto 2.271/97. No entanto, Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁷, afirma que, na realidade, este tipo de contrato sempre foi feito, sem que houvesse sido empregado o termo terceirização, o que significa que o Direito Administrativo vem recepcionando termos novos para institutos antigos, diferenciando-se apenas quanto à nova ideologia envolvida.

Vale ressaltar que o presente estudo restringe-se à terceirização em seu sentido estrito, pois, em seu sentido amplo, poderíamos inserir todas as formas que delineiam a introdução de um terceiro, seja particular ou não, no desenvolvimento de uma atividade do Estado. Nessa acepção ampla, as concessões de serviço público, precedidas ou não de obras públicas e as transferências a organizações sociais de atividades típicas de serviço público, hipóteses em que o Estado delega a gestão da atividade, poderiam genericamente ser denominadas de terceirização.

Assim, a terceirização, objeto deste trabalho, consiste no ato pelo qual a empresa produtora (tomadora), mediante contrato, entrega à outra certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais), para que esta última a realize habitualmente com empregados de seus quadros.

¹⁵ GIOSA, Lívio A. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. 5ª ed. São Paulo: Pioneira, 1997, p.12.

¹⁶ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 16.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 168.

Os entusiastas do instituto¹⁸ defendem a sua implantação, tendo em vista inúmeras vantagens, tais como, a especialização da empresa naquilo que é sua vocação efetiva; simplificação da estrutura empresarial, inclusive com a redução do número de empregados; diminuição dos custos e aumento da qualidade do produto oferecido pela empresa terceirizante, além do incremento à criação e ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas.¹⁹

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência, de início, repudiaram a intermediação na contratação de mão-de-obra, por trazer o risco de o tomador de serviços contratar empresas inidôneas, acarretando prejuízos às conquistas trabalhistas, considerando-a uma forma de *marchandage*²⁰.

Diante do receio da prática do *marchandage*, mas encarando a terceirização já como realidade social, a doutrina e a jurisprudência (até por ausência de normas reguladoras)²¹ evoluíram no sentido de reconhecê-la como válida, fazendo a distinção entre a terceirização lícita e a ilícita, como veremos no item 1.3. deste estudo.

1.2 Histórico normativo

Para se efetuar a análise dos efeitos jurídicos da terceirização, mister se faz, além da conceituação do instituto, sua contextualização no ordenamento jurídico

¹⁸ Citam-se Ciro Pereira da Silva (*A terceirização responsável: modernidade e modismo*. São Paulo: Ltr, 1997) e Carlos Alberto Ramos Soares de Queiroz (*Manual de terceirização*. 9ª ed. São Paulo: STS, 1998)

¹⁹ RAMOS, Dora M. de O. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 58.

²⁰ Dora Maria de Oliveira Ramos entende por *marchandage* “a mercantilização da força de trabalho. A empresa de colocação de mão-de-obra, assumindo uma atitude de exploração do trabalho alheio, intermedeia a relação entre patrão e empregado, subtraindo uma parte da remuneração deste. Por equiparar ‘trabalhador’ a ‘mercadoria’, é prática repudiada pela doutrina e jurisprudência. A vedação de intermediação de mão-de-obra prestigia princípios ligados à moral, que objetivam desestimular a exploração do homem pelo homem.” (*Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 58-59)

²¹ A evolução normativa será vista no próximo item.

nacional e internacional, observando a evolução histórica das normas disciplinadoras do assunto e de seu respectivo entendimento jurisprudencial.

1.2.1 No âmbito da Administração Pública

A contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública foi, primeiramente, autorizada pelo Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, que estabelecia, no § 7º do art. 10, que a Administração deveria desobrigar-se da realização material de atividades executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, visando à descentralização das atividades da Administração Federal, impedindo o crescimento desmesurado da máquina administrativa²².

Seguindo a orientação do Decreto-lei nº 200/67, surgiu a Lei nº 5.645/70, que determinou, no parágrafo único do art. 3º que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

Depreende-se do termo “outras assemelhadas” que o rol disposto neste artigo é meramente exemplificativo, admitindo-se, então, no âmbito da Administração Pública, que outras atividades, não relacionadas a transporte, conservação, custódia, operação de elevadores e limpeza, também fossem objeto de um contrato de terceirização.

²² “Art. 10 (...)”

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

Após o advento da Lei nº 5.645/70, surge o Decreto-lei nº 2.300/86, regulador das contratações públicas, estabelecendo o regime de execução indireta de obras e serviços, por meio de empreitada, administração contratada ou tarefa.

Para Marçal Justen Filho²³, “a execução indireta se caracteriza quando a Administração contrata terceiro, ao qual incumbirá concretizar a obra ou serviço. Essa situação corresponde ao conceito de locação de serviço do direito privado. Fala-se em execução indireta para indicar que, nesses casos, a responsabilidade direta pela execução recai sobre terceiro.”

A Lei 8.666/93, a qual substituiu o Decreto-lei acima mencionado, manteve o mesmo entendimento quanto à possibilidade de terceirização, estabelecendo que as obras e serviços poderão ser executados de forma direta ou indireta²⁴. Quanto à responsabilidade, estabeleceu, em seu art. 71, § 1º, que “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”.

Vale ressaltar a tramitação do Projeto de Lei nº 00344/2004²⁵ de autoria do Senador Rodolpho Tourinho e do PL nº 1587/2003²⁶ de autoria da Deputada Federal Mariângela Duarte, em tramitação apensada ao PL nº 1504/200²⁷, cujo autor é o Deputado Federal Edgar Moury, nos quais se pretende alterar a disposição contida

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 70.

²⁴ O art. 10 da Lei 8.666/3 dispõe: “As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I – execução direta; II – execução indireta; nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) (VETADO); d) tarefa; e) empreitada integral.”

²⁵ Dispõe sobre a contratação de empresas prestadoras de serviços a terceiros pela Administração Pública Federal.

²⁶ Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, para efeito de instituir medidas preventivas à responsabilização subsidiária da Administração Pública decorrente de contratos administrativos.

²⁷ Modifica a redação do artigo 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, alterando a redação do §1º e acrescentado o § 4º em seu texto, para dispor sobre a responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista quanto às obrigações trabalhistas nos casos de inadimplência de empresa terceirizada.

no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para prever a responsabilidade do Estado, no caso do inadimplemento por parte da empresa contratada.

O Decreto nº 2.271, de 07.07.1997, enumera, no §1º do art. 1º, além das atividades exemplificadas na Lei 5.645/70, também as atividades de informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No entanto, o § 2º do mesmo artigo indica a tendência de proibição de terceirização da atividade-fim da tomadora de serviços, vedando, expressamente, a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Recentemente, foram editadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a Instrução Normativa nº 02/2008, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

A Instrução Normativa nº 02/2008 faz referência às disposições do Decreto nº 2.271/97, quanto à possibilidade de contratação de serviços continuados, ressaltando-se a natureza de apoio às atividades essenciais do órgão. Neste sentido, traz expressamente a vedação à contratação de atividades que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade; que constituam a missão institucional do órgão ou entidade ou que impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos.

Assevera, ainda, a inexistência de vínculo empregatício entre o pessoal contratado e a Administração, conforme art. 37, II, da Constituição Federal e veda a relação que caracterize pessoalidade e subordinação direta, em consonância com o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, no enunciado nº 331, III, que dispõe que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza,

bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.”

Com vistas a dar maior concretude à ausência de personalidade e subordinação, nos contratos de terceirização da Administração Pública, previu a Instrução Normativa nº 02/2008 a remuneração da contratada por unidade de medida que permita a mensuração de resultados, a fim de eliminar a possibilidade de pagamento por horas de trabalho ou postos de trabalho.

Em que pese tais disposições, a própria Instrução Normativa admite a hipótese de contratação de serviços para a realização de atividade administrativa e, neste caso, permite que a Administração, em relação à pessoa encarregada da função, notifique diretamente para a execução das tarefas previamente definidas, descaracterizando-se, assim, a ausência de subordinação direta.

No campo jurisprudencial, o Enunciado nº 331 excepcionou a Administração Pública da possibilidade de formação do vínculo e, em alteração introduzida pela Resolução nº 96/2000, estendeu aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas pela real empregadora, o que será objeto de estudo no terceiro capítulo²⁸.

1.2.2 No âmbito da iniciativa privada

No âmbito privado, a legislação foi bem mais morosa, dando o seu primeiro passo com a Lei nº 6.019, de 03.01.74, que permitia a terceirização para a contratação do trabalho temporário.

²⁸ O terceiro capítulo também abordará especificamente a evolução jurisprudencial da responsabilização do Estado nas terceirizações.

Em 1983, foi editada a Lei 7.102, permitindo a contratação por meio de empresa interposta para a prestação de serviços de vigilância bancária. Representou grande inovação, no sentido de prever a possibilidade de se utilizar do instituto da terceirização permanentemente, e não mais apenas em caráter temporário.

Posteriormente, a Lei nº 8.863/94 veio ampliar os serviços previstos na Lei nº 7.102/83, estendendo a possibilidade de terceirização aos serviços de vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.

Note-se que, sincronicamente, a legislação sobre terceirização relativa ao setor público foi muito mais permissiva do que a legislação relativa às contratações no setor privado, podendo-se inferir que a legislação em nada refletia os anseios da sociedade, considerando o contexto jurídico-social de globalização e constante especialização das empresas, que se iniciava à época.

Neste sentido, de uma forma bastante conservadora, preocupando-se com as perdas trabalhistas que o instituto da terceirização poderia vir a causar aos empregados, o Tribunal Superior do Trabalho, alienando-se de certa forma ao processo de transformação social por que passava o país e o resto do mundo, editou o Enunciado nº 256 (aprovado pela Resolução nº 04/86, de 22.9.86), proibindo totalmente qualquer forma de terceirização, com exceção das já permitidas pelas Leis 6.019/74 e 7.102/83, mencionadas anteriormente.

Segundo Magano²⁹, ao adotar essa orientação, “numa penada, o TST revogou partes substanciais do Código Civil, referentes ao contrato de locação de serviços e à empreitada. Numa penada, o TST colocou na ilegalidade os contratos que habitualmente se fazem com mais de cinco milhões de trabalhadores rurais (os chamados bóias-frias) e com cerca de um milhão de outros trabalhadores, ligados às empresas de conservação e asseio”.

²⁹ *Apud* ROBORTELLA, Luiz C. A. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p.255.

O referido Enunciado tornou-se tão anacrônico em relação à realidade social que o Ministério do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 07, de 21.02.90, admitindo a intermediação de mão-de-obra “fora do âmbito das atividades essenciais e normais” da empresa tomadora de serviços, tornando-se “a primeira brecha aberta no campo de incidência do Enunciado em tela”³⁰.

A Lei 8.036/91, que incluiu as empresas locadoras de mão-de-obra entre os contribuintes do FGTS, reconhecendo, portanto, indiretamente, a licitude delas, tornou inválido o Enunciado nº 256 do TST. Talvez por este motivo, o enunciado tenha sido revisto e substituído pelo de nº 331, de dezembro de 1993, o qual analisaremos com mais propriedade no item 1.3. e, após, cancelado, pela Res. 121/2003 (DJ de 19, 20 e 21/11/2003).

Esta nova súmula inovou ao ampliar as hipóteses de terceirização lícita e ao estabelecer a responsabilidade do tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas, quando do inadimplemento das mesmas por parte da empresa interposta.

1.2.3 No Direito Estrangeiro

Como a terceirização é um fenômeno mundial, vários outros países também sentiram a necessidade de estabelecer regras acerca do instituto. O objetivo principal, tal como no Brasil, é a proteção do empregado que efetivamente presta o serviço para a empresa tomadora dos serviços.

Na França, especialmente após a Revolução Francesa, houve grande preocupação com a prática do *marchandage*. Na primeira sessão da Comissão do Governo dos Trabalhadores, em 1848, foi deferido o pleito de se abolir a prática da

³⁰ MAGANO, Octavio B. *Alcance e limites da terceirização no direito do Trabalho*. In: PINTO, José Rodrigues (org.). *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995, p. 288.

exploração do homem pelo homem. Na Declaração de Direitos, de 1849, em seu art. 2º, abolia-se a figura da *marchandage*. Posteriormente, o Código de Trabalho francês proíbe a intermediação de mão-de-obra que tenha objetivo diverso do trabalho temporário³¹.

A jurisprudência francesa, no entanto, entende lícita a terceirização, desde que presentes três elementos: o exercício do poder de direção e supervisão pelo tomador; a especialização da empresa contratada e sua responsabilidade pelos serviços prestados; e a remuneração por tarefa, não por hora trabalhada³².

Neste país, a subcontratação é utilizada até mesmo para a execução de atividades-fins da empresa contratante, como se pode inferir dos institutos da *filialisation* e *sous traitance* admitidos³³.

Pelo exposto, demonstra a jurisprudência francesa a intenção de coibir não o *marchandage* em si, mas seu abuso.

Na Colômbia, o art. 12 do Código do Trabalho de 1992 estabelece a regra geral no sentido de que as empresas que executam obras a outras empresas, por sua conta e sem sujeição à direção destas, são legítimos empregadores e não intermediários. No entanto, inexistindo idoneidade financeira para cumprir as obrigações trabalhistas com seus empregados, surge a responsabilidade solidária do tomador de serviços. Além disso, os trabalhadores ainda podem exigir a retenção dos pagamentos devidos à empresa terceirizada, subrogando-se nos direitos desta³⁴.

A Espanha, no art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores, admite a terceirização sob a forma de subcontratação de obras ou serviços que correspondam à própria atividade principal da empresa. Neste caso, ocorre a responsabilidade solidária,

³¹ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.32.

³² QUEIROZ, Carlos A. R. S. de. *Manual de terceirização*. 9ª ed. São Paulo: STS, 1998, p. 214.

³³ Na *filialisation*, são criadas filiais com personalidade jurídica distinta da matriz, em função do desmembramento de certas atividades desta, visando à contratação de trabalhadores com salários inferiores. A *sous traitance* é uma forma de empreitada, para a contratação da produção ou parte da produção que a contratante deveria produzir. (MARTINS, Sérgio P., **ob. cit.**, p. 33)

³⁴ ROBORTELLA, Luiz Carlos A. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 253.

devendo o tomador dos serviços exigir da empresa prestadora a comprovação de quitação das cotas de seguridade social para se exonerar dessa responsabilidade.

O art. 43 do referido Estatuto proíbe a intermediação de mão-de-obra, determinando a existência de vínculo empregatício entre o empregado e a tomadora dos serviços e a responsabilidade solidária entre esta e a empresa fornecedora pelas obrigações trabalhistas, excetuando-se a intermediação de mão-de-obra para a construção ou reparação de moradia particular e para a execução de serviços não ligados à atividade empresarial desenvolvida por determinada indústria³⁵.

Na Itália, a Lei nº 264/49 proibia a terceirização. Posteriormente, a Lei nº 1.369/60 passou a responsabilizar solidariamente o tomador de serviços, nos seguintes termos:

os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhos de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham de ser executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores que deste dependam, de um salário mínimo não inferior ao que percebem os trabalhadores que daquele dependam, bem como lhes assegurarão condições de trabalho não inferiores às que desfrutam esses seus trabalhadores.³⁶

O Japão, por sua vez, criou uma legislação bem específica para o trabalhador subcontratado, chamada *Worker Dispatching Law*, de 1985, que tem por objetivo disciplinar o instituto da subcontratação. Esta lei prevê a terceirização do trabalho temporário e de serviços ligados às atividades estranhas à atividade principal da tomadora dos serviços, proibindo as terceirizações no transporte portuário e na construção. Prevê, ainda, a inexistência de vínculo de emprego, quando obedecidos os requisitos da lei.

Outro ponto interessante da lei japonesa é a exigência de autorização do Ministério do Trabalho para o funcionamento das empresas fornecedoras de mão-de-obra. Havendo a desqualificação, por meio de revogação da autorização, podem, inclusive, ser fechadas.³⁷

³⁵ *Id. Ibidem*, p. 254.

³⁶ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33.

³⁷ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33-34.

Na Alemanha, apesar de a terceirização ser muito utilizada na forma de subempreitada, especialmente nos setores de automóveis, da indústria elétrica e eletrônica, da siderurgia e da química, não existe uma lei específica sobre o tema, tendo como base para a resolução das relações os contratos coletivos³⁸.

O México considera ilícita toda forma de intermediação de mão-de-obra, exceto se a empresa intermediária for especializada, descaracterizando-se, assim, a ilicitude da contratação³⁹.

Na Venezuela, a lei determina a responsabilidade de pessoa natural ou jurídica, em cujo proveito está se prestando serviços de mão-de-obra que tenha sido contratada por um intermediário (*contratista*), especialmente se a maior fonte de renda deste advier da empresa contratante. Neste caso, há responsabilidade solidária do contratante para com os encargos trabalhistas.

Como podemos constatar, a preocupação com a satisfação dos direitos trabalhistas, em sede de terceirização, é mundial. Aos poucos, os países vêm buscando equilíbrio entre a terceirização como fonte geradora de emprego e os direitos trabalhistas dos empregados, demonstrado por meio das tentativas de normatização do instituto, insertas nos ordenamentos jurídicos dos países aqui mencionados.

1.3 Terceirização lícita e ilícita

Para os fins do presente estudo, importante definir-se a diferença entre a terceirização lícita e ilícita, uma vez que o objeto do trabalho restringe-se aos casos em que a terceirização é lícita.

³⁸ *Id. Ibidem*, p. 29-30.

³⁹ QUEIROZ, Carlos A. R. S. de. *Manual de terceirização*. 9ª ed. São Paulo: STS, 1998, p. 213.

A distinção entre a terceirização lícita e ilícita é crucial para análise dos efeitos do instituto, principalmente no que se refere à responsabilidade do tomador dos serviços, pois a forma de contratação define, de imediato, quem é o real empregador do terceirizado, responsável direto pelos encargos trabalhistas do empregado.

Considerando a escassez de normas regedoras do tema já descrita no item anterior e a realidade social do instituto da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado nº 331, demonstrando, dessa forma, acompanhamento à modernização das relações de trabalho, combinado com a preocupação com os direitos trabalhistas do empregado, frente à possibilidade de fraude na contratação.

Embora os enunciados representem uniformização de jurisprudência do TST, o Enunciado 331, pela ausência de legislação sobre a matéria, assumiu um caráter normativo, traçando os limites da terceirização lícita, com apoio na autorização colhida pelo art. 8º da CLT⁴⁰.

Neste sentido, o citado Verbete veda a intermediação de mão-de-obra que oculta, com o argumento de estarem sendo utilizados institutos de Direito Civil, a verdadeira relação de trabalho, que possui todos os elementos caracterizadores do contrato de trabalho, quais sejam, a continuidade, a subordinação, a onerosidade, a pessoalidade e a alteridade⁴¹.

Assim, o inciso I do referido Enunciado dispõe que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974)”.

⁴⁰ O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece: “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

⁴¹ Este é o entendimento de Dora Maria de Oliveira Ramos, ao consignar que: “O Enunciado n 331 procura alcançar aquelas relações em que, sob o manto de legalidade aparente, por meio da utilização de formas contratuais admitidas pela lei civil ou comercial, mascaram-se situações de

Neste caso, em se tratando de empresas privadas, normalmente, caracteriza-se o vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços, excluindo-se a prestadora da relação. Este item demonstra a clara intenção de não se transformar o trabalhador em mercadoria, por meio da *marchandage*⁴².

No entanto, quando se refere à Administração Pública, tal procedimento não pode ser adotado, tendo em vista dispositivo expresso da Constituição Federal (art. 37, II)⁴³, que impede a caracterização de vínculo empregatício sem prévio concurso público.

Por este motivo, o Tribunal Superior do Trabalho, no inciso II do Enunciado 331, excepcionou a Administração Pública da formação de vínculo empregatício, quando da contratação de empregados de forma irregular, por empresa interposta⁴⁴.

Quanto aos efeitos da terceirização ilícita⁴⁵, nos termos do inciso II do Enunciado 331, a doutrina posiciona-se, ainda, de três formas diferentes a respeito⁴⁶.

A primeira corrente doutrinária sustenta a não existência do vínculo com a Administração Pública, devendo ser declarada nula a referida contratação, não cabendo ao trabalhador ilicitamente terceirizado nenhuma diferença justralhista⁴⁷.

A segunda corrente, de posição intermediária, também não reconhece a existência de vínculo empregatício com a Administração Pública, devido à vedação

verdadeira relação de emprego, intermediadas por terceiros.” (*Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr., 2001, p. 65)

⁴² Neste sentido, Francisco Antonio de Oliveira: “O objetivo do enunciado, neste item, é desacoroçoar a transformação do trabalhador em mercadoria.” (*Comentários aos Enunciados do TST*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 875)

⁴³ O art. 37, inciso II da Constituição Federal estabelece: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

⁴⁴ O item II do Enunciado nº 331 do TST, assim dispõe: “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).”

⁴⁵ Os efeitos da terceirização lícita serão analisados no último capítulo deste estudo.

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2.ª ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 391.

⁴⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p.329.

expressa do art. 37, II, da Constituição Federal, acarretando a nulidade do contrato ilícito. No entanto, o trabalhador deve receber, ao menos, os salários devidos em contraprestação aos serviços prestados, para que não haja o enriquecimento ilícito do tomador de serviços, qual seja, o ente estatal⁴⁸.

A terceira corrente, mais radical, atribui ao trabalhador ilicitamente terceirizado todos os direitos trabalhistas, inclusive previdenciários, cabendo indenização de todas as verbas rescisórias, como se empregado fosse. Neste caso, convalidam-se os atos praticados, reconhecendo-se, inclusive, o vínculo jurídico com o ente estatal⁴⁹.

José F. Ledur⁵⁰ entende que, ao se negar a existência de vínculo com a Administração Pública, restariam feridos os princípios da proteção da boa-fé dos administrados, prestigiada pela nova doutrina administrativista, além do princípio da isonomia, garantindo a impunidade do Estado pelos atos irregulares que pratica.

No entanto, há de se discordar desta última corrente, pois o texto do item II do Enunciado nº 331, na verdade, visou à coibição de práticas de maus administradores que, por algum interesse particular, utilizavam a terceirização para integrar alguns empregados terceirizados aos quadros funcionais da Administração Pública⁵¹. Assim, considerando a inexistência de vínculo, fecham-se as portas dos oportunistas que, utilizando-se de um contrato de terceirização, tentam galgar os quadros permanentes do funcionalismo público.

Além disso, reconhecer o vínculo empregatício nestas situações seria premiar a contratação irregular, beneficiando-se, desta maneira, o interesse

⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 130.

⁴⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 330.

⁵⁰ LEDUR, José F. *Terceirização no serviço público*. In: VARGAS, Luiz A. de (org.). *Democracia e direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 35-36.

⁵¹ PARMEGGIANI, Eduardo A. O Enunciado n 331 e a terceirização. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: v. 4, n 8, set./1994, p. 84.

individual sobre o interesse coletivo, ferindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular⁵².

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho caminhou no sentido perfilhado pela segunda corrente, estabelecendo-se, no Enunciado nº 363 (com a redação dada pela Res. 121/2003) que “a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”⁵³

O item III do referido Enunciado estabelece, ainda, a não formação de vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), 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.⁵⁴

Assim, este item repetiu o que já vinha expresso no Enunciado nº 256, no que se refere à não formação de vínculo empregatício com o tomador de serviço do terceirizado contratado para a prestação de serviços de vigilância e inovou inserindo os serviços de conservação e limpeza, sempre considerando inexistentes a pessoalidade e a subordinação pela empresa contratante. A medida certamente expandiu ainda mais o campo de atuação no setor privado, uma vez que no setor público, a Lei 5.645/70 já recomendava que os serviços de custódia, conservação,

⁵² Este é o entendimento de Dora Maria de Oliveira Ramos, ao consignar que: “Não haveria, pois, como premiar o ardil das contratações irregulares, beneficiando o interesse individual do trabalhador contratado em detrimento do interesse maior da coletividade. Cuida-se de invocar, como reforço argumentativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.” (*Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr., 2001, p. 69)

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2.^a ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 394.

⁵⁴ A redação do inciso III do Enunciado em questão é a seguinte: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, 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.”

limpeza e assemelhados fossem realizados mediante via indireta, no âmbito da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional⁵⁵.

No mesmo inciso, foi prevista a realização de contratos de terceirização em atividades não específicas, desde que ligadas à atividade-meio do tomador, fazendo distinção em relação às atividades-fim da empresa tomadora para efeito de licitude no contrato de prestação de serviços. Certamente, essa medida foi a mais permissiva para efeito de contratação de serviços terceirizados, pois se distancia do restritivo Enunciado 256, que mencionava apenas os serviços temporários e os de vigilância. O atual Enunciado exige apenas que os serviços prestados pela empresa contratada não se confundam com a atividade principal da empresa tomadora, além, é claro, da inexistência da pessoalidade e subordinação.

Essa distinção entre atividade-meio e atividade-fim encontra raízes na Instrução Normativa do Trabalho nº 7, de 21 de fevereiro de 1990, que, embora tenha invocado como fundamento jurídico o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal e o artigo 1.216 do Código Civil - que asseguram o livre exercício de qualquer serviço ou trabalho lícito, já conceituava a empresa de prestação de serviços a terceiros como aquela destinada a “realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades essenciais e normais para que se constituiu esta última”. Além disso, previa a referida Instrução Normativa que a contratante deveria desenvolver atividades e ter finalidades diversas das exercidas pela contratada⁵⁶.

Para Sérgio Pinto Martins⁵⁷, “a atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa a qual não coincide com seus fins principais. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é

⁵⁵ O art. 3.º, parágrafo único da Lei 5.645/70 dispõe: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67”.

⁵⁶ RAMOS, Dora Maria de O. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr., 2001, p. 72.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4.ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 121.

especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza.”

A orientação do Enunciado nº 331, item III é de se considerar ilícita a intermediação que objetivar a atividade-fim da contratante. Em havendo tal intermediação, os órgãos responsáveis pela operacionalização oficial do Direito do Trabalho, quais sejam, o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, que têm incumbência de adentrar à cena jurídica, devem atuar a fim de descaracterizar a relação fraudulenta então existente, levando a responsabilidade, por conseguinte, a quem de direito⁵⁸.

Sérgio Pinto Martins, no entanto, considera que pode haver a contratação lícita de empresa interposta para a realização de atividades-fim da empresa contratante, desde que haja a impessoalidade e a ausência de subordinação entre os empregados e a contratante. Para este autor, o simples fato de os empregados da empresa interposta estarem executando as atividades-fim da tomadora do serviço não é suficiente para se estabelecer a ilegalidade, devendo-se configurar a pessoalidade e a subordinação para este fim⁵⁹.

Entendem alguns autores, citando-se como exemplo Francisco Antonio de Oliveira, que a redação deste item foi um tanto infeliz, no que se refere à regência, pois, da forma como foi redigido, não se sabe se a restrição “desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” se refere apenas aos serviços especializados ligados à atividade-meio do empregador ou a todos os serviços elencados: vigilância, conservação, limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador⁶⁰.

O referido autor, utilizando-se de uma interpretação sistemática, com fulcro no art. 15 da Lei 7.102/83, sugere que a melhor redação seria: “Não forma vínculo

⁵⁸ VILELA, Eduardo. Responsabilidade da Administração Pública na Contratação de Serviços de Terceiros. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, v. 09, n 97, 2001, p. 173.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 140-143.

⁶⁰ OLIVEIRA, Francisco A. *Comentários aos Enunciados do TST*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.876.

de emprego com o tomador de serviço, desde que inexista a pessoalidade e a subordinação, a contratação de serviço de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como os serviços especializados ligados à atividade do tomador.” [sic], a fim de que a expressão acima destacada alcance todos os seus termos.

Abstraindo-se, no entanto, das questões gramaticais aqui levantadas, entende-se que, conforme o Enunciado nº 331, a terceirização é lícita apenas nas hipóteses de trabalho temporário (item I), de serviços de vigilância e limpeza (item III) e, por fim, de serviços especializados relacionados à atividade-meio do tomador (item III, parte final). No entanto, mesmo nessas situações, se houver a pessoalidade e a subordinação entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços, a contratação será ilícita, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o último, exceto quando a tomadora for a Administração Pública.

Os efeitos jurídicos das situações acima descritas se subdividem quanto à licitude da contratação. Se ilícita a terceirização, há a formação de vínculo com o tomador dos serviços, exceto no caso da Administração Pública, por força de limitação constitucional quanto à forma de acesso aos cargos e empregos públicos, cabendo ao trabalhador apenas direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Em sendo lícita, a tomadora dos serviços fica subsidiariamente responsável pelos encargos trabalhistas, caso estes não sejam satisfeitos pela empresa prestadora, nos termos do item IV do Enunciado 331.

Assim, respeitando-se os limites estabelecidos no Enunciado nº 331 do TST, a terceirização deve ser aceita e utilizada nas relações empresariais, tanto no setor público como no privado, tendo em vista que é importante meio de geração de novos empregos e de diminuição de custos de produção.

2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Para melhor compreensão do tema central abordado neste estudo, far-se-á uma breve análise referente a alguns institutos relevantes referentes à responsabilidade. Inicialmente, serão abordados alguns aspectos da responsabilidade civil, passando à análise da responsabilidade do Estado, abordando aspectos de Direito Administrativo e Constitucional.

2.1 Conceito de responsabilidade

É importante conhecer os elementos que acarretam a responsabilidade, além de suas modalidades, se objetiva ou subjetiva, solidária ou subsidiária. São esses requisitos necessários à compreensão da responsabilidade imputada ao Estado por meio do inciso IV do Enunciado 331/TST, daí o estudo preliminar da responsabilidade civil, conforme disposto no Código Civil e na Constituição Federal.

O termo responsabilidade advém do verbo latino *respondere*, que por sua vez, advém da raiz latina *spondeo*. Quando da estipulação dos contratos verbais, no direito romano, pronunciavam-se as palavras *dare mihi spondes? Spondeo*, para travar a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação⁶¹. Nesta época, responsável era o que respondia pela obrigação e responsabilidade era a obrigação do responsável de adimplir a obrigação.

No entanto, tal definição não se amolda ao conceito atual de responsabilidade, que está embasado no dever de reparar o dano causado a alguém, em decorrência de um ato omissivo ou comissivo. No caso dos romanos, a

responsabilidade estava adstrita ao adimplemento da obrigação. Caso não fosse adimplida, continuaria havendo o dever de cumpri-la, mas não haveria nenhum dever de indenização, substituto à obrigação primária. Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho⁶² define a responsabilidade como um dever jurídico sucessivo, pois decorrente do descumprimento de um dever original.

Maria Helena Diniz⁶³ conceitua a responsabilidade como a obrigação de uma pessoa de indenizar o dano causado em decorrência de fato próprio ou de fato de pessoas ou coisas sob a sua responsabilidade ou por mera imposição legal.

O dano causado rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Deste modo, surge a necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, procurando-se recolocar o prejudicado no *status quo ante*⁶⁴.

No entanto, para a caracterização do dever de indenizar, não basta que haja um fato (próprio, de terceiro ou de coisa) e um dano, há que se observar se presentes os pressupostos essenciais, quais sejam: conduta do agente (comissiva ou omissiva); culpa do agente; relação de causalidade e a existência do dano. Vale ressaltar que, em se tratando de responsabilidade objetiva, o elemento culpa é afastado, restando, para a caracterização da obrigação de indenizar, apenas a conduta do agente, a existência do dano e o nexo de causalidade entre eles.

Para melhor compreensão da acarretabilidade do dever de indenizar, os pressupostos de caracterização da responsabilidade civil serão estudados um a um.

⁶¹ DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 33.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

⁶³ DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.34.

⁶⁴ Neste sentido, Antonio Montenegro disserta sobre a função do dever de indenizar, nos seguintes termos: "O que se busca, em última instância, é tornar realidade um velho enunciado de Direito Civil, segundo o qual a obrigação de ressarcimento tende a restabelecer o equilíbrio de uma situação patrimonial destruída pelo fato ilícito." (*Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 3).

2.1.1 Conduta do agente

Entende-se por conduta do agente o comportamento humano voluntário, exteriorizado mediante ação ou omissão, que provoca conseqüências no mundo jurídico.⁶⁵

A regra geral é de que as pessoas devem abster-se de praticar atos que venham a causar prejuízos a terceiros. Deste modo, a violação desse dever geral de abstenção se exterioriza por meio de uma ação. São exemplos de ações capazes de causar prejuízos a outros, a prática de lesão corporal, a usurpação de patrimônio alheio, etc.

A omissão pura e simples, em tese, não é capaz de gerar danos, até porque, como dito anteriormente, o dever geral é de abstenção de práticas que causem danos a alguém. No entanto, quando o sujeito que pratica a conduta omissiva tem o dever jurídico de praticar o ato para impedir o resultado danoso, entende-se que, neste caso, a omissão adquire relevância jurídica⁶⁶.

Neste sentido, quando da não realização da conduta exigida por lei, negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, este compactua com o resultado danoso causado à vítima.

Assim, não é toda conduta omissiva que gera o dever de indenizar. Só responde pelos danos causados em virtude de omissão quem tem o dever jurídico de agir ou estiver em situação jurídica que obrigue a impedir que o resultado ocorra.

De regra, só é responsável aquele que causa o evento danoso. Chama-se tal responsabilidade de responsabilidade direta ou responsabilidade por fato próprio.

⁶⁵Sérgio Cavalieri Filho prefere a utilização do termo “conduta”, “porque abrange as duas formas de exteriorização da atividade humana. Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão.” (*Ob. cit.*, p. 37.)

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

Sílvio Rodrigues⁶⁷ entende que “a responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo”.

A legislação estabelece, ainda, a responsabilidade em decorrência de ato de terceiro. Neste caso, o dever de indenizar surge em decorrência de dano causado por outrem que, por algum motivo, encontra-se sob sua sujeição⁶⁸. A intenção do legislador, neste caso, é a proteção da vítima, que não deve suportar os prejuízos sofridos.

Assim, o pai responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia; o patrão responde pelos atos de seus empregados, e assim por diante.

A responsabilidade pode advir, além de fato próprio ou de terceiro, também por dano causado por coisa ou animal que estava sob sua guarda (fato da coisa).

Existe, no entanto, um entendimento na doutrina no sentido de se caracterizar o fato de terceiro e o fato da coisa não como responsabilidade por fato de outrem, mas por fato próprio de omissão no dever de guarda⁶⁹.

⁶⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*, v. 4. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

⁶⁸ Sérgio Cavalieri Filho entende que a ligação entre o terceiro causador do dano se dá “por um dever de guarda, vigilância e cuidado.” (*Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39)

⁶⁹ Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa explica: “... por trás do fato da coisa inanimada deverá haver sempre um fato do homem. Por essa razão a doutrina objeta quanto à denominação dada ao presente título, porque a coisa não é capaz de fato.” (*Direito Civil*, v. 4. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74)

2.1.2 Culpa

O segundo pressuposto caracterizador da obrigação de indenizar é o elemento culpa. Como pincelado anteriormente, o elemento culpa é imprescindível apenas para se caracterizar a responsabilidade subjetiva⁷⁰.

Este elemento engloba a culpa *lato sensu*, ou seja, se refere tanto à culpa propriamente dita, evidenciada pela negligência, imprudência ou imperícia, como ao dolo.

Na conduta dolosa, o resultado danoso foi perseguido pelo agente. Ele realmente desejava alcançar o dano causado. Enquanto na culposa existe o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou seja, a omissão de diligência exigível⁷¹.

Neste sentido, define Maria Helena Diniz⁷² que “o dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência.” Prossegue a referida autora conceituando a imperícia como falta de habilidade ou inaptidão para a prática de determinado ato; a negligência como a inobservância de normas que obrigam que as atitudes sejam tomadas com atenção, capacidade, solicitude e discernimento e, por fim, a imprudência como a precipitação ou a prática de determinados atos sem a devida cautela.

Caio Mario da Silva Pereira sustenta não haver nenhuma utilidade prática na distinção entre dolo e culpa, visto que, pelo nosso Direito Civil vigente, o agente responde igualmente pelas conseqüências de sua conduta⁷³.

⁷⁰ A responsabilidade objetiva será melhor abordada no item 2.1.2. e 2.2., onde se discorrerá sobre a teoria da responsabilidade objetiva e sobre a responsabilidade objetiva do Estado, respectivamente.

⁷¹ Este é o conceito de Sérgio Cavalieri Filho, que subdivide a culpa em espécies, quais sejam, a culpa grave, leve e levíssima; culpa contratual e extracontratual; culpa presumida e contra a legalidade; e, por fim, a culpa concorrente. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44-56.

⁷² DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 40.

⁷³ PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de Direito Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 418.

Deste modo, para a configuração do dever de indenizar, oriundo da responsabilidade subjetiva, é elementar que se comprove a culpa do agente, esta entendida em seu sentido amplo, como aqui explanado.

2.1.3 Nexo de causalidade

Para o acarretamento da responsabilidade, é necessário, ainda, que se comprove a relação de causalidade entre a conduta do agente (comissiva ou omissiva) e o dano sofrido pela vítima. É pressuposto definido pela própria lei, especialmente no art. 159 do Código Civil, quando estabelece: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, **causar** prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar.” [sem grifo no original]

Para não haver o dever de indenizar, em havendo conduta do agente e um prejuízo experimentado por alguém, mister se faz o afastamento do nexos de causalidade entre eles.

São excludentes do nexos de causalidade o fato exclusivo da vítima⁷⁴, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.

O fato exclusivo da vítima exclui o nexos causal porque o agente que aparentemente provocou o dano, na verdade, foi mero instrumento do acidente. Quando se questiona quem deu causa ao evento danoso, chega-se à própria vítima como resposta à referida indagação. Tem-se como exemplo o caso de atropelamento causado na vítima que, na intenção de retirar a sua própria vida, atira-

⁷⁴ Alguns doutrinadores, como Sílvio Rodrigues (*Responsabilidade Civil*, v. 4. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 163) e Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 94) utilizam a denominação “culpa exclusiva da vítima”. No entanto, foi adotado o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho por deslocar a questão do âmbito da culpa para o nexos de causalidade. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74)

se na rua por meio de um gesto tresloucado. Nesta circunstância, a ação da vítima representa o fato decisivo do evento danoso.

Vislumbra-se, desta maneira, que o fato exclusivo da vítima não afasta pura e simplesmente a culpa do agente, mas o próprio nexo causal, que, inexistente, afasta o dever de indenizar eventuais prejuízos causados à vítima.

Outra causa de exclusão do nexo de causalidade se configura no fato de terceiro, que não pode apresentar nenhuma ligação com o causador aparente do dano. Nestes casos, diz-se que a ação de reparação de danos foi “mal endereçada”.

Para se afastar o nexo causal por fato de terceiro, é necessário que se faça a comprovação de existência de nexo de causalidade entre a conduta do terceiro e o dano causado, ligados por uma relação de causa e efeito; que o fato de terceiro não tenha sido de alguma forma provocado pelo ofensor aparente; que o fato de terceiro seja ilícito e que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável⁷⁵.

O fato de terceiro capaz de excluir o nexo de causalidade e, via de conseqüência, o dever de indenizar, segundo alguns doutrinadores, acaba se equiparando ao caso fortuito e à força maior⁷⁶.

O caso fortuito se configura no evento imprevisível e, conseqüentemente, inevitável, enquanto a força maior se estabelece diante de fatos previsíveis, porém, inevitáveis, por se tratarem de eventos que superam as forças do agente, como os fenômenos da natureza, por exemplo.

Pode-se, então, inferir que o elemento presente no caso fortuito é a imprevisibilidade, enquanto na força maior, a inevitabilidade.

Muito se discute acerca da distinção entre caso fortuito e força maior. No entanto, a despeito das discussões doutrinárias que envolvem o tema, é pacífico que tanto o caso fortuito como a força maior estão fora do distrito da culpa, acarretando a

⁷⁵ DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.96.

⁷⁶ Este é o entendimento de Sílvia Rodrigues (*Direito Civil*, v. 4. 14ª ed. São Paulo: 1995, p. 169) e de Sérgio Cavalieri Filho. (*Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75)

inexistência do nexo causal, por serem causas estranhas à conduta do aparente causador do prejuízo.

Todas essas causas que afastam a responsabilidade devem ser analisadas com certo cuidado pelo aplicador do direito, visto que exoneram o ofensor, deixando o lesado com o seu prejuízo não ressarcido⁷⁷.

Na seara contratual, há que se falar, ainda, na cláusula de não indenizar como causa de afastamento da obrigação de ressarcimento. Por meio desta, uma das partes fica desobrigada de ressarcir os prejuízos experimentados pela outra parte, na hipótese de inexecução total ou parcial do objeto contratado. Caso não houvesse a referida cláusula, subsistiria a obrigação de indenizar pela parte que deu causa à inexecução do contrato.

No entanto, para se configurar a validade desta cláusula, imprescindível se faz a bilateralidade do consentimento, ou seja, a parte que suportará os prejuízos, em caso de descumprimento da obrigação pactuada pela outra, deve estar de acordo com a referida estipulação⁷⁸.

Vale ressaltar, no entanto, que a cláusula de não indenizar afasta a obrigação de ressarcimento de prejuízos, não por desaparecer o nexo de causalidade entre o fato e o dano, mas por simples convenção.

2.1.4 Dano

A existência do dano é o elemento principal para o acarretamento da responsabilidade⁷⁹. Caso não ocorra o dano (ainda que presumido), não há que se

⁷⁷ DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p 98.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 98-99.

⁷⁹ Neste sentido, Antônio L. C. Montenegro, ao consignar que: “o dano se constitui no elemento mais importante da responsabilidade civil.” (*Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 10) e Sergio Cavalieri Filho, quando dispõe que: “pode haver

falar em reparação. Cogitar a existência de indenização sem a ocorrência de dano implica admitir o enriquecimento sem causa, o que de fato é repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio⁸⁰.

Quando não se admitia a existência do dano moral, definia-se o dano como a efetiva diminuição no patrimônio da vítima. Hoje, com a incorporação do dano extrapatrimonial ao entendimento da doutrina e da jurisprudência, este conceito não mais prospera, tendo sido substituído pelo conceito de subtração ou diminuição de um bem jurídico de qualquer natureza⁸¹. Antonio Montenegro⁸² define o dano como o “prejuízo que alguém sofre em um bem jurídico, contra a sua vontade”.

Seguindo essa nova realidade jurídica, subdivide-se, portanto, o dano em patrimonial (ou material) e extrapatrimonial (ou moral).

O primeiro decorre de prejuízos ao patrimônio da vítima e são efetivamente mensuráveis monetariamente, como, por exemplo, o dano causado por uma colisão entre dois veículos. O prejuízo engloba o custo do efetivo conserto do veículo, somado à sua respectiva desvalorização e ao gasto relativo ao transporte da vítima, enquanto o seu carro encontrar-se em manutenção.

A doutrina entende que o dano patrimonial pode atingir o patrimônio atual e futuro da vítima, classificando-o em dano emergente e lucros cessantes.

Para Antonio Montenegro⁸³, o dano emergente compreende “a efetiva e imediata diminuição que o patrimônio experimenta em razão do ato ilícito”, enquanto que o lucro cessante compreende “o lucro que era esperável obter-se e que deixou de crescer ao patrimônio.”

A doutrina francesa menciona, ainda, no que se refere ao lucro cessante, a “perda de uma chance” (*perte d'une chance*). Esta se configura na hipótese de a vítima perder a oportunidade de obter uma situação futura mais favorável. Para

responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.” (*Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79)

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 80.

⁸¹ *Id. Ibidem*, p. 80.

⁸² MONTENEGRO, Antonio L. C. *Ob. cit.*, p. 10.

tanto, é necessário que a chance seja real e séria, que proporcione efetivas condições de o lesado concorrer ao evento futuro esperado⁸⁴.

No que tange ao dano extrapatrimonial, este se caracteriza por se referir aos prejuízos que não têm repercussão de caráter patrimonial.

Cavaliere Filho⁸⁵ define dano moral como “lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima”.

A reparação diante do dano moral é prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, da seguinte forma, respectivamente: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem” e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou **moral** decorrente de sua violação.” [sem grifos no original]

Assim, o dano passível de reparação pode ser tanto patrimonial como extrapatrimonial. Privilegia-se a reparação *in natura*, quando possível. Quando não, estabelece-se uma indenização pecuniária para compensar o prejuízo sofrido.

2.2 Espécies de responsabilidade

Neste momento, adentrar-se-á nas espécies de responsabilidade civil para se embasar o estudo relativo à responsabilidade do Estado quanto aos empregados da empresa terceirizada, quando esta resta inadimplente quanto as suas obrigações trabalhistas.

⁸³ *Id. Ibidem*, p 11.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81-82.

Para tanto, mister se faz a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual; solidária e subsidiária; objetiva e subjetiva.

De início, é conveniente se distinguir a responsabilidade civil da penal. Nos dois casos, a responsabilidade deriva de uma infração a um dever por parte do agente. No primeiro caso, o interesse lesado é o interesse privado. A vítima pode exigir a reparação do dano por meio de indenização. No entanto, pode abdicar desta, sofrendo o prejuízo, sem qualquer consequência para o lesante.

No caso da responsabilidade penal, esta advém de prática de um crime, previsto no ordenamento jurídico. A infração é a uma norma de interesse público, acarretando como resposta a essa infração, a pena. Neste caso, a existência de prejuízo causado à vítima é indiferente para o acarretamento da responsabilidade penal⁸⁶.

As responsabilidades civil e penal são independentes, sendo possível que um determinado ato repercuta tanto na esfera civil como na esfera penal. Neste caso, haverá consequências distintas. Uma, a aplicação da pena prevista no ordenamento jurídico. Outra, a obrigação de indenizar o prejuízo causado pela prática de determinado crime. Tem-se como exemplo a prática de um homicídio. De um lado, aplica-se a pena destinada ao homicídio, prevista no Código Penal, para haver a responsabilidade penal e, de outro lado, acolhe-se o pedido de indenização por parte da família da vítima, que consistirá no pagamento de despesas referentes ao funeral da vítima, luto da família, bem como na prestação de alimentos às pessoas a quem a vítima devia⁸⁷.

Outra distinção que se faz é aquela referente à responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Na primeira, o dano é decorrente de descumprimento de uma relação pré-estabelecida, de uma obrigação contratual. A

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 84.

⁸⁶ Sérgio Cavalieri Filho, distinguindo a responsabilidade civil da penal pela norma jurídica violada, entende que “a separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.” (*Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30)

⁸⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*, v. 4. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 8.

segunda decorre de um ato ilícito. Neste caso, não há qualquer relação pré-constituída entre o causador do dano e a vítima⁸⁸.

Na responsabilidade contratual a indenização tem característica de substituição da obrigação contratada. Assim, se não puder mais ser prestada *in natura*, transformar-se-á em prestação pecuniária correspondente.

Há, no entanto, os que criticam essa dualidade entre responsabilidade contratual e extracontratual, considerando que os seus efeitos são uniformes. São os adeptos da teoria unitária ou monista⁸⁹.

Distingue-se também a responsabilidade em solidária e subsidiária. Em sede de responsabilidade solidária, esta tem sua validade assentada na lei ou na manifestação expressa dos contratantes. Esta é a regra estabelecida pelo Código Civil vigente, em seu art. 896, que dispõe: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

O parágrafo único do citado art. 896, por sua vez, explica o instituto da responsabilidade solidária, ao afirmar que: “há solidariedade quando na mesma obrigação concorrem mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda”.

No que concerne à responsabilidade subsidiária, o credor só pode exigir dos co-devedores, quando o devedor principal se tornar inadimplente. O credor deve acionar primeiramente o devedor principal e, caso este não cumpra a sua obrigação, aciona-se o responsável subsidiário. É o caso previsto, por exemplo, no art. 455 da CLT, que estabelece a responsabilidade subsidiária nos casos de subempreitada. Quando o subempreiteiro inadimplir com as obrigações trabalhistas de seus

⁸⁸ Este é o entendimento de Sílvio Rodrigues, ao consignar que: “Na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.” (*Responsabilidade Civil*, v. 4. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9)

⁸⁹ Para Sérgio Cavalieri Filho, os códigos de vários países vêm adotando a teoria dualista, citando como exemplo o Código Civil Brasileiro que, em seu art. 159 regula a responsabilidade

empregados, estes podem reclamar junto ao empreiteiro principal que, por sua vez, tem direito a ação regressiva contra o subempreiteiro.

Sobre a origem da responsabilidade subsidiária, há quem sustente que sua gênese esteja atrelada ao Direito Comercial, ao tratar da obrigação dos sócios para com os credores da sociedade⁹⁰.

Necessário, ainda, distinguir a responsabilidade objetiva da subjetiva⁹¹.

Na responsabilidade subjetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é pré-requisito essencial para a caracterização do dever de indenizar, enquanto na responsabilidade objetiva, pouco importa o elemento subjetivo da conduta do agente, bastando que exista o nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente para a configuração do dever de indenizar.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade subjetiva, como regra e a teoria da responsabilidade objetiva, via de exceção. Esta subsiste apenas nos casos e limites previstos em leis especiais, como por exemplo, nas relações de consumo, por expressa imposição do Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Evolução da Responsabilidade do Estado

O Estado, no uso de suas atribuições, tem características especiais, que o diferem do particular. Assim também o é no que se refere à sua responsabilidade, daí a importância do estudo das particularidades da responsabilidade da

extracontratual e, no art. 1.056, a contratual. (*Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32)

⁹⁰ VILELA, Eduardo. Responsabilidade da Administração Pública na contratação de serviços terceirizados. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, Zênite, v. 09, n 97, 2001, p. 177.

⁹¹ Sílvio Rodrigues, ao distinguir a responsabilidade subjetiva da objetiva, entende que “não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.” (*Responsabilidade Civil*, v.4. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 11)

Administração Pública para a compreensão de sua acarretabilidade na área trabalhista, em sede de terceirização.

Para tanto, analisar-se-á a evolução das teorias acerca da responsabilidade do Estado, visando a contextualizar o estudo da responsabilidade imposta à Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro, distinguindo as hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva.

A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu partindo da irresponsabilidade absoluta do Estado, passando pela responsabilidade civilista subjetiva, chegando à responsabilidade pública objetiva⁹².

2.3.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

A teoria da irresponsabilidade tem sua raiz no Estado Absolutista, cujo governo monárquico que vigorava à época tinha como regra a infalibilidade real, extensiva aos seus representantes⁹³.

A teoria da irresponsabilidade estatal tinha como fundamento a idéia de que o Estado não perseguia objetivos pessoais, mas dos súditos, sendo desprovido de vontade própria; e de que os agentes públicos tinham vontade, mas não a exprimiam, vez que eram meros cumpridores de ordens provenientes do Estado, que, por sua vez, não errava⁹⁴.

Yussef Said Cahali, ao enumerar os postulados da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública, acrescenta a impossibilidade, por contradição aos termos da equação, de se reconhecer qualquer tipo de

⁹² MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 556.

⁹³ Diógenes Gasparini descreve que o espírito norteador da irresponsabilidade se traduzia na fórmula conhecida pelos ingleses como “*the king can do not wrong*”. (*Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 597).

igualdade do súdito diante do Estado, bem como a negação de vinculação ao Estado de ato contrário à lei praticado por agentes públicos⁹⁵.

Ainda sobre a irresponsabilidade do Estado e a conseqüente insatisfação gerada na população, discorre o mesmo autor:

Em realidade, dentro da concepção política do Estado absoluto não podia caber a idéia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, que gozava de imunidade total; essa concepção ainda continuou sendo sustentada em nome do princípio da separação dos poderes, em virtude do qual a sustentação da responsabilidade do Poder Público importaria a censura ou o julgamento dos seus atos, atividade defesa ao Poder Judiciário.

[...]

Nesta fase histórica, portanto, inexistia a questão da responsabilidade civil do estado: a irresponsabilidade aparece como um axioma cuja legitimidade não é posta em dúvida; a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio é considerada como entrave perigoso à liberdade dos serviços; na ordem patrimonial, os administrados não têm à sua disposição senão a ação ressarcitória contra o agente causador do dano.

[...]

Mas essa teoria não resistiu por muito tempo aos seus contraditores.

[...]

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade⁹⁶.

⁹⁴ TELLES, Antonio A. Q. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000, p. 446.

⁹⁵ CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20-21.

⁹⁶ *Id. Ibid.*, p. 21-22.

2.3.2 Responsabilidade com culpa comum do Estado (subjativa)

A partir do século XIX, a teoria da irresponsabilidade do Estado foi sendo abandonada, dando espaço a uma nova concepção de responsabilidade estatal, uma concepção baseada em princípios de Direito Civil, apoiada na idéia de culpa.

Num primeiro momento, com o fim de abrandar a teoria da irresponsabilidade do Estado, efetuou-se a separação entre duas espécies de atos praticados pela Administração Pública: os atos de império e os de gestão, os quais se distinguiriam pelo fato de que nos atos de império, o Estado estaria em situação de desigualdade em relação ao particular, dotando-se, pois, de prerrogativas e privilégios de autoridade, enquanto nos atos de gestão, o Estado e o particular estariam em condição de igualdade⁹⁷.

Passou-se, então, a admitir a responsabilidade subjativa do Estado nos casos em que os atos de gestão praticados causassem algum dano ao particular. Por outro lado, os danos provenientes de atos de império continuariam não sendo ressarcidos pelo Estado. Esta distinção, no entanto, sofreu muitas críticas, no sentido de se considerar a impossibilidade de se dividir a personalidade do Estado e a dificuldade de classificação dos atos administrativos como ato de gestão ou de império, tendo sido, aos poucos, abandonada também, dando lugar à teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjativa⁹⁸.

O advento do liberalismo foi o grande impulsionador desta teoria, pois, a partir de então, buscou-se assemelhar o Estado ao particular, atribuindo à Administração Pública a responsabilidade pelos atos culposos de seus agentes⁹⁹.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 502-503.

⁹⁸ *Id. Ibid.*, p. 502-503.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 556.

2.3.3 Teoria da culpa administrativa

O primeiro passo para a fundamentação da responsabilidade do Estado em princípios de direito público foi dado pela França. Em 1873, por meio do famoso aresto *Blanco* do Tribunal de Conflitos, vislumbra-se o reconhecimento da responsabilidade do Estado por uma perspectiva publicista¹⁰⁰. Entendeu o referido tribunal que a responsabilidade do Estado não pode ser regida por normas de direito civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir de então, surgiram as teorias publicistas da responsabilidade baseada na culpa do serviço¹⁰¹ e as teorias do risco administrativo e integral.

A teoria da culpa do serviço começa a desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passa-se a se fazer referência à culpa do serviço público. De um lado, o funcionário responderia individualmente por sua culpa, de outro, ocorreria a responsabilidade anônima do serviço público, quando não fosse possível a identificação individual do funcionário, tendo o serviço funcionado mal.

A culpa do serviço público ocorreria, então, quando o serviço deixasse de funcionar, funcionasse mal ou atrasado. Em qualquer desses casos, incidiria a responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer comprovação de culpa do funcionário¹⁰².

Em que pese, neste contexto, mostrar-se dispensável a demonstração da culpa do funcionário, há que se salientar que se tratava de responsabilidade subjetiva, uma vez que a mera ausência do serviço não seria suficiente a ensejar a

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 662.

¹⁰¹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro traz outras denominações para culpa do serviço, como “culpa administrativa” e “acidente administrativo”. (*Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 504).

responsabilização do ente estatal, devendo-se configurar a culpa, ainda que não atribuída a um indivíduo especificamente. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarecendo que há muitos equívocos na doutrina relativos ao tema, ocasionados, provavelmente, pela má tradução da palavra *faute*, em francês, para falta:

É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta do serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deve-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como 'falta' (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo.¹⁰³

2.3.4 Teoria do risco administrativo

A jurisprudência administrativa da França passou a ampliar a proteção do administrado, admitindo hipóteses de responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo.

Por esta teoria, admite-se a existência de obrigação de reparar o dano sofrido pelo particular, independentemente de ter havido falta do serviço ou culpa do agente público, bastando que o prejudicado demonstre a existência do dano, o fato do serviço e o nexo de causalidade entre eles.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184.

¹⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 967-968.

Conforme a teoria do risco, a idéia de culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o prejuízo causado ao particular e o funcionamento do serviço público. Neste caso, é indiferente que o serviço tenha sido bem ou mal prestado, de forma regular ou irregular.

Cavaliere Filho¹⁰⁴, no que diz respeito à relação que deve existir entre o ato do agente e o serviço público, explica:

de acordo com a essência de vários julgados o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é que o cargo tenha influído como causa ocasional do ato, ou que a condição de funcionário tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito. Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Neste caso, a responsabilidade da Administração é presumida, cabendo a esta comprovar a existência de causas (fato de terceiro, caso fortuito, força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima) para se eximir da responsabilidade ou atenuá-la, conforme o caso.

Essa teoria tem como base a repartição isonômica dos ônus e encargos sociais. Se todos os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade também devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais. Para estabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público¹⁰⁵.

¹⁰⁴.CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 191.

¹⁰⁵ DI PIETRO. Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 504.

2.3.5 Teoria do risco integral

Hely Lopes Meirelles¹⁰⁶ subdivide a teoria do risco em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A teoria do risco administrativo, conforme exposto no item anterior, admite a exclusão da responsabilidade do Estado por culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior, enquanto que a teoria do risco integral não admite as causas excludentes de tal responsabilidade.

Cavaliere Filho¹⁰⁷, ao estabelecer a distinção entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, esclarece:

a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

Constitui a teoria do risco integral, portanto, em exacerbação da responsabilidade civil da Administração Pública. Segundo esta teoria, para a caracterização da obrigação de indenizar do Estado, basta que se comprove a existência do dano e o nexos causal, mesmo que o dano tenha sido decorrente de culpa exclusiva do particular.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo. Malheiros: 1994, p. 557-558.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p 186.

2.4 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Positivo Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro acompanhou a evolução acerca da responsabilidade do Estado, tendo, no período colonial, adotado a teoria da irresponsabilidade do Estado, passando pela teoria da responsabilidade subjetiva - baseada na culpa do agente público, pela culpa do serviço e chegando à teoria do risco administrativo, atualmente adotada, via de regra.

No período colonial vigoraram no território nacional as leis portuguesas, que eram adeptas da teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado.

No período imperial, vislumbra-se a aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado, quando da conduta culposa de seus agentes. Diógenes Gasparini¹⁰⁸ cita alguns exemplos, como os Decretos de 08/01/1835, de 01/12/1845 e de 22/01/1847, que responsabilizavam o Tesouro Público pelo extravio, por culpa ou fraude do respectivo funcionário, de objetos recolhidos às suas caixas e cofres e o Decreto nº 1.930, de 26/04/1857, que obrigava a Fazenda Pública a ressarcir os danos causados por servidor de estrada de ferro.

A Constituição de 1824 dispunha sobre a responsabilidade dos empregados públicos por seus atos ou omissões, com exceção da figura do imperador, que era irresponsável. A doutrina entende que este dispositivo não só aplicava a responsabilidade aos empregados, mas também a responsabilidade solidária do Estado¹⁰⁹.

No período republicano brasileiro, a constituição de 1891 também previa a responsabilidade dos funcionários públicos em decorrência de abusos e omissões praticadas no desempenho de seus cargos ou quando fossem indulgentes com seus

¹⁰⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 597.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 797

subalternos. Também entendia-se aqui haver a solidariedade do Estado na reparação do dano¹¹⁰.

A Constituição de 1934 previu, no art. 171, expressamente, a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário que causou o dano, determinando que os funcionários seriam responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. Da mesma maneira, dispôs a Constituição de 1937¹¹¹.

O Código Civil brasileiro promulgado em 1916 adotou a teoria civilista da responsabilidade subjetiva do Estado, considerando o art. 15, que dispunha: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”¹¹².

A teoria do risco integral nunca foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, com o advento da Constituição de 1946, passou-se a admitir a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo, conforme o disposto no art. 194. Esta teoria foi repetida na Constituição de 1967 e mantida na Constituição de 1988, estando em vigor até os dias de hoje.

¹¹⁰ *Id. Ibidem*, p. 597.

¹¹¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 506.

¹¹² *Id. Ibidem*, p. 505.

2.4.1 Responsabilidade Objetiva

Responsabilidade objetiva, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹³, significa “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”.

A Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, estabelece: “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”.

Pode-se inferir, deste dispositivo, duas regras: uma, a responsabilidade objetiva do Estado, duas, a responsabilidade subjetiva do agente¹¹⁴. Há a necessidade de se comprovar a existência de dolo ou culpa apenas para a caracterização da responsabilidade do agente, não havendo essa necessidade para a caracterização da responsabilidade do ente estatal, respondendo este independentemente da existência de dolo ou culpa, ou seja, objetivamente.

O termo “agentes”, inserta no referido dispositivo constitucional, conforme a doutrina, refere-se tanto aos servidores públicos, como aos agentes das entidades de direito privado, integrantes ou alheias ao Estado, desde que no desempenho de atribuições do Poder Público.

Com fundamento na teoria do risco administrativo, considera-se o dano causado ao particular como um ônus público, que não pode ser suportado por uma única pessoa, mas por toda a sociedade¹¹⁵.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 665.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Ob. cit.*, p. 506.

¹¹⁵ Neste sentido, Antonio A. Queiroz Telles entende que a teoria do risco administrativo “significa a consagração do axioma que encerra a necessidade da divisão equitativa dos gravames e, também,

Havendo, portanto, o nexo causal entre o resultado (dano) e a conduta comissiva ou omissiva do agente, deverá haver o ressarcimento pelo Estado, exceto se ficar comprovada a ocorrência de alguma das causas excludentes da responsabilidade estatal, quais sejam, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Vale ressaltar, ainda, que o dispositivo constitucional resguarda as hipóteses de responsabilidade extracontratual, ou seja, a decorrente de atos não decorrentes de uma relação contratual pré-estabelecida.

2.4.2 Responsabilidade subjetiva

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma **ação** do agente público, haja vista a utilização do verbo **causar** (“causarem”). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos¹¹⁶.

A omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute de service*), culpa esta que não é individualizada, mas anônima, tendo o dano decorrido não de uma atuação de agente público, mas de omissão do poder público¹¹⁷.

A aplicação da teoria da culpa administrativa para os casos em que o Estado causa o dano por omissão não significa que o particular terá de arcar com os danos sofridos. Significa apenas que, para haver o dever de indenizar por parte da

dos benefícios sociais”. (*Introdução ao Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 455).

¹¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 599.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 508.

Administração Pública, o lesado deverá comprovar, além do nexo de causalidade entre a ação omissiva do Estado e o dano, também a culpa da Administração.

Inocência Mártires Coelho, ao comentar a responsabilidade do Estado por fenômenos da natureza e por fato de terceiro, explica:

A Administração Pública só poderá vir a ser responsabilizada por esses danos se ficar provado que, por sua omissão ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis. Nesse caso, todavia, a responsabilidade estatal será determinada pela teoria da culpa anônima ou falta do serviço, e não pela objetiva, como corretamente assentado pela maioria da doutrina e jurisprudência.¹¹⁸

Vale ressaltar, no entanto, que a omissão do Estado que origina o dever de indenizar deve estar intimamente ligada a um dever jurídico pré-estabelecido, ou seja, o Estado só poderá ser obrigado a indenizar por omissão se a ação que deveria ter tomado lhe era exigida legalmente¹¹⁹.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 799.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 801.

3. O ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A diversidade dos temas que surgem no mundo jurídico e a constante mudança de entendimento dos tribunais sempre deixam em dúvida as partes diretamente interessadas, bem como os aplicadores do direito, acerca da posição a ser adotada. Torna-se, pois, imprescindível a discussão das modificações, visando uniformizar ou sanar as controvérsias em torno do tema.

A Administração Pública, no exercício de suas funções, está adstrita aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, de acordo com o art. 37, *caput*, da Carta Magna.

Hely Lopes Meirelles¹²⁰, quando de sua manifestação acerca do princípio da legalidade, demonstra a obrigatoriedade de sua observância, ao prelecionar que “na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador significa ‘deve fazer assim’”.

O inciso XXI do referido artigo constitucional estabelece a licitação como forma de contratação de obras, serviços, compras e alienações, via de regra¹²¹.

Regulamentando a norma constitucional, foi editada a Lei nº 8.666/93, que institui regras para licitações e contratos da Administração Pública, ficando os atos dos administradores públicos, em observância ao princípio da legalidade, atrelados aos dispositivos desta lei, quando da realização de contratos e licitações. Desta

¹²⁰ MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 78.

¹²¹ O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal estabelece que: “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”.

maneira, a relação jurídica que surge do contrato celebrado pela Administração Pública também está disciplinada pela norma indicada.

O art. 71 da Lei de Licitações e Contratos, em seu § 1º, estabelece a inexistência de responsabilidade do Estado em relação aos encargos trabalhistas dos empregados do contratado, quando este restar inadimplente, ao estabelecer que: “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”.

A redação do dispositivo menciona a impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de débitos trabalhistas pela inadimplência do contratado¹²².

O Tribunal Superior do Trabalho, ao interpretar a referida norma, conferiu significado diverso do seu sentido literal, conforme se verificará adiante.

A responsabilidade do Estado é prevista por norma constitucional, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de onde se extraem as hipóteses de responsabilidade objetiva.

Neste panorama, pretende-se verificar a compatibilidade da responsabilidade atribuída ao Estado nos casos de terceirização com os requisitos da responsabilidade objetiva do Estado, já traçadas no Capítulo 2 deste estudo.

¹²² Jessé Torres Pereira Junior, ao comentar o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, esclarece que “o § 1º afasta da Administração qualquer vínculo de solidariedade ou subsidiariedade para com os encargos que a contratada venha a inadimplir perante terceiros ou perante o Estado...” (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 448)

3.1 Acórdão que deu origem à redação do Enunciado nº 331, IV, do TST

Quanto às decisões da justiça do trabalho sobre o tema, em sede de responsabilidade do Estado no âmbito das terceirizações, observa-se que o inciso IV do referido Enunciado, antes de sua modificação pela resolução 96/2000 não contemplava expressamente os órgãos da Administração Pública como responsáveis solidários ou subsidiários pelos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas.

A jurisprudência, àquela época, encontrava-se dividida acerca da responsabilização da Administração Pública em relação aos encargos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas para prestar serviços. As próprias decisões do Tribunal Superior do Trabalho, antes da modificação trazida pela resolução 96/2000, divergiam em duas correntes.

A primeira corrente não considerava a responsabilidade da Administração Pública, quando do inadimplemento da empresa contratada para prestação de serviços, em face da vedação legal do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Tem-se como exemplo o seguinte acórdão da 5ª Turma:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – AUTARQUIA – ITEM IV DO ENUNCIADO 331/TST E ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. O item IV do Enunciado 331 do TST não é aplicável a ente público, por força do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, que veda a transferência de encargos, inclusive trabalhistas, de empresa contratada inadimplente.”(Acórdão de 15/03/00, RR 508019/98, 5ª Turma, TST).

A segunda corrente considerava a Administração Pública responsável pelos encargos trabalhistas, quando a empresa contratada se tornava inadimplente, considerando a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, conforme se depreende do seguinte acórdão:

Ora, quando a prestadora de serviço é inadimplente, com referência a créditos trabalhistas, isso só pode decorrer do fato da culpa “in eligendo” do ente público. Não se pode interpretar a lei de modo a facilitar a fraude. A

fraude é mais grave quando é praticada pela administração pública em detrimento de simples trabalhadores, como é o caso presente...(Acórdão de 22/03/00 RR 519998/98, 2ª Turma, TST).

No julgamento do RR 297751/96, foi suscitado incidente de uniformização de jurisprudência para a revisão do Enunciado nº 331 do TST, cuja decisão, publicada no DJU de 20/10/2000, deu-se no sentido de alterar o item IV do referido verbete sumular, nos seguintes termos:

II - por unanimidade, alterar o item IV do Enunciado nº 331 de Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que passará a vigorar com a seguinte redação: 'IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a 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)'.

Da leitura do voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Milton de Moura França, infere-se que o Tribunal Superior do Trabalho não considerou a norma estabelecida no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 inconstitucional, mas interpretou a norma conforme os fundamentos que se seguem.

Para o Tribunal Superior do Trabalho, o descumprimento das obrigações trabalhistas, por parte do contratado, decorre da culpa *in vigilando* do Estado, evidenciado no seu comportamento omissivo ou irregular, em não fiscalizá-lo, de modo que, ao menos subsidiariamente, deve responder pelas conseqüências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro.

Entende a Corte Superior Trabalhista, ainda, que o art. 71, § 1º, não pode ser interpretado de maneira literal, de modo que deve ser considerada a exegese sistemática, levando-se em consideração o arcabouço jurídico de proteção ao empregado, além do fato de que a Administração deve obediência ao princípio da moralidade.

Por fim, suscita a responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, objeto do presente estudo, entendendo aplicável no caso de descumprimento de obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada pelo ente estatal.

A partir da alteração do item IV do Enunciado nº 331, o Tribunal Superior do Trabalho vem acatando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, como se vê nos acórdãos transcritos abaixo:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –
DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST –
VIOLAÇÃO DO ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93 NÃO
CONFIGURADA.(Acórdão de 15/08/2001, RR 471868/98, 4ª Turma, TST)

a inadimplência das obrigações trabalhistas, pelo empregador, resulta na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, ainda, que este integre a administração pública (Enunciado nº 331, item IV, com a redação dada pela Resolução nº 96/2000). (Acórdão de 27/06/2001, RR 435455/98)

Apesar de o Tribunal Superior do Trabalho ter unificado o seu entendimento acerca do tema, por meio da alteração do Enunciado nº 331, IV, a questão ainda não se encontra pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência dos órgãos de primeira e segunda instância que compõem a justiça do trabalho.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, após a modificação do verbete sumular em questão, através da sua 3ª Turma/SC, Acórdão nº 10625/2000, cujo relator foi o Excelentíssimo Senhor Juiz Luiz Fernando Cabeda, decidiu pela impossibilidade de a jurisprudência ser entendida contra a lei, *verbis*:

EMENTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE ESTATAL.

Não há determinação na lei no sentido de que a entidade estatal seja responsável subsidiariamente quando contrata empresa prestadora de serviços, para obra certa ou tarefas determinadas, em processo licitatório regular. A disposição legal é no sentido de excluir essa responsabilidade, e a jurisprudência não pode ser entendida contra legem.

Entretanto, o Enunciado 331, do TST, tanto mais com a revisão de texto que foi dada em 18.09.2000, aponta em sentido contrário, cabendo agora ao STF examinar a questão da inconstitucionalidade por negativa de vigência de lei federal (art. 71, da Lei nº 8.666/93).” [sem grifo no original]

3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

Atento à inexistência de pacificidade sobre o tema, o Distrito Federal, por meio de sua Procuradoria-Geral, ajuizou, em março de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista o quadro jurisprudencial demonstrado, em que se pairam dúvidas acerca da responsabilização do ente estatal, nos casos de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, mesmo com a edição do Enunciado nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

Na referida ação, ressalta-se que, a despeito de sua constitucionalidade manifesta, o dispositivo tem sofrido retaliações por parte de órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista o entendimento consolidado no Enunciado nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

Afirma-se, na petição inicial, que “a norma objetiva resguarda a Administração Pública, a qual, após haver tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei, relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, não pode ser responsabilizada pelo dano que não produziu e em relação ao qual, diligentemente e nos termos da lei, tentou evitar”¹²³.

Argumenta-se no sentido de que, no âmbito do princípio da legalidade estrita, ao qual o administrador está vinculado, não há previsão legal que ampare a fiscalização diuturna dos encargos trabalhistas da empresa contratada, além de tal exigência afigurar-se desarrazoada.

Especificamente sobre o objeto do presente trabalho, assevera-se que a interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ofende o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que “pretende, na

¹²³ Ação Declaratória de Constitucionalidade em Face do Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: v. XXI, n. 4, abr./2008, p. 352/362.

verdade, realizar uma responsabilização objetiva do Poder Público, adotando-se, para tanto, a teoria do risco integral, no qual basta existir o dano para exsurgir a necessidade de o Poder Público reparar, ainda que para tanto não tenha dado causa e ainda que tenha tentado a todo custo evitar sua insurgência¹²⁴”.

Acrescenta-se que, na teoria do risco administrativo, adotada pela Constituição Federal, há a possibilidade de afastar-se a responsabilidade do Estado pela existência de excludentes, que, no caso da terceirização, evidencia-se na culpa (ou fato) de terceiro, qual seja, da empresa contratada para a prestação de serviços.

Critica-se a postura assumida pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que “em vez de proteger o trabalhador, essa hermenêutica termina por resguardar as empresas fraudulentas, transferindo o ônus para o Estado, como se este fosse de fato o segurador universal da humanidade”.

Assevera-se, ainda, que, ao unificar a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho ao arripio da lei, este órgão atuou como criador do direito, contrariando o princípio da separação dos Poderes. Ainda, sugere-se a deslegitimidade do órgão judicial em trazer inovação legislativa contrária à lei, que é expressão legítima da vontade geral.

Formula-se, por fim, dois pedidos cautelares, a fim de se suspenderem os processos que envolvam a aplicação do inciso IV do Enunciado nº 331 do TST, bem como de se suspenderem, com efeito *ex tunc*, os efeitos de decisões proferidas, as quais tenham afastado a incidência do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 ou que tenham aplicado o entendimento consolidado do TST.

Os pedidos liminares foram indeferidos nos seguintes termos:

(...) 2. INVIÁVEL A LIMINAR. A COMPLEXIDADE DA CAUSA DE PEDIR EM QUE SE LASTREIA A PRETENSÃO IMPEDE, NESSE JUÍZO PRÉVIO E SUMÁRIO, QUE SE CONFIGURE A VEROSSIMILHANÇA NECESSÁRIA À CONCESSÃO DA MEDIDA URGENTE. COM EFEITO, SERIA POR DEMAIS PRECIPITADO DEFERIR, NESSE MOMENTO, LIMINAR DESTINADA A SUSPENDER O JULGAMENTO DE TODOS OS PROCESSOS QUE ENVOLVAM A APLICAÇÃO DO ART. 71, § 1º, DA LEI

¹²⁴ Ação Declaratória de Constitucionalidade em Face do Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo: v. XXI, n. 4, abr./2008, p. 352/362.

Nº 8.666/93, ANTES QUE SE DOTE O PROCESSO DE OUTROS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS APTOS A MELHOR MOLDAR O CONVENCIMENTO JUDICIAL. A GRAVIDADE DE TAL MEDIDA, OBSTRUTORA DO ANDAMENTO DE GRANDE MASSA DE PROCESSOS PENDENTES NOS VÁRIOS ÓRGÃOS JUDICIAIS, DESACONSELHA SEU DEFERIMENTO, MORMENTE EM FACE DE SEU CARÁTER PRECÁRIO. 3. DO EXPOSTO, INDEFIRO A LIMINAR. SOLICITEM-SE INFORMAÇÕES AO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (...)¹²⁵

O Relator da Ação, Ministro Cezar Peluso, votou por não conhecer da ação, por não vislumbrar o requisito da controvérsia judicial. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu por dar seguimento à ação, tendo o Ministro Menezes Direito pedido vista dos autos, estando, pois, o processo, até a conclusão deste trabalho, ainda pendente de julgamento.

Embora haja a possibilidade de a referida ação não ter o seu mérito apreciado, a discussão é tão relevante à Administração Pública e àqueles que prestam serviços terceirizados aos entes estatais, que se mostra necessário que, ainda que em âmbito acadêmico, seja apreciada sob o prisma constitucional.

3.3 O inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado e a responsabilidade civil do Estado

Alguns doutrinadores¹²⁶ suscitam a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos, por entenderem ser o referido dispositivo incompatível com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 07 dez. 2008.

¹²⁶ Dentre eles, cita-se Maurício Godinho Delgado (*Introdução ao direito do trabalho*. 2.ª ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 404). e Rodrigo Curado Fleury (*A responsabilidade Trabalhista da Administração Pública na Contratação de Serviços Terceirizados*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/admterce.html>>. Acesso em: 21 set. 2001).

O Tribunal Superior do Trabalho, apesar de não ter declarado o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, inconstitucional¹²⁷, invocou, para responsabilizar subsidiariamente o Estado, nas obrigações trabalhistas, o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Nesse passo, sem a pretensão de esgotar a análise dos argumentos expostos na fundamentação de tal decisão, passa-se a verificar sua compatibilidade com o sistema constitucional relativo à responsabilidade do Estado.

Conforme verificado no Capítulo 2 deste estudo, o dispositivo constitucional em comento refere-se à **responsabilidade extracontratual** das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado **prestadoras de serviços públicos** advinda de danos que seus agentes causarem a terceiros.

Com relação a este preceito constitucional, há que se analisarem dois aspectos: um relacionado à responsabilidade civil extracontratual e outro relacionado à caracterização de agente prestador de serviço público.

Agente público é expressão que abrange tanto o servidor público como o agente político e o particular em colaboração com o Estado. Nesta última categoria encontram-se as empresas terceirizadas. Assim sendo, em matéria extracontratual, responde a Administração Pública pelas ações praticadas pelo particular contratado enquanto empenhado na execução do ajuste. Por outro lado, não pode responder a Administração Pública pelas obrigações de caráter contratual que a empresa terceirizada porventura vier a inadimplir¹²⁸.

Por exemplo, se um dos caminhões da empresa contratada pelo Estado para realizar coleta de lixo causar prejuízo a um administrado, existirá, por aplicação

¹²⁷ O Ministro Marco Aurélio, ao manifestar-se sobre o conhecimento da ADC nº 16, afirmou que o Tribunal Superior do Trabalho operou uma declaração branca de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

¹²⁸ RAMOS, Dora M. de O. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 150.

da regra do art. 37, § 6º da Lei Maior, a responsabilidade objetiva do Estado. Mas se, por outro lado, a contratada atrasar nos pagamentos de seus fornecedores, não existe a responsabilidade do Estado, pois, neste caso, vislumbra-se a responsabilidade contratual.

Nesta esteira de raciocínio, observa-se que as relações entre empregado e empregador, bem como entre este e o Estado, têm caráter contratual e, assim sendo, o inadimplemento dessa relação contratual não transfere o dever de indenizar para o ente estatal contratante, uma vez que não há que se falar em responsabilidade objetiva em relações contratuais.

Sérgio Pinto Martins¹²⁹ no mesmo sentido, preleciona que o dispositivo constitucional refere-se à responsabilidade civil do Estado, não podendo ser aplicado no campo das terceirizações, no caso de inadimplemento por parte da empresa contratada quanto aos encargos trabalhistas de seus empregados, por se tratar de responsabilidade trabalhista, e não civil.

Quanto à caracterização do agente prestador de serviço público, entende-se que as empresas de limpeza ou de vigilância, por exemplo, realizadoras de atividade-meio, não são prestadoras de serviço público, mas privado.

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹³⁰ esclarece que o instituto da concessão tem por objetivo o próprio serviço público, enquanto que o fenômeno da terceirização por meio de locação de serviços tem por objeto “atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público”.

Quando da formulação da modificação do inciso IV do Enunciado nº 331, o próprio TST reconheceu que a responsabilidade subsidiária do Estado se daria devido “ao seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado”.

¹²⁹ MARTINS, Sérgio P. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, p. 133.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 169.

Posto isto, descaracterizada a responsabilidade por ato próprio do Estado, uma vez que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de empresa contratada não decorre de ação direta do Estado nem de empresa privada prestadora de serviço público, a responsabilidade a ser atribuída ao Estado só pode decorrer de fato de terceiro, que, como visto no Capítulo 2 deste estudo, é excludente do nexo causal, exceto se evidenciada a culpa.

Deste modo, não se deve falar em responsabilidade objetiva, prevista no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, visto que esta pressupõe conduta comissiva. A responsabilidade do Estado decorrente de conduta omissiva pressupõe a perquirição da culpa da Administração, entendida como a culpa do serviço, sendo hipótese de responsabilidade subjetiva.

Não se verificam, portanto, os requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, no caso tratado no inciso IV do Enunciado nº 331 do TST. Primeiro, porque o art. 37, § 6º, da Constituição Federal refere-se à responsabilidade civil extracontratual, e não responsabilidade trabalhista, de cunho contratual. Segundo, por não ser a empresa contratada para a prestação de serviços de atividade-meio, efetiva prestadora de serviços públicos e, por fim, por o referido dispositivo constitucional referir-se a condutas comissivas, e não omissivas, às quais se aplica a teoria da culpa administrativa.

CONCLUSÃO

Procurou-se, neste trabalho, abordar os principais aspectos relativos à terceirização e à responsabilidade, de forma a dar subsídios ao estudo da responsabilidade objetiva do Estado na terceirização de serviços.

A terceirização é uma nova forma de contratação de mão-de-obra e surgiu no contexto mundial como alternativa eficaz de redução de custos e aumento da especialidade das empresas, tornando-as mais competitivas no mercado amplamente globalizado que hoje se apresenta.

A evolução doutrinária e jurisprudencial pátria demonstra a preocupação em resguardar o direito do trabalhador, em face deste novo modelo de contratação, cada vez mais utilizado pelas empresas e pela Administração Pública, culminando com a edição da redação atual do item IV, do Enunciado nº 331 do TST, tendo, como um dos fundamentos para a responsabilização subsidiária do Estado, o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

No entanto, tal disposição extrapolou o âmbito de interpretação do órgão jurisdicional, ao ampliar a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, no caso em que claramente a culpa deve ser perquirida, uma vez que as empresas prestadoras de serviços atinentes à atividade-meio da Administração Pública não são prestadoras de serviços públicos; a natureza da obrigação trabalhista não é civil extracontratual e a conduta da Administração, no caso de ausência de fiscalização, é omissiva.

A maneira adequada de se harmonizar o preceito trazido na Lei nº 8.666/93, com a interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no enunciado nº 331, IV, à luz do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, só pode se dar no sentido de que a Administração Pública responde, subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas, quando do inadimplemento do contratado, somente quando se evidenciar a culpa da Administração, hipótese que deve ser averiguada em cada caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Não obstante, cabe lembrar que o presente estudo restringiu-se a analisar a questão unicamente sob o enfoque da responsabilidade objetiva do Estado, prevista na Constituição Federal, cabendo, no entanto, para a análise completa da legitimidade da interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em outro estudo, analisar os demais fundamentos que ensejaram a atual redação do Enunciado nº 331, IV, do TST.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. LEI Nº 8.666, de 21.06.93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 22.06.93 e republicada em 06.07.94.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Rel.: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 07 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. IUJ-RR 297751/96. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20/10/2000. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 07, dez. 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLEURY, Rodrigo C. *A responsabilidade Trabalhista da Administração Pública na Contratação de Serviços Terceirizados*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/admterce.html>>. Acesso em: 21 set. 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIOSA, Lívio A. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. 5ª ed. São Paulo: Pioneira, 1997.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEDUR, José F. *Terceirização no serviço público*. In: VARGAS, Luiz A. de (org.). *Democracia e direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995.

LEIRIA, Jerônimo Souto, SARATT, Newton. *Terceirização – uma alternativa de flexibilidade empresarial*. 9ª ed. São Paulo: Gente, 1996.

MAGANO, Octavio B. *Alcance e limites da terceirização no direito do Trabalho*. In: PINTO, José Rodrigues (org.). *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995, p. 281-289.

MARTINS, Sérgio P. *Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTENEGRO, Antonio L. C., *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PARMEGGIANI, Eduardo A. O Enunciado n 331 e a terceirização. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: v. 4, n 8, set./1994.

PEREIRA JUNIOR, Jessé T. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de Direito Civil, v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

QUEIROZ, Carlos A. R. S. de. *Manual de terceirização*. 9ª ed. São Paulo: STS, 1998.

RAMOS, Dora M. de O. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2001.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil, v. 4*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROBORTELLA, Luiz C. A. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion S. *A terciarização e o direito do trabalho*. *Revista LTr*, v. 56, n 3, p. 273-279.

SILVA, Ciro P. da. *A tercerização responsável: modernidade e modismo*. São Paulo: Ltr, 1997.

TELLES, Antonio A. Q. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito Civil, v. 4*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em
Direito Constitucional

VANESSA MAZALI

O Enunciado nº 331, IV, do TST e a
Responsabilidade Civil do Estado

Brasília - DF

2008