

KARINA ORLANDI RIBEIRO SILVA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA IMPUTADA À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CRITÉRIO SUBJETIVO ADOTADO APÓS A DECLARAÇÃO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N.º 8.666/93 PELO STF (ADC-16/DF)
E POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST**

Brasília

2012

KARINA ORLANDI RIBEIRO SILVA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA IMPUTADA À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CRITÉRIO SUBJETIVO ADOTADO APÓS A DECLARAÇÃO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N.º 8.666/93 PELO STF (ADC-16/DF)
E POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Hélio José de Souza Filho

Brasília

2012

Silva, Karina Orlandi Ribeiro.

Responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública: critério subjetivo adotado após a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 pelo STF (ADC-16/DF) e posterior alteração da Súmula 331 do TST / Karina Orlandi Ribeiro Silva. – Brasília: A autora, 2012.

95 f.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Orientador: Prof. Hélio José de Souza Filho.

KARINA ORLANDI RIBEIRO SILVA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA IMPUTADA À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CRITÉRIO SUBJETIVO ADOTADO APÓS A DECLARAÇÃO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N.º 8.666/93 PELO STF (ADC-16/DF)
E POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Hélio José de Souza
Filho

Brasília, _/ _/ _.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Hélio José de Souza Filho
Orientador

Professora Débora Soares
Examinadora

Professor Roberto Krauspenhar
Examinador

Dedico a presente monografia inicialmente ao meu esposo, companheiro de todas as horas, inclusive de curso, e aos meus filhos, luzes da minha vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos que participaram, direta ou indiretamente, para a confecção dessa “obra de arte”.

Ao meu orientador, pela paciência e sabedoria em conduzir o trabalho.

Ao meu esposo e filhos, agradeço por todas as palavras de estímulo e peço desculpas pelas horas que deixei de estar presente. Espero recuperar o “tempo perdido”.

Aos meus pais, força para toda hora.

Enfim, a Deus, essa energia vital, que, sem ela, não existiríamos.

RESUMO

Monografia de conclusão de curso a respeito da análise do critério subjetivo adotado nos diversos julgados das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho após a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, segundo o qual dispõe que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas (dentre outros), não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. O desenvolvimento deste trabalho percorre um breve relato da evolução das Súmulas que disciplinam a matéria, bem como dos princípios constitucionais trabalhistas e princípios administrativos para reforçar o argumento de que a responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública ainda permanecerá no caso de restar configurada a culpa *in vigilando*. Corroborando tal raciocínio, traz-se à discussão a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social no Direito do Trabalho. Abordou-se, também, a audiência pública realizada pelo TST sobre o tema “terceirização” e a suspensão, em 08/03/2012, pelo TST, por intermédio da sua Seção de Dissídios Individuais – SDI, do julgamento dos processos que tratam da matéria relativa à responsabilização subsidiária imputada à Administração Pública até o julgamento do RE nº 603397 pelo STF (no qual teve a repercussão geral reconhecida) ou posterior manifestação da própria SDI do TST. Por fim, foram colacionadas diversas jurisprudências do TST, com destaque para o posicionamento adotado pela Sexta Turma, pois quando não configurada claramente a culpa *in vigilando* no caso concreto tem-se determinado o retorno dos autos à segunda instância para melhor análise do quadro fático, sempre buscando a proteção do hipossuficiente na relação trabalhista.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Culpa *in vigilando*. Administração Pública.

ABSTRACT

Monograph of completion on the analysis of subjective criteria adopted in the trial of various classes of the Superior Labor Court after the declaration of constitutionality of Article 71, § 1 of Law no. 8.666/93, according to which states that the default of the contract, with reference to labor charges (among others), does not transfer to government the responsibility for payment. The development of this work follows a brief account of the evolution of Precedents governing the matter, as well as the constitutional principles of labor and management principles to strengthen the argument that the liability attributed to the Administration still be set if the fault remains *in vigilando*. Corroborating such reasoning brings to the discussion of the principle of social regression in sealing Labour Law. It approaches, too, the public hearing held by TST on "outsourcing" and the suspension on 08/03/2012 at TST, through its Section of Individual bargaining - SDI, the trial of cases dealing with matters on the subsidiary liability imputed to government until the judgment of RE No. 603397 by the Supreme Court (which had the effect generally recognized) or later manifestation of the TST own SDI. Finally, were brought several rulings of the TST, especially the position taken by the Sixth Class, when it does not clearly set *in vigilando* guilt in this case has been determined to return the case to the second instance to better analyze the factual context, always seeking the protection of a disadvantage in the labor relationship.

Key words: Outsourcing. Liability. Fault *in vigilando*. Public Administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TERCEIRIZAÇÃO	12
1.1 A figura do empregado e do empregador	16
1.2 Formas de terceirização.....	18
1.2.1 A terceirização na Administração Pública	22
1.3 Espécies de culpa	23
1.3.1 Culpa objetiva e subjetiva.....	24
1.3.1.1 Culpa <i>in elegendo</i> e <i>in vigilando</i>	24
1.3.2 Responsabilidade do tomador (ente da Administração Pública) na terceirização do serviço	24
2 JULGAMENTO DA ADC 16 PELO STF E ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST	28
2.1 Princípios constitucionais do Direito do Trabalho	28
2.1.1 Princípio da solidariedade	30
2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	32
2.1.3 Função social do contrato	34
2.1.4 Função social da empresa	37
2.2 Princípios da Administração Pública.....	42
2.2.1 Princípio da Legalidade	43
2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público	44
2.2.3 Princípio da Moralidade	45
2.3 Julgamento da ADC 16 pelo STF	48
2.3.1 Cláusula de Reserva de Plenário.....	49
2.4 Súmula 331 do TST	52
2.4.1 Sua evolução e nova redação	52
2.5 Aplicação do princípio da vedação do retrocesso social no Direito do Trabalho	55
3 PRECEDENTES DO TST E PERSPECTIVAS. CRITÉRIO SUBJETIVO ADOTADO APÓS A ADC 16 PELO STF E POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST.....	58
3.1 Audiência Pública realizada no TST em 04 e 05 de outubro de 2011 sobre a terceirização	58
3.1.1 “A terceirização e a competitividade” - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP).....	59
3.1.2 Terceirização e o desenvolvimento econômico - CEBRASSE.....	60
3.1.3 Terceirização à luz de Sebastião Caixeta	61
3.2 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas	63
3.3 Regulamentação da Terceirização.....	67
3.4 Precedentes relativos à responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública.....	69
3.4.1 Suspensão do julgamento da matéria “Responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública” pela SDI do TST.....	82
3.4.1.1 Repercussão Geral	83
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS.....	90

INTRODUÇÃO

A evolução econômica gera impacto direto nas relações trabalhistas. Com a competitividade, as empresas se viram em um quadro de necessidade de contratar interposta pessoa para o desempenho de atividades não essenciais à sua finalidade, como a de limpeza, alimentação, segurança, dentre outras. Tal fenômeno foi denominado pela doutrina de terceirização.

Importante observar que, ainda que ausente ordenamento legal regulamentador dos conflitos trabalhistas envolvendo a terceirização, o poder judiciário precisou se posicionar. Assim, sempre em função do contexto histórico, econômico e político, o Judiciário buscou dar soluções que foram desde a total ilicitude da terceirização (Súmula 256 do TST) até a flexibilização desse fenômeno, quando da possibilidade de responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, inclusive o Ente Público, nos casos em que não se configurava fraude, conforme dispõe a Súmula 331 do TST.

Pela própria evolução das relações trabalhistas e da economia do País, o posicionamento do TST frente ao tema sofreu alterações. A mais recente decorreu da análise da responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública, após a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 pelo STF, em novembro de 2010. Registre-se que o citado artigo prevê a ausência de responsabilização da Administração Pública pelos créditos trabalhistas (dentre outros) não adimplidos pelo contratado.

Dessa forma, o TST entendeu que, com base no julgamento da ADC 16-DF pelo STF, para se manter a responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública, a teoria da responsabilidade objetiva não mais poderia ser aplicada. Então, deveria restar demonstrada a culpa *in vigilando* no caso concreto. Com o acréscimo do item V na Súmula 331 do TST, as turmas julgadoras da Instância Superior Trabalhista passaram a adotar um critério subjetivo para definir se naquele caso concreto havia restado configurada a culpa *in vigilando*. Mesmo o STF tem se

posicionando em diversos sentidos, em resposta às diversas Reclamações Constitucionais.

Então, em 08 de março do corrente ano, a Sessão de Dissídios Individuais (SDI) do Tribunal Superior do Trabalho, responsável pela uniformização da jurisprudência trabalhista, decidiu, por unanimidade, suspender a tramitação dos processos que versem sobre a responsabilidade subsidiária de ente público tomador de serviço no caso de não cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora, até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603397 pelo STF, que teve repercussão geral reconhecida, ou após nova manifestação da própria SDI.

Visando à verificação de possíveis soluções para essa problemática acerca de como o Tribunal Superior do Trabalho vem firmando sua jurisprudência quanto aos processos que tratam da responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública após a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o presente trabalho discorre sobre o critério subjetivo adotado nos diversos julgados das turmas do TST. Para isso, far-se-á uma análise da figura da terceirização no Brasil, os princípios trabalhistas e administrativos a serem sopesados, bem como a contribuição da audiência pública realizada no TST para discutir a terceirização.

Assim, a relevância deste estudo justifica-se não para determinar uma solução definitiva para o debate, mas, sim, para servir de fundamento a debates sobre a análise da responsabilização subsidiária do ente público, sempre observando, logicamente, as normas constitucionais brasileiras combinadas com os princípios pertinentes, as legislações infraconstitucionais e a jurisprudência trabalhista.

Para isso, a metodologia empregada foi a compilação de referenciais teóricos sobre o tema, bem como de julgados. O marco teórico a ser utilizado provém dos estudos desenvolvidos por Alice Monteiro de Barros, Augusto César Leite de Carvalho, Maurício Godinho Delgado, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Amauri Mascaro Nascimento, Sérgio Pinto Martins entre outros.

O tema desse estudo será abordado em três capítulos.

O primeiro busca delinear o instituto da terceirização, o qual será apresentado no contexto da figura do empregado e do empregador. Serão abordadas as formas de terceirização, bem como as formas de culpa e a responsabilidade do ente público na terceirização do serviço.

O próximo capítulo abordará a mudança de paradigma após o julgamento da ADC 16-DF pelo STF e as evoluções das súmulas que tratam da matéria. Para isso, serão analisados os princípios constitucionais trabalhistas e os princípios administrativos pertinentes à discussão, bem como a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social no Direito do Trabalho.

Por derradeiro, o terceiro capítulo abordará a audiência pública realizada no TST nos dias 04 e 05 de outubro de 2011 sobre a terceirização, bem como um compilado de julgados para observarmos as diversas linhas seguidas nas causas em que se discute a possibilidade de responsabilização do ente público pelo pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Diante de todo o exposto, o presente trabalho justifica-se por tratar de uma problemática rotineira e relevante para o universo jurídico brasileiro, pois o trabalhador terceirizado que não teve suas verbas trabalhistas quitadas pela prestadora de serviços necessita de uma resposta do judiciário. É nesse trilho que será desenvolvida esta pesquisa, a qual não tem a pretensão de confeccionar uma solução definitiva para o tema e, sim, estimular os amantes da leitura e da reflexão a tomarem ciência das tendências atuais relativas à responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública no caso de terceirização de serviços.

1 TERCEIRIZAÇÃO

Em virtude das alterações individuais de trabalho nos últimos anos, devido a um conjunto de fatores, seja pela inovação tecnológica, pelas alterações na organização da produção, nos métodos empregados na gestão de mão de obra e devido às necessidades dos trabalhadores, houve a flexibilização do contrato de emprego, paralelo à relação de emprego “típica”, segundo a qual o contrato de trabalho é indeterminado, com um único empregador, sendo assegurada a proteção contra a dispensa injusta. Nasce, assim, um modelo contraposto, cuja característica marcante é o recurso a diversas modalidades de emprego tidas por flexíveis, denominado terceirização¹.

De acordo com Bergmann, somente cerca de 25% da produção é realizada pela própria empresa, pois o restante é delegando às empresas terceirizadas².

A flexibilização dos direitos trabalhistas decorreu das crises econômicas da Europa por volta de 1973, devido ao choque dos preços do petróleo. Visando compatibilizar as mudanças da ordem econômica, tecnológica ou social presentes na relação de trabalho, as condições de trabalho são flexibilizadas, com o objetivo de adaptar as normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas, visando assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador, e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa.

Dessa forma, "a doutrina adotou a expressão *flexibilização* para designar o movimento que assistimos de alteração do enquadramento jurídico das formas de prestação de serviço por pessoa física a empregador e os conseqüentes direitos decorrentes dessas novas relações"³.

Como exemplos, têm-se a flexibilização das jornadas de trabalho – *flexitime* - (em que o empregado estabelece seu próprio horário de trabalho observado o número mínimo de horas trabalhadas no ano, mês ou semana, muito comum nos

¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 451/452.

² BERGMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. *apud* DALLEGRAVE NETO, José Afonso (coord.) *Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetivação*. São Paulo: LTr, 2003, p. 282. *apud* MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Lantin, 2008, p. 120.

³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

países de língua inglesa), a divisão no posto de trabalho por mais de uma pessoa – *job sharing*, dentre outras. A terceirização é tida também como uma forma de flexibilização⁴. Lembrando sempre que a flexibilização de certas regras trabalhistas somente pode ser realizada com a participação do sindicato, seja para o estabelecimento de condições de trabalho *in melius* (para melhor, como redução da jornada) ou *in peius* (para pior, redução de salários).

A terceirização, ou subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria etc. são os vários nomes utilizados para se reportar à contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. É uma estratégia na forma de administrar empresas, é uma forma de contratação em que agrega a atividade-fim de uma empresa, geralmente a que presta serviços, à atividade-meio de outra, conforme esclarece Martins⁵.

Para Manus, a terceirização é uma situação imposta pelo fenômeno da globalização, uma vez que a competitividade aumenta e outros competidores aparecem, como as multinacionais, dificultando o mercado para as empresas nacionais, o que lhes exige medidas drásticas para se manterem em atividade⁶.

Segundo Alice Monteiro de Barros, no fenômeno da terceirização transfere-se para outrem atividades tidas por secundárias, quais sejam, as de suporte, com o objetivo de atender à atividade principal da empresa tomadora dos serviços. Dessa forma, a empresa concentra-se na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Tem-se como atividade fim aquela em que o objetivo é registrado na sua classificação socioeconômica destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.⁷

Da mesma maneira, Sússekind diz que “a terceirização corresponde à contratação de empresas especializadas em segmentos da produção não correspondentes ao objeto final da contratante ou para a execução de atividades-

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 26/28.

⁵ *Ibidem*, p. 6 e 10.

⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

⁷ TRINDADE, Waschington L. da. Os caminhos da terceirização, *Jornal Trabalhista*, Brasília, 17.8.1992, ano IX, n. 416, p. 869 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 452.

meio não fundamentais ao funcionamento da empresa”. Alega, ainda, que não é suficiente que o objeto da prestação de serviços possa ser terceirizado, sendo também imprescindível que a prestação seja exercida sob o poder de comando dos dirigentes ou prepostos de firma terceirizada e não sob a direção do tomador dos serviços, que somente é permitida a delegação do poder de comando no caso de trabalho temporário, em que a lei autoriza a delegação, e não acarrete, direta ou indiretamente, pagamento de salários pelo usuário. Então, “nas hipóteses admissíveis de terceirização, a prestação de serviços deve ser executada por empregados da empresa contratada, que assume o risco da atividade e exerce diretamente o seu poder de comando (diretivo e disciplinar)”⁸.

No Brasil, na década de 1950, multinacionais trouxeram a noção de terceirização, uma vez que se preocupavam apenas com a essência de seu negócio. Também como pioneiras na terceirização no Brasil temos as empresas de limpeza e conservação, por volta de 1967⁹.

A primeira norma brasileira a regular a terceirização foi a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que visava normatizar a prática do trabalho temporário. Para Martins, a terceirização vem alcançando grandes proporções, principalmente na Europa. No Brasil, recentemente esse fenômeno passou a ser adotado pelas empresas, mostrando que estamos saindo da era industrial para entrar na era dos serviços¹⁰.

Consoante Barros, teoricamente, o objetivo da terceirização é a diminuição dos custos e a melhoria da qualidade do produto ou do serviço, o que requer cautela, pois a terceirização não é a solução para todos os problemas empresariais, uma vez que, sob o ponto de vista jurídico, a adoção de mão de obra terceirizada, quando ocorrer fraude, poderá implicar reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços, ou de responsabilidade subsidiária da tomadora, quando inadimplente a prestadora de serviços, nos termos da Súmula 331 do TST, abaixo transcrita:

⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 230/231.

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Histórico:

Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

Nº 331 (...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das em-presas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Redação original (revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994

Nº 331 (...)

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da

Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

(...)

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

Assim, a terceirização é uma forma de estruturação empresarial com o objetivo de descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, com a qual é formado o vínculo empregatício dos empregados contratados (terceirizados), que por sua vez trabalham dentro e em favor do empreendimento principal.¹¹

1.1 A figura do empregado e do empregador

O empregado é um dos protagonistas da relação de trabalho, porém, nem todo prestador de serviços é empregado. É necessária a subordinação na prestação de serviços, bem como que a prestação seja regida pela CLT, dentre outros critérios para que se possa traçar os contornos do contrato de trabalho¹².

O conceito de empregado urbano está disposto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, segundo o qual “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Conforme leciona Carvalho, desse conceito legal obtêm-se os quatro elementos básicos da caracterização do empregado e, via de consequência, da relação jurídica de emprego, quais sejam: a **pessoalidade** (alusão à pessoa física), a **não eventualidade** (na referência ao serviço de natureza não eventual um segundo e decisivo elemento), a **subordinação jurídica** (dependência ao empregador) e a **onerosidade** (o salário, como contrapartida do trabalho). Acrescenta, ainda, que “parte expressiva da doutrina reclama, contudo, é a aparente

¹¹ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Lantin, 2008, p.122.

¹² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

fossilização dessa diretriz legal, que ignora a atual existência de outros trabalhadores subordinados carentes de proteção jurídica, deixando-os ao desamparo, ao tempo em que estende seu manto protecionista em favor de altos-empregados (gerentes, diretores técnicos etc.), aptos à livre negociação...”¹³.

Da mesma forma, Nascimento diz que estão presentes na definição legal brasileira os seguintes requisitos da figura do empregado: pessoa física, subordinação (compreendida de forma mais ampla que a dependência), ineventualidade do trabalho, salário, pessoalidade da prestação de serviços, decorrente da definição de empregador e não da de empregado¹⁴.

Conforme leciona Manus, é primordial a figura do empregador, assim como a do empregado, para configurar o contrato de trabalho, que é uma relação bilateral. Assim, se ausente qualquer protagonista, inexistirá o contrato de trabalho¹⁵.

Quanto à definição de empregador, o art. 2º da CLT prevê ser "a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". Sendo que o parágrafo primeiro desse mesmo dispositivo acrescenta: "Equipara-se a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados".

Para Carvalho, "empresa é a organização dos fatores de produção, com vistas ao exercício de atividade econômica". Sustenta que, apesar de o vocábulo empresa ser comum a outros ramos do direito, o conceito relevante para o Direito do Trabalho é o de um empreendimento que objetiva a produção de bens ou serviços, mediante o trabalho humano subordinado. Dessa forma, a empresa que não possui o contrato de emprego como um de seus elementos desinteressa ao Direito do Trabalho. Assim, afirma que o empregador, além de ser o empresário que se utiliza de empregados, é também a pessoa que, mesmo sem ter constituído empresa (e, por isso, deixando de se caracterizar como empresário), contrata o trabalho pessoal,

¹³ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 112/113 do arquivo eletrônico.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 639.

¹⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

subordinado, não-eventual e oneroso de outras pessoas, os seus empregados. Então, para efeitos obrigacionais, o empregador, pessoa física ou jurídica, é sempre um ente apto a contrair direitos e obrigações na ordem civil.¹⁶

Assim também sustenta Sússekind que "o poder de comando ou hierárquico é atribuído ao empregador porque somente a ele cabe o risco da atividade para cuja execução contrata empregados".¹⁷ Bem como alega Manus, "é o empregador quem dirige os serviços e, portanto, suporta os riscos da atividade que desenvolve". Assim, o legislador imputa ao empregador (o dono do negócio) a assunção dos riscos da atividade que exerce, sendo defeso qualquer ato que implique onerar o empregado com os infortúnios sofridos pela empresa¹⁸.

1.2 Formas de terceirização

Segundo Martins¹⁹, quanto aos estágios, a terceirização pode ser dividida em:

- **inicial**, repassa-se a terceiros as atividades não preponderantes ou necessárias (restaurantes, limpeza e conservação, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica, dentre outras);
- **intermediário**, as atividades terceirizadas estão mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa (manutenção de máquinas, usinagem de peças, ...)
- **avançado**, configurada pela terceirização da atividade-fim da empresa (gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos).

Quanto ao âmbito:

¹⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 155/156 do arquivo eletrônico.

¹⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 211.

¹⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61 e 64.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12 e 13.

- **externa**, são repassados para terceiros algumas etapas de produção, que são feitas fora da empresa, ou, como colocado por Miraglia, terceirização para fora da empresa²⁰.
- **interna**, também são repassadas etapas de produção, sendo que as empresas terceirizadas trabalham dentro da própria terceirizante (linha de produção de automobilísticas, contratação de empresa de limpeza e conservação), ou, conforme Miraglia, terceirização para dentro da empresa²¹.

Quanto à atividade:

- **em atividade meio**, demais atividades desenvolvidas pela empresa para viabilizar a atividade principal, são também chamadas de atividades periféricas ou auxiliares.²² Nesse mesmo sentido, Giraudeau acrescenta que a atividade meio "destina-se às etapas prévias do processo produtivo e não com a própria finalidade da empresa"²³.
- **em atividade fim**, é quando se trata da atividade principal da empresa.²⁴ Reforçando esse entendimento, Giraudeau sustenta que "as atividades fim são aquelas que coincidem com os fins da empresa contratante"²⁵.

Quanto à duração:

- **temporária**, regulada pela Lei n.º 6.019/74.
- **de prazo indeterminado**, como exemplo a de vigilância.

Quanto à natureza da atividade:

- **atividade pública**

²⁰ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Lantin, 2008, p. 138.

²¹ *Ibidem*, p. 138.

²² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

²³ GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010, p. 62.

²⁴ MANUS, op. cit., p. 108.

²⁵ GIRAUDEAU, op. cit., p. 62.

- **atividade privada**

Quanto aos efeitos:

- **lícita**, para Carvalho “a subcontratação integral ocorre quando a empresa subcontratada fornece mão de obra e o seu titular dirige a prestação de trabalho dos trabalhadores fornecidos. A subcontratação integral é lícita, salvo quando ocorre na atividade-fim da empresa tomadora dos serviços (item III da Súmula 331). Exemplo: é lícita a subcontratação dos serviços de limpeza ou pintura de fábrica de tecidos (atividade-meio), não o sendo, nesta, a subcontratação do serviço afeto ao operador de máquina da tecelagem (atividade-fim). A subcontratação parcial é, também já o vimos, aquela em que o tomador dos serviços dirige a prestação laboral dos trabalhadores fornecidos pela empresa subcontratada.”²⁶

Ilícita, conforme preleciona Carvalho “A subcontratação parcial é aquela em que o tomador dos serviços dirige a prestação laboral dos trabalhadores fornecidos pela empresa subcontratada. Ela é ilícita e, quando acontece, podem os trabalhadores exigir, na Justiça do Trabalho, o reconhecimento de vínculo diretamente com a empresa tomadora dos serviços, salvo na hipótese de trabalho temporário (item I da Súmula 331) e naqueles em que figura como tomador dos serviços algum órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional. Nesse último caso, o vínculo de emprego com a Administração deixa de se estabelecer pela simples razão de os empregos públicos serem providos apenas mediante concurso.”²⁷

A terceirização compreende uma relação triangular: o trabalhador, o prestador de serviços e o tomador de serviços, sendo que o contrato de trabalho é bilateral, firmado apenas entre o empregado e o empregador (o prestador de serviços, quando a terceirização é lícita).²⁸

²⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 171 do arquivo eletrônico.

²⁷ *Ibidem*, p. 172 do arquivo eletrônico.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

Conforme Carvalho surge a terceirização – subcontratação de serviços especializados – quando os serviços não essenciais (serviços de limpeza, vigilância, dentre outros) são delegados a empresas especializadas. Forma-se uma nova logística: "em vez de se formar um grupo econômico de empresas sob uma direção econômica unitária, opta-se pela contratação de empresas autônomas especializadas." Para proteger o trabalhador, tem-se uma solução jurídica diferente em cada um desses processos de integração:

para os grupos econômicos prescreveu-se a solidariedade, por força de lei no Brasil (art. 2º, §2º da CLT) e, em outros países, como na Espanha, por construção jurisprudencial; para as terceirizações, previu-se a sua validação apenas nos casos de subcontratação de atividade-meio e se estabeleceu a responsabilidade subsidiária, na terceirização válida, do tomador dos serviços.²⁹

Ainda conforme o ensinamento de Carvalho, não se pode valer da terceirização para gerar uma condição inferior de trabalho, pois

a primeira manifestação de tolerância à subcontratação de serviços deu-se com a edição da Lei 6.019/74, a lei do trabalho temporário. Não obstante essa lei preveja a possibilidade de subcontratação de trabalhadores temporários para a realização de serviços na atividade-fim (especialmente para a substituição transitória de pessoal regular ou permanente ou ainda em razão de acréscimo extraordinário de serviços), o seu art. 12 assegura igualdade salarial entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa-cliente, por eles transitoriamente substituídos.³⁰

Nesse sentido, o TST, ao analisar a terceirização dos serviços no âmbito da Administração Pública, desde que presente a igualdade de funções, afirmou, mediante a Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1, que:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

²⁹ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 181 do arquivo eletrônico.

³⁰ *Ibidem*, p. 183 do arquivo eletrônico.

1.2.1 A terceirização na Administração Pública

A Administração Pública, mediante concorrência pública para a contratação de serviços, procede à terceirização de serviços, como a coleta de lixo, transporte público, medição de consumo de água, de gás, de energia elétrica, na frota de seus veículos, porém não poderá a Administração Pública terceirizar serviços que lhe são peculiares, como o de justiça, segurança pública, fiscalização, dentre outros³¹.

Apesar de não intitulada como terceirização, no final da década de 60 e início da de 70, apenas no segmento estatal do mercado de trabalho foi instituída referência normativa mais destacada em relação ao fenômeno da terceirização, mediante o Decreto-Lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70³².

Conforme já mencionado, dentre os institutos legais a permitirem a terceirização, tem-se o Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967, no seu art. 10, § 7º³³, no qual se revela plenamente válida a terceirização pela Administração Pública; a Lei nº 5.645, de 10/12/1970, em seu art. 3º, Parágrafo único³⁴, traz um rol exemplificativo das atividades que poderiam ser contratadas mediante execução indireta; a Lei 5.845, de 06/12/1972, no art. 2º, § 2º, que vedou a contratação ou prorrogação feita nos termos do art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25/02/1967³⁵, como também a Lei Complementar nº 101, em seu art. 18, § 1º, ao admitir a terceirização no serviço público³⁶, conforme lecionam Martins³⁷ e Giraudeau³⁸.

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 142/143.

³² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 415.

³³ “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado 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”.

³⁴ “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67”.

³⁵ “Veda a contratação, ou respectiva prorrogação, de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no § 7º do art. 10 do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, bem como a utilização de colaboradores eventuais, retribuídos mediante recibo, para a execução de atividades compreendidas no Grupo Serviços Auxiliares”.

³⁶ “Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’.

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 143/144.

Assim, verifica-se que a terceirização de serviços pode ser feita na Administração Pública, o que não pode ocorrer é a terceirização de mão de obra do ente público, o que favoreceria ao nepotismo, violando a exigência de concurso público. Além de o terceirizado não ter o mesmo comprometimento que o servidor público, conforme lição de Sérgio Pinto Martins³⁹.

1.3 Espécies de culpa

Conforme colocado por Rui Stoco, Sílvio Rodrigues "ênfatizava a afirmação segundo a qual o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe 'a quem causa dano o dever de reparar'⁴⁰. Stoco sustenta, ainda, que a responsabilidade, baseada em um contexto fático, tem sustentação jurídica. Está condicionada à prática de um ato ilícito e, portanto, antijurídico, praticado conscientemente, com uma finalidade ou orientado por um comportamento impensado, mas direcionado pelo descaso, pelo açodamento ou pela imperfeição técnica, desde que ocasione um resultado danoso no plano material ou imaterial ou moral⁴¹.

Para que se possa falar em responsabilidade, primeiramente faz-se necessário discorrer sobre as formas de culpa.

A teoria subjetiva da culpa consolidou-se de forma absoluta até a época do Estado Liberal e seu Positivismo Jurídico (século XIX) e com o Estado Social (início do século XX), o instituto da responsabilidade civil passou a ser analisada sob outro enfoque pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, a teoria objetiva tornou-se cientificamente autônoma, mas não se sobrepôs à teoria subjetiva, como no caso da ação reparatória, em que o elemento culpa é imprescindível⁴².

³⁸ GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010, p. 25/26.

³⁹ MARTINS, op. cit., p. 144.

⁴⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, v.5, n.7 *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

⁴¹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

⁴² NETO, José Afonso Dallegrove. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 136/137.

1.3.1 Culpa objetiva e subjetiva

Conforme Neto⁴³, a teoria objetiva abrange tanto os casos de responsabilidade independente da culpa do agente⁴⁴ quanto os de presunção absoluta de culpa⁴⁵. Assim, sempre que se estiver diante de presunção absoluta de culpa (*juris et de jure*), a responsabilidade civil será a do tipo objetiva, o que independe da investigação de *culpa in vigilando* ou *in elegendo* e nos termos da Súmula 341 do STF, a culpa do empregador é presumida de forma absoluta, inclusive consoante o art. 933 do CC/2002⁴⁶. Já a responsabilidade subjetiva depende da prova de culpa.

1.3.1.1 Culpa *in elegendo* e *in vigilando*

No caso da responsabilidade civil subjetiva, há a subdivisão da culpa em culpa *in elegendo* e *in vigilando*, sendo que a culpa *in elegendo* ocorre quando se procede à má escolha do representante ou preposto da empresa, enquanto que a culpa *in vigilando* resta caracterizada quando ausente a correta fiscalização ou vigilância do empregador em relação aos atos dos empregados que se encontram sob sua subordinação⁴⁷.

1.3.2 Responsabilidade do tomador (ente da Administração Pública) na terceirização do serviço

Fazendo analogia para a terceirização, tem-se que a culpa *in elegendo* ocorre quando se procede à má escolha da empresa prestadora de serviços pela tomadora

⁴³ NETO, José Afonso Dallegrave. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 250/251.

⁴⁴ Por exemplo, no caso de acidentes nucleares previstos na Lei nº 6.435/77.

⁴⁵ Como a culpa presumida do empregador em relação aos atos de seus empregados perante terceiros, art. 932, III, do CC/2002 e também perante danos do empregado ocorrido em função dos riscos especiais e econômicos do contrato de trabalho, art. 2º da CLT e parágrafo único do art. 927 do CC/2002.

⁴⁶ Prevê a responsabilidade patronal ainda que não haja culpa de sua parte.

⁴⁷ NETO, op. cit., p. 198.

de serviços, enquanto que a culpa *in vigilando* resta caracterizada quando ausente a correta fiscalização ou vigilância da empresa tomadora dos serviços em relação à empresa prestadora de serviços, mesmo no caso do Ente Público.

Nesse caso, estaremos diante da responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública. Para Lorenzetti, a característica da responsabilidade subsidiária é o seu caráter secundário, não preferencial, que só poderá ser invocada pelo credor caso o cumprimento da obrigação pelo responsável principal se torne inviável, em virtude da impossibilidade econômica do responsável principal em satisfazer o sujeito ativo do crédito, ou seja, “a responsabilidade subsidiária é a vinculação sucessiva de vários sujeitos ao cumprimento de uma obrigação jurídica, de modo a impor ao credor uma ordem na exigência da prestação, só podendo postulá-la perante os seguintes caso não obtenha êxito perante os anteriores”⁴⁸.

Corroborando a ideia da necessidade de os entes da Administração Pública responderem pelos créditos dos empregados terceirizados, Santos sustenta que o Direito do Trabalho tem em mente a integração do trabalhador no núcleo da atividade econômica da empresa, destacando-o como um colaborador na formação do patrimônio do empregador. Assim, por o trabalhador colaborar na formação do patrimônio do empregador, este patrimônio converte-se numa espécie de hipoteca legal dos créditos trabalhistas, como um direito de seqüela, independentemente de se tratar o empregador de pessoa jurídica de direito privado ou entidade pertencente à Administração Pública. Devendo o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93⁴⁹ ser interpretado dessa forma, sob pena de ser tido por materialmente inconstitucional⁵⁰.

Para Godinho, a responsabilidade da Administração Pública estaria pautada na responsabilidade objetiva, insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988⁵¹. Segue argumentando que “não se pode negar a validade da incidência da

⁴⁸ LORENZETTI, Ari Pedro. *A Responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003, p. 22/23.

⁴⁹ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28/04/1995)

⁵⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 91.

⁵¹ Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante (responsabilidade própria a qualquer pessoa jurídica)⁵².

Alega, ainda, que haverá culpa *in eligendo* (má escolha do contratante) quando o Ente Público contratar empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas, ou seja, inidônea, mesmo que por intermédio de processo licitatório. Ou, em outra dimensão, ocorrerá, no mínimo, a culpa *in vigilando* quando houver má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos. Então o Ente Público responderá pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização.⁵³

Conforme Augusto César L. de Carvalho, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços está prevista no item IV da Súmula 331 do TST⁵⁴, tendo como fundamento jurídico a regra insculpida nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que pressupõe – embora o enunciado da súmula a isso não faça referência – a culpa de quem contrata uma empresa interposta, sem ser criterioso ao escolhê-la ou na fiscalização de seus serviços⁵⁵.

Após o julgamento da ADC nº 16/DF pelo STF, a condenação do ente público pelos créditos trabalhistas fica condicionada "à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas"⁵⁶.

Assim,

nos termos do voto do Relator, a situação fática concreta de cada caso deverá ser levada em consideração. Ou seja: o regime do

(...)

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

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 441.

⁵³ *Ibidem*, p. 441.

⁵⁴ SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

⁵⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 174/175 do arquivo eletrônico.

⁵⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p. 776.

inciso IV da Súmula 331 do TST apontava para uma responsabilidade subsidiária objetiva do Estado pelos débitos trabalhistas não cobráveis de empresas por este contratadas. Com a decisão do STF, pode-se acolher a teoria da responsabilidade subsidiária subjetiva do Estado nesses casos, calcada na culpa *in elegendo* ou *in vigilando*: o ente público não tomou todas as precauções para contratar uma empresa efetivamente idônea ou não fiscalizou mensalmente se as obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas eram salgadas⁵⁷.

O problema maior encontra-se nas instâncias extraordinárias, TST e STF, na medida em que não podem rever fatos e provas. Tal dificuldade também será enfrentada pela segunda instância nos casos em que não puder reabrir a instrução para verificar a culpabilidade do ente público. Somente após a orientação do STF, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, é que serão enfrentados pormenorizadamente os fatos e provas, levantando as condições concretas de contratação e prestação dos serviços⁵⁸.

Lembra Di Pietro, que “no que diz respeito à responsabilidade pela celebração de contratos de terceirização de mão de obra, cabe lembrar que a autoridade estará sujeita a responder civil, administrativa e criminalmente, sem falar na sujeição à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92)”⁵⁹.

⁵⁷ FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra Martins da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*: Homenagem a Armando Casimiro Costa. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 247/248.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 248.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 223/224.

2 JULGAMENTO DA ADC 16 PELO STF E ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

2.1 Princípios constitucionais do Direito do Trabalho

A existência de princípios próprios em um ramo jurídico, dentre outros fatores como regras, teorias e condutas próprias é o que traduz a autonomia do respectivo ramo⁶⁰. Assim, o Direito do Trabalho é autônomo, ante a existência de princípios, regras e condutas próprias. No presente trabalho serão apresentados os princípios constitucionais do Direito do Trabalho que mais se identificam com a discussão ora apresentada, quais sejam: a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato e a função social da empresa.

Tal estudo faz-se necessário para apresentar os fundamentos principiológicos nos quais poderá se pautar o trabalhador quando da necessidade de ter seus créditos trabalhistas adimplidos pelo real empregador ou, como no caso, por aquele que se beneficiou dos seus serviços, o tomador dos serviços, na relação triangular característica da terceirização.

Para Carvalho, "o ideário que empresta harmonia às normas é enunciado, portanto, em postulados, que intitulamos princípios". Dessa forma, por os princípios denunciarem os valores que imperam na ordem jurídica, são tidos como fonte material. Porém não são fonte formal de direito, mas se revestem da característica de ser norma. "A um só tempo, inspiram o legislador e suprem a atividade legislativa". Assim, os princípios possuem uma função dupla, ou seja, são a um só tempo fontes materiais e normas do Direito do Trabalho.⁶¹

Dessa forma, o jurista, ao interpretar a lei com base na da teoria geral do direito, mediante o processo de integração, extrai os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais e os princípios específicos do Direito do Trabalho.⁶²

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 63.

⁶¹ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 58 do arquivo eletrônico.

⁶² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 173.

Segundo Martins, os princípios gerais cumprem função primordial de garantir a unidade do sistema, como um conjunto de valores e partes coordenadas entre si.⁶³

Conforme o art. 8º da CLT⁶⁴, os princípios são um dos métodos de auto-integração do ordenamento jurídico, quando a norma (lei trabalhista ou o contrato) não oferece a solução para o conflito. Já essa restrição não é aplicável aos princípios constitucionais, na medida em que num conflito entre a Constituição e uma norma legal deverá prevalecer aquela, pois no caso de antinomia o princípio constitucional não poderá ser tratado com norma secundária.⁶⁵

No entendimento de Godinho, “para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São *diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informado-o*”.⁶⁶

Consoante Martins, o autor que melhor estudou os princípios do Direito do Trabalho foi Américo Plá Rodrigues, elencando seis princípios: “princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade de direitos, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da primazia da realidade, princípio da razoabilidade e princípio da boa fé”⁶⁷. Além disso, Martins defende que os princípios da razoabilidade e da boa-fé não se aplicam apenas ao Direito do Trabalho, mas também a qualquer outro contrato.⁶⁸

No presente trabalho, como emprestam maior relevância ao tema, serão abordados os seguintes princípios: princípio constitucional da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato e da função social da empresa.

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

⁶⁴ “Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

⁶⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 59.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 173.

⁶⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 18 *apud* MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

⁶⁸ MARTINS, op. cit., p. 67 e 68.

2.1.1 Princípio da solidariedade

Consoante dispõe o artigo 3º, inciso I, da Constituição da República, constituem, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Daí sobressai o princípio constitucional da solidariedade. Conforme José Afonso da Silva, os objetivos fundamentais são ações governamentais prioritárias e básicas do Estado Brasileiro, denominado “República Federativa do Brasil”. Então, os objetivos fundamentais “são impostergáveis e hão de ser preocupação constante da ação governamental, porque a Constituição entende que sua realização constitui meio de conseguir a realização plena dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, enunciados no art. 1º.”⁶⁹

Silva complementa que esse dispositivo visa à construção de “uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum.” Surge aí o signo do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade é a realização da justiça social.⁷⁰

Corroborando tal entendimento, Polleti sustenta que “a solidariedade envolve, por seu turno, uma obrigação do governo e da sociedade em geral, podendo ter implicações na federação e na distribuição da renda nacional”⁷¹.

Importante ressaltar que, nos dizeres de Moacir Adiers, o Direito deve ser contextualizado para que se atinja os objetivos com a finalidade de construir uma “sociedade livre, justa e solidária”, propósitos da Carta Magna Brasileira.⁷²

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos de solidariedade, ou fraternidade são os direitos de terceira geração, que se direcionam especificamente à “qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações”. Os principais desses direitos são: o direito à paz, o direito ao

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 46.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁷¹ POLETTI, Ronaldo. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10.

⁷² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, ... [et al], coordenação Anderson Vichinkeski Teixeira e Luís Antônio Longo. *A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, Texto de ADIERS, Moacir. *Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo*. p. 77.

desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade, sendo que o fundamento desses direitos sem dúvida é a solidariedade, especificamente a solidariedade entre os povos.⁷³

O sítio do STF, ao apresentar a Constituição comentada, elenca, dentre outros, os seguintes precedentes envolvendo o princípio da solidariedade⁷⁴:

“No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 4-10-1994, recebendo, através do benefício 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei 9.032/1995. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE 92.312/SP, Segunda Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11-4-1980. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º). O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18-2-2005.” (RE 415.454 e RE 416.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-2-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007.) No mesmo sentido: RE 603.344-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-8-2010, Primeira Turma, DJE de 24-9-2010; AI 676.318-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; RE 540.513-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 28-8-2009. (grifei)

“O sistema público de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CB/1988), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos

⁷³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 75, 76 e 85.

⁷⁴ In: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>> acesso em 02/05/2012 às 20:25.

privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia.” (RE 450.855-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-8-2005, Primeira Turma, DJ de 9-12-2005.) (grifei)

No caso ora analisado, de responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública, o princípio da solidariedade estaria presente no sentido de o Estado ser solidário com o trabalhador terceirizado. Assim, o Estado (Administração Pública) não poderá deixar de arcar com o salário do empregado terceirizado, pautado tão somente no argumento de ser constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, quando se beneficiar dos serviços, no caso de o real empregador não adimplir com as verbas trabalhistas devidas.

2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme ressalta Cláudia Zaneti, para Luiz Antonio Rizzatto Nunes o princípio da dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental constitucionalmente garantido e que a dignidade é "o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e é o último arcabouço da guarda dos direitos individuais." Então, a isonomia tem o condão de gerar equilíbrio real, com o objetivo de concretizar o direito à dignidade. Assim, conclui que "é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete"⁷⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana não está restrito somente à aplicação ao Direito do Trabalho, uma vez que interfere em vários segmentos da vida e do Direito. “A dignidade da pessoa humana é um pressuposto de qualquer

⁷⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-57 *apud* SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 47/48.

conduta, um limite externo e de caráter tutelar imposto à ação que atinge o homem, que ao homem se refere.”⁷⁶

Previsto no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988 como um dos fundamentos da República,⁷⁷ o significado jurídico kantiano desse princípio se resume na ideia de que “o uso da energia de trabalho apenas como um meio, sem atentar para a condição humana de quem realiza o labor, revelaria a inobservância do postulado da dignidade”⁷⁸ e que

a dignidade da pessoa humana é conceito que não se reporta ao sentido de dignidade vinculado ao modo de ser de uma conduta ou do agente (conduta digna de pessoa digna), mas é uma qualidade que precede e limita qualquer ação humana. Portanto, se a dignidade é uma qualificação comum a todos os seres humanos, a sua realização normativa terá sempre a igualdade como pressuposto.⁷⁹

No Direito do Trabalho, o princípio da dignidade é aplicado, principalmente, para evitar tratamento degradante do trabalhador, bem como para consolidar a não discriminação em função de sexo, cor, idade, estado civil, orientação sexual, além de outros aspectos⁸⁰.

Corroborando esse entendimento, Godinho defende que a ideia de dignidade do ser humano não se reduz, nos dias de hoje, a uma dimensão estritamente particular, presa aos valores imanentes à personalidade e que não se propagam socialmente. O que se concebe é a afirmação social de valores atrelada à sua dimensão estritamente privada. Então, “enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante”.⁸¹

⁷⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 60.

⁷⁷ “Art. 1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III – a dignidade da pessoa humana.”

⁷⁸ CARVALHO, op. cit. p. 66.

⁷⁹ Ibidem, p. 67.

⁸⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 191 e 192.

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 163.

No mesmo sentido, Cíntia Maria da Fonseca Espada sustenta que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera do direito do trabalho desencadeia a necessidade de o trabalhador ser protegido contra qualquer ato atentatório à sua dignidade, bem como a garantia de condições de trabalho salubres e dignas e também a promoção à inclusão social. E que, a despeito de qualquer política pública, faz-se necessária a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana e a sua efetividade por intermédio da aplicação da teoria dos princípios por iniciativa do Poder Judiciário e juristas em geral, mediante a postura crítica do intérprete, valendo-se do princípio da proporcionalidade em suas três vertentes, adequação, necessidade e ponderação.⁸²

2.1.3 Função social do contrato

Inicialmente, Stoco aduz que a função social regulada pela norma se reporta ao objetivo de estabelecer qual a finalidade da norma para se assegurar o direito subjetivo, bem como que "da relação privada e do relacionamento individual, exige-se que todo comportamento esteja informado de um fim social"⁸³.

Quanto à função social do contrato, o artigo 421⁸⁴ do Código Civil prevê a proibição da ideia do contrato como uma relação jurídica objetivando, unicamente, o interesse dos próprios contratantes. Assim, não se pode desvincular a relação contratual formada do contexto social em que ela se encontra⁸⁵. A função social dos contratos, juntamente com a conduta dos contratantes, prevista no art. 422⁸⁶ do Código Civil, limita a liberdade contratual, valorizando-se o bom senso, a razoabilidade, o equilíbrio no entendimento dos seus parâmetros, ou seja, a instrumentalidade dos contratos, uma vez que o contrato deve ser examinado com

⁸² ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008. p 96 e 113 *apud* SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*. 74-09, vol. 74, nº 09, p. 1097/1105, set. 2010, p. 1098.

⁸³ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 145.

⁸⁴ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁸⁵ GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010, p. 44.

⁸⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

mais ênfase na função da finalidade em relação ao meio que o cerca e na valorização da pessoa humana⁸⁷.

Para Rogério Zuel Gomes,

a autonomia privada não pode descurar-se das necessidades e da vida social, e o surgimento de um diferente modelo de Estado, o Social, faz com que o Direito acabe tendo que se voltar às preocupações de índole coletiva, refletidas em princípios de solidariedade e alteridade e, por via de consequência, acaba deparando-se com a *eticização* ou *socialização* do direito privado⁸⁸.

Então, os sujeitos dos contratos de trabalho (tanto o empregado como o empregador) devem agir respeitando um rol de deveres previstos legalmente, observando também a boa-fé em todos os períodos do contrato (desde a fase pré-negocial até a extinção dos contratos), senão o comportamento estará em desacordo com o direito⁸⁹.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, aprovou três enunciados que se reportam à função social do contrato, quais sejam:

- enunciado 21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos em relação a terceiros, implicando a tutela extrema do crédito;

- enunciado 22 – Art. 421: a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui norma geral, que reforça o princípio de conservação do contrato assegurando trocas úteis e justas, e

- enunciado 23 - Art. 421: a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou

⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 569.

⁸⁸ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 86 *apud* GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010, p. 44.

⁸⁹ NASCIMENTO, op. cit., p. 570.

reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse relativo à dignidade da pessoa humana⁹⁰.

Argumenta Amauri que "a função social do contrato não é uma carta branca para o juiz revogar a legislação vigente, mas para interpretá-la e integrá-la em consonância com uma visão prospectiva do ordenamento jurídico"⁹¹.

Assim, conclui Giraudeau que fica evidente a necessidade de normatização da terceirização, para que sejam fixados critérios claros do que se deve definir como forma regular desse tipo de contratação, senão, como diz o civilista Georges Ripert, "quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito"⁹².

Dessa forma, para Amauri, a possibilidade de rever o contrato quando contrariar os princípios da probidade e da boa-fé é uma maneira de abrandar o princípio do *pacta sunt servanda* e de valorizar a cláusula *rebus sic stantibus*, em observância também ao artigo 8º da CLT, em que os princípios gerais do direito serão aplicados na falta de disposições legais ou contratuais, bem como em atenção ao art. 2.035, parágrafo único, do CC, segundo o qual "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos neste Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos"⁹³.

Para Humberto Theodoro, dois são os níveis de manifestação da função social, o intrínseco, relacionado às partes envolvidas, o que se impõe respeito recíproco, e o extrínseco, que visa dimensionar o impacto do contrato na sociedade.⁹⁴ Assim, conforme Sandim, a função social do contrato implica o respeito entre as partes envolvidas e a tutela à coletividade, com observância à satisfação do interesse social e à concretização da dignidade da pessoa humana, mediante lealdade, boa-fé, ética, deveres de informação, confidencialidade, assistência,

⁹⁰ GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010, p. 45.

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 571.

⁹² GIRAUDEAU, op. cit., p. 45.

⁹³ NASCIMENTO, op. cit., p. 571.

⁹⁴ THEODORO Jr. Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43 *apud* SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*. 74-09, vol. 74, nº 09, p. 1097/1105, set. 2010, p. 1100.

equilíbrio contratual, ausência de condutas abusivas e o bem comum nas negociações, tanto na execução como na extinção contratual.⁹⁵

Conclui Fábio Lucas Sandim que, por força dos princípios do Direito do Trabalho e do disposto no artigo 8º da CLT, o art. 421 do Código Civil e demais disposições normativas ligadas à função social do contrato são aplicáveis na esfera das relações de emprego, bem como que

a violação do postulado da função social do contrato pode propiciar ação indenizatória no caso de dano, além da possibilidade de sua invalidação por fraude à lei (art. 166, VI, do Código Civil), seja por provocação do indivíduo, do ente eventualmente lesado, ou ainda, pelo Ministério Público, quando configurada sua legitimidade para tanto.⁹⁶

Dessa forma, a obediência à função social do contrato na esfera do Direito do Trabalho abarca a celebração de acordos privilegiando os fins desejados pela sociedade, sem condutas lesivas aos sujeitos envolvidos e à coletividade, concretizando a justiça no campo contratual e, como consequência, obtendo a justiça social, o que se busca a erradicação do trabalho escravo, a eliminação do trabalho infantil e de toda forma de discriminação, o combate às fraudes nas relações trabalhistas e aos atos antissindicais, além de demais medidas que busquem sempre o respeito aos direitos humanos e fundamentais.⁹⁷

2.1.4 Função social da empresa

Na implantação do Estado Social, que visa atribuir um conteúdo econômico e social ao estado de direito, o Estado deve assumir a função de orientador do processo econômico e social, além de criar políticas públicas de implementação do seu objetivo. A Constituição Brasileira de 1988, em seu Preâmbulo⁹⁸, prevê a cláusula de Estado Social e seus principais identificadores. Assim, o Estado Social

⁹⁵ SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*. 74-09, vol. 74, nº 09, p. 1097/1105, set. 2010, p. 1100.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 1100 e 1105.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 1103.

⁹⁸ “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”

pressupõe a garantia dos direitos humanos, tidos como fundamentais. Porém, em um país tão grande como o Brasil e com a sua história, o resultado é a ineficiência dos princípios e normas constitucionais, com a conseqüente crise da atuação social do Estado e de sua legitimação.⁹⁹

Assim, “mais do que um princípio ou uma proposta, o Estado Democrático de Direito corresponde a um novo paradigma em face do qual os princípios constitucionais e dos direitos fundamentais devem ser contextualizados e receber uma nova leitura”.¹⁰⁰ A discussão sobre a função social dos direitos e da empresa deve ser compreendida sob o enfoque de que a autonomia, ou seja, a conexão entre a liberdade e a igualdade mediante critérios de justiça social que permitam um equilíbrio entre os diferentes projetos de vida presentes em uma sociedade plural.¹⁰¹

Tem-se que o Direito do Trabalho é um dos direitos sociais previstos na Constituição Brasileira, na medida em que o trabalho é uma forma de sobrevivência e de ascensão social, visando o bem estar e assegurando a dignidade humana. Por o trabalho ser reconhecido e garantido constitucionalmente como direito social, “o Estado Social deve atuar com metas, programas e ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais em suas três formas de expressão, atividade legislativa, executiva e judiciária, dentro da concepção de Estado Uno, mas com poderes harmônicos e independentes entre si”¹⁰².

Quanto à atuação do Poder Judiciário, esta pode ser ampliada em relação às Políticas Públicas direcionadas à garantia do trabalho digno, por ações institucionais, mediante seus órgãos e associações e também pelos efeitos extrajudiciais das Decisões e da sua Jurisprudência, com o fim de valorizar o trabalho como um fim social em todas as esferas, Públicas e Privadas, por intermédio do reconhecimento da função social da empresa “e da importância de seu papel como agente de promoção social na criação e manutenção de empregos e na contribuição para a

⁹⁹ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade – fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 1, p. 93/98, 2009, p. 93/94.

¹⁰⁰ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 182.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 185.

¹⁰² DUBUGRAS, op. cit., p. 94.

educação, formação e saúde do trabalhador”.¹⁰³ Nesse sentido, Ana Frazão acrescenta que o direito é fundamental para conformar a racionalidade econômica em favor do atendimento dos interesses sociais, estimulando e legitimando condutas voluntárias na esfera da responsabilidade social.¹⁰⁴

Após a Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, a empresa passa a ser vista como uma instituição social, cuja função social e valorização do trabalho estão insculpidos no art. 170 e incisos da Constituição Federal, “sobretudo porque é nela que se aloca a maior parte da mão de obra produtiva do país, porque é ela a fornecedora de bens e serviços necessários à sociedade e ela que arrecada os tributos que compõem o patrimônio do Estado”¹⁰⁵.

Diretamente ligada à função social da propriedade e à função social do contrato, inclusive no âmbito da relação de emprego, a atividade empresarial como manifestação da livre iniciativa também está sujeita aos limites da tutela da sociedade consubstanciada em sua função social.¹⁰⁶

A função social da empresa se destaca no sentido de oferecer incentivos, como programas de capacitação/qualificação profissional, com o objetivo de realizar programas e metas de políticas públicas de valorização do trabalho e inserção dos trabalhadores. Intrínseca a sua existência, a função social da empresa está presente na geração de emprego e renda, no recolhimento de impostos, taxas e contribuições sociais ao Poder Público, sendo que a função social da empresa, doutrinariamente, é relacionada à função social da propriedade (art. 170, III, da Constituição Federal¹⁰⁷) e da função social do contrato (art. 421 do Código Civil¹⁰⁸).¹⁰⁹

¹⁰³ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade – fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 1, p. 93/98, 2009, p. 95.

¹⁰⁴ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 191/192.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função. Curitiba: Juruá, 1999, p. 171 *apud* NETO, José Afonso Dallegre. A função social da empresa como princípio constitucional. *Revista O Trabalho* - doutrina em fascículos mensais. Nº 165, p. 5859/5868, nov. 2010, p. 5862.

¹⁰⁶ SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*. 74-09, vol. 74, nº 09, p. 1097/1105, set. 2010, p. 1103.

¹⁰⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

III - função social da propriedade;

¹⁰⁸ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Na lição de Eros Grau, o princípio da função social da propriedade exige do proprietário ou daquele com poder de controle, na empresa, o dever de exercê-lo em favor de outrem, e não apenas de não o exercer em detrimento de outrem. Assim, a função social da propriedade funciona como imposição de comportamento positivo, na medida em que impõe ao detentor do poder que emana da propriedade a prestação de fazer e não apenas de não fazer¹¹⁰. Dessa forma, em relação ao Direito do Trabalho, o titular da empresa deve atuar em favor dos empregados, valorizando seus trabalhadores, mediante um ambiente salubre, salário justo e um tratamento que privilegie a dignidade humana.¹¹¹

Afinal, como ressalta Regina Maria Vasconcelos Dubugras, a empresa desempenha sua função social indireta quando paga a remuneração pela contraprestação do trabalho e contribui com o pagamento de impostos e taxas sociais, convênios médicos subsidiários, também exercendo a função social ao treinar o seu pessoal (seja um treinamento prático ou teórico), além de promover programas de bolsas de estudos e incentivos. Em contrapartida, o Estado fornece incentivos fiscais, programas de parceria público/privada, além de agir mediante imposição e aplicação de sanções. Dessa forma, surgem objetivos como “a manutenção do emprego com cumprimento da legislação trabalhista, a criação de oportunidade de trabalho digno, a formalização do trabalho precário e do informal e a inclusão de trabalhadores excluídos ou com maior dificuldade de inclusão em razão de deficiências físicas ou por razões discriminatórias”. Porém, tudo com moderação, para que “as empresas possam viabilizar os objetivos sociais sem serem levadas a autodestruição de forma a não inviabilizar o que se almeja promover.” Assim, o importante papel do Judiciário, na medida em que visa controlar a legalidade, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, bem como a

¹⁰⁹ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade – fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 1, p. 93/98, 2009, p. 96.

¹¹⁰ ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 67 *apud* NETO, José Afonso Dallegrave. A função social da empresa como princípio constitucional. *Revista O Trabalho* - doutrina em fascículos mensais. Nº 165, p. 5859/5868, nov. 2010, p. 5860.

¹¹¹ NETO, José Afonso Dallegrave. A função social da empresa como princípio constitucional. *Revista O Trabalho* - doutrina em fascículos mensais. Nº 165, p. 5859/5868, nov. 2010, p. 5860.

promoção da efetividade das garantias legais e constitucionais do direito do Trabalho.¹¹²

Então, o objetivo da função social é reinserir a solidariedade social na atividade econômica, sem ignorar a autonomia privada, sendo que a função social da empresa acarreta a existência mínima de distribuição da riqueza e dos benefícios da atividade econômica, entendimento corroborado pela doutrina e jurisprudência.¹¹³

Em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.960 de 2002 visa à inclusão de um segundo parágrafo no artigo 966 do Código Civil, que determinará: “o exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons-costumes”. Enquanto não se concretiza tal previsão no Código Civil, os dispositivos atinentes à função social da propriedade e à função social do contrato já consagram de forma implícita a função social da atividade de empresário. Dessa forma, a postura ativa dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e de toda a sociedade visa à tutela da coletividade, evitando que interesses particulares prevaleçam sobre os da coletividade, inclusive com o combate do *dumping* social, ou seja, a empresa, por meio da burla na legislação trabalhista, acaba por obter vantagens indevidas, ao reduzir o custo da produção, o que acarreta maior lucro nas vendas.¹¹⁴

Enfim, apesar de tramitar no Congresso o PL 6.960/2002, é desnecessária a normatização excessiva, pois já temos espalhados em nosso ordenamento jurídico os dispositivos atinentes à função social da propriedade e à função social do contrato que já consagram de forma implícita a função social da atividade de empresário.

¹¹² DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade – fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 1, p. 93/98, 2009, p. 96/97.

¹¹³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 200/201.

¹¹⁴ SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*. 74-09, vol. 74, nº 09, p. 1097/1105, set. 2010, p. 1103 a 1105.

2.2 Princípios da Administração Pública

Como o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo também é um ramo autônomo por possuir princípios, regras e condutas próprios. Assim, a Administração Pública é regida por princípios próprios, ou seja, ideias próprias. No caso, o Estado busca a sua isenção da responsabilização subsidiária imputada pela jurisprudência trabalhista, pautado principalmente em seus princípios e também pela previsão normativa que sustenta a impossibilidade de responsabilizá-lo pela inadimplência do contrato. Nesse sentido, os princípios que mais se identificam com a discussão ora travada são o da legalidade, o da supremacia do interesse público e o da moralidade.

Em prosseguimento, entende-se por princípios da Administração Pública as proposições básicas que devem orientar a atuação dos agentes públicos,¹¹⁵ dotados de força normativa¹¹⁶.

De forma expressa, a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, dispõe que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.”

Para Bandeira de Mello,

“aos cinco princípios expressamente apresentados pela Constituição Federal, somam-se outros que merecem igualmente consagração constitucional: alguns, por constarem expressamente na Carta, porém não mencionados no art. 37; outros por estarem abrigados pelos princípios citados de forma lógica; e por fim, princípios que são decorrências do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo”.¹¹⁷

¹¹⁵ SILVA, Leonardo Peter da. *Princípios fundamentais da administração judiciária*. Jus Navigandi, Teresnia, ano 10, n. 886, 6 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7666>>. Acesso em: 11 out. 2010: 14:46.

¹¹⁶ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 43.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.

Dentre eles, o presente trabalho abordará os princípios da legalidade, da moralidade e da supremacia do interesse público para uma melhor análise quanto à responsabilização subsidiária do Ente Público.

2.2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é um dos princípios fundantes do regime jurídico administrativo, específico do Estado de Direito, que o qualifica e lhe dá identidade própria, na medida em que o Direito Administrativo é consequência do Estado de Direito, fruto da submissão do Estado à lei, o que atribui à legalidade função basilar do regime jurídico-administrativo.¹¹⁸ Significa a supremacia da lei, de modo que a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade.¹¹⁹

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, enquanto que no âmbito das relações particulares o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, o qual permite o particular fazer tudo aquilo que a lei não o proíbe. Em decorrência, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, para isso depende de lei.¹²⁰ Assim, só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.¹²¹

A legalidade em sentido estrito vem sendo substituída pela noção de jurisdição. A supremacia do interesse público passou a ser questionada como valor absoluto capaz de fundamentar, de modo irrestrito, todo e qualquer comportamento administrativo. Destacando-se o princípio da segurança jurídica, o

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48-49; 90-91 in CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 43.

¹¹⁹ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, 2009, p. 64.

¹²¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

da proporcionalidade e da razoabilidade, do controle jurisdicional dos atos políticos à análise dos limites ao exercício do poder disciplinar administrativo.¹²²

Ainda se tem a diferenciação entre legalidade e legitimidade. Sendo que a legalidade é a ação administrativa conforme as regras expressas nas leis vigentes e na Constituição, visando o atendimento da concreção das regras legais e constitucionais, enquanto que a legitimidade, além de cumprir as regras jurídicas, busca o atendimento da moral administrativa e da finalidade pública.¹²³

2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Os fundamentos da supremacia do interesse público estão calcados no interesse geral da sociedade e na soberania popular. Para Cretella Júnior,

“este princípio informa todo o direito administrativo, norteador a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogênicos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional. Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem a tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não incide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertencem os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do público sobre o privado”.¹²⁴

Como as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade, quando não estiver presente esse objetivo a atuação

¹²² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 44.

¹²³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 49.

¹²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 93, p. 4, out. 1968. in CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 61.

estará inquinada do desvio de finalidade,¹²⁵ ou seja, quando prevalecer o interesse individual sobre o interesse público estará diante do desvio da finalidade ou do desvio de poder, que torna o ato ilegal.¹²⁶

Junto ao princípio de supremacia do interesse público, ou princípio da finalidade pública, encontra-se o da indisponibilidade do interesse público que, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,

“significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos do setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis* e que as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.”¹²⁷

2.2.3 Princípio da Moralidade

A moralidade administrativa é o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, obrigando o administrador público a exercer uma boa administração que assegure a concretude de uma sociedade justa, democrática e solidária. Assim, não se está assentando um valor ético como facultativo à observância do administrador e sim um princípio jurisdicizado, com caráter diretivo e vinculante de qualquer atuação pública.¹²⁸ Dessa forma, o administrador deve não

¹²⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, 2009, p. 66.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 69, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, 2009, p. 66.

¹²⁸ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 96.

só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.¹²⁹

A Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, *caput*, prevê o princípio da moralidade como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública, enquanto que em seu parágrafo único, inciso IV, exige-se “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, com referência evidente aos principais aspectos da moralidade administrativa.

Tal princípio deve ser observado não somente pelo administrador, como também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Quando ocorrer o conluio entre os licitantes, será afrontado o referido princípio.¹³⁰

Confrontando os princípios trabalhistas com os da Administração Pública, verifica-se que não se deve levar em conta os últimos princípios de maneira isolada. No caso de a Administração Pública se beneficiar da força de trabalho terceirizado, não pode ser indiferente aos direitos dos trabalhadores. Consoante o paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente adotado pelo Brasil a partir de 1988, o interesse primário da Administração Pública não poderá se sobrepor, deixando em desamparo os trabalhadores terceirizados. No caso de se adotar a tese pura e simples da irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratadas para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição de 1988 a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho previstos e assegurados na CF/88.¹³¹

Nesse mesmo sentido,

especificamente quanto ao Direito Administrativo moderno, adverte Maria Coeli, com fulcro no magistério de Elza Maria Miranda Afonso, para a impossibilidade de vê-lo, ‘como amálgama de normas coercitivas que apenas visam regular os poderes do Estado sobre o particular, criando para o primeiro uma série de vantagens e

¹²⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, 2009, p. 77.

¹³¹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 783/784, jul. 2011.

prerrogativas desproporcionais'. Afinal, coloca-se em xeque a índole conservadora, delineando-se nova matriz paradigmática sob as luzes do Estado Democrático de Direito. Sob esta nova matriz, o Direito Administrativo ressemantiza a noção de interesse público e de discricionariedade, invoca a inclusão do cidadão e da sociedade nos processos decisórios, deixando-se permear pelas máximas jurídicas da igualdade e reduzindo imperatividade, para assentar a consensualidade como patamar do sistema administrativo.¹³²

Registre-se, também, o princípio da proteção (uma relativização do princípio da autonomia da vontade individual), segundo o qual é assegurado ao trabalhador um rol de direitos mínimos e indisponíveis que assegurem a sua dignidade, ou seja, a dignidade do trabalho humano, com vistas a compensar a inferioridade econômica do empregado. O princípio da proteção se subdivide em três princípios: a regra *in dubio pro operário*, a norma mais favorável e a condição mais benéfica. Para o tema dessa monografia, interessante discorrer sobre a norma mais favorável. Quando normas trabalhistas estão em aparente conflito deve-se aplicar a norma mais favorável, que é aquela “que apresenta a conquista mais significativa do conjunto dos trabalhadores”.¹³³ Dessa forma não se pode aplicar o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 isoladamente sem antes uma análise da culpa da Administração Pública, pautada nos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei n.º 8.666/93 e 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

Assim sendo, quando ocorrer conflito entre princípios, há que se privilegiar um deles, sem que o outro seja violado, devendo ser invocado o princípio da proporcionalidade constante do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, doutrina muito utilizada pela Corte Constitucional Alemã para proteger o núcleo dos direitos fundamentais.¹³⁴

¹³² PIRES, Maria Coeli Simões. Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 619-621 in CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 45.

¹³³ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34, p. 68.

¹³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 177.

2.3 Julgamento da ADC 16 pelo STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 24/11/2010, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em Ação Direta de Constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal (ADC nº 16-DF) para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sendo que o Ministro Ayres Britto ficou vencido parcialmente em relação à inconstitucionalidade do citado dispositivo somente quanto à terceirização de mão de obra¹³⁵.

O objetivo foi determinar se o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 estava sendo declarado inconstitucional, ainda que de maneira implícita, quando a Justiça Trabalhista, com base na Súmula 331, IV, do TST, condenava subsidiariamente responsável os entes públicos que se beneficiavam dos serviços dos trabalhadores terceirizados, contratados mediante a celebração de contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/96, a pagarem as obrigações trabalhistas inadimplidas por seus empregadores¹³⁶.

Conforme lição de Pimenta, o STF

"não reconheceu (...) a total impossibilidade de se condenar os entes públicos a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratantes que lhes prestaram serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados – apenas ali se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas"¹³⁷.

Ocorre que, se levada a extremo tal decisão, o trabalhador (polo mais fraco), ficaria totalmente desprotegido, pois, em regra, os donos da empresa terceirizada já não se encontram mais pelas redondezas, então, os empregados não teriam mais como receber seus direitos a não ser que, quando vierem a juízo, indiquem também

¹³⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr.* 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p.775.

¹³⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr.* 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p.775.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 776.

o ente público como reclamado, junto com o empregador. Então, não admitir a responsabilidade subsidiária seria condenar o trabalhador a ficar sem o seu sustento, enquanto o ente público se beneficiou dos serviços ao receber a contraprestação devida.¹³⁸

2.3.1 Cláusula de Reserva de Plenário

Quando se questiona a inconstitucionalidade de uma lei, deve ser observado o disposto no artigo 97 da Constituição Federal, ou seja, *"somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público"*. Ao interpretar o artigo 97 da Constituição Federal, o STF editou a Súmula Vinculante 10, segundo a qual, *"viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte"*.

Ou seja, a Súmula Vinculante 10 foi aprovada para proibir a prática de os Tribunais negarem a aplicação de lei federal por considerá-la, na verdade inconstitucional, sem, no entanto, explicitarem o fundamento central, o que vedaria o acesso do interessado, mediante recurso extraordinário ao STF para se posicionar, em última instância, sobre a questão constitucional, em atenção ao artigo 102, III, "a" e "b", da Constituição Federal¹³⁹.

Para Tereza Aparecida, a aplicação da Súmula 331, IV, do TST não viola a cláusula de reserva de plenário, ao argumento de que "não é esse o caso, pois a Súmula nº 331 do C. TST faz expressa menção ao art. 71 da Lei nº 8.666/91, reconhecendo sua constitucionalidade" e que o entendimento jurisprudencial provém de uma Súmula emanada pelo Plenário de um Tribunal Superior, que é competente

¹³⁸ FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra Martins da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho: Homenagem a Armando Casimiro Costa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 247.

¹³⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p. 780.

para tanto, o que autoriza o relator, monocraticamente, denegar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, nos termos do art. 557 do CPC¹⁴⁰, subsidiariamente aplicado ao Processo do Trabalho, conforme o art. 769 da CLT¹⁴¹. Assim, conclui que se uma decisão monocrática pode ser respaldada por Súmula do TST o que dirá em relação às decisões colegiadas¹⁴².

Ocorre que diversos recursos dos Entes Públicos na seara trabalhista, no tocante à "responsabilidade subsidiária", envolvem o questionamento sobre se as decisões proferidas pelos órgãos fracionários (turmas) dos Tribunais, quando se mantém a responsabilidade da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas, mediante a aplicação da Súmula 331, IV, do TST. Argumentam que tais decisões violam a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97¹⁴³ da Constituição Federal e, em consequência, a Súmula Vinculante nº 10¹⁴⁴, por não haver sido declarado inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 pelo Pleno, tampouco pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, nem por qualquer outro Tribunal do Trabalho, na forma como preceituam os artigos 480 a 482¹⁴⁵ do Código

¹⁴⁰ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

¹⁴¹ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

¹⁴² GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, nº 1, p. 32/53, jan/mar 2011, p.47 e 50.

¹⁴³ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁴⁴ Súmula Vinculante nº 10: "Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte."

¹⁴⁵ Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

de Processo Civil. Dessa forma, os órgãos fracionários teriam, em verdade, considerado inconstitucional o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, violando, assim, o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10, conforme relata Pimenta¹⁴⁶.

Acrescenta Pimenta que, após a decisão do STF na ADC nº 16/DF, houve significativa modificação no posicionamento anterior sobre a necessidade de rigorosa observância ao contido na Súmula Vinculante nº 10 pelos órgãos fracionários dos Tribunais. O STF passou "a não mais admitir como válido que o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo do poder público pelos Tribunais brasileiros, ainda que por seu Pleno ou Órgão Especial, houvesse se dado em procedimento ou incidente diverso do incidente de declaração de inconstitucionalidade para tanto previsto nos arts. 480 a 482 do CPC". Ainda ficou decidido que não atendeu à reserva de plenário (art. 97 da CF e Súmula Vinculante nº 10)

"a decisão do Plenário do TST, ainda que unânime, que, ao julgar um incidente de uniformização daquele artigo da Lei de Licitações, sem declará-lo inconstitucional, mas aplicando o antigo item IV de sua Súmula n. 331 (então considerado de conteúdo diametralmente o posto a esse preceito de lei) e com base em critérios extraídos da Constituição (no caso o disposto no § 6º do art. 37 da Norma Fundamental, referido de forma expressa nos fundamentos daquela decisão)". Então, para que a cláusula de reserva de plenário seja observada, "é indispensável a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, decisão que, por sua gravidade, não poderia ocorrer em um mero incidente de uniformização de jurisprudência".¹⁴⁷

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

¹⁴⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr.* 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p.775.

¹⁴⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr.* 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p. 776 e 780.

2.4 Súmula 331 do TST

Para atender ao clamor social traduzido nas inúmeras demandas judiciais, o TST firmou entendimento de que o tomador dos serviços deve responder subsidiariamente pelos créditos trabalhistas devidos aos empregados terceirizados, hoje consubstanciada na Súmula 331 do TST. Dessa forma, o subtítulo seguinte visa traçar um apanhado da evolução jurisprudencial sobre a terceirização no Brasil.

2.4.1 Sua evolução e nova redação

Em razão de uma inegável omissão legislativa sobre a terceirização, intensificou-se o papel da jurisprudência, "especialmente na imposição de alguns requisitos de regularidade nessas contratações"¹⁴⁸. Godinho afirma que "se trata de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica"¹⁴⁹.

Dessa forma, para suprir tal lacuna, o TST editou a Súmula 256¹⁵⁰ em 1986, que tratava genericamente da terceirização. Restringiu duramente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, segundo a qual, exceto as

¹⁴⁸ GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010, p. 27.

¹⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 417.

¹⁵⁰ SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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

Histórico: Revista pela Súmula n° 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994 Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986

duas exceções nela previstas, sempre seria caso de pura e simples comercialização da força de trabalho por meio de empresa interposta, a chamada *marchandage*¹⁵¹.

Em razão da gradativa flexibilização, tornou-se necessária a distinção entre a mera intermediação da mão de obra (permanecendo ilícita) e a prestação de serviços técnicos especializados, caso em que seria lícita a terceirização. Então, a jurisprudência ampliou-se no sentido de abranger todas as atividades-meio do tomador de serviços, por meio da revisão da Súmula 256, culminando na edição da Súmula 331¹⁵² do TST em 1993. Esse acirrado debate produziu novo conceito, deixando-se de presumir que a terceirização de atividade-meio era um artifício fraudulento de intermediação de mão de obra, a *merchadage*¹⁵³. Dessa forma, entendeu-se que "a terceirização nas atividades-meio das empresas privadas e dos entes públicos em geral constitui um veículo de especialização dos tomadores dos serviços em sua vocação essencial"¹⁵⁴.

No mesmo ano da edição da Súmula 331 do TST, foi promulgada a Lei nº 8.666/93, que, em seu art. 71, § 1º¹⁵⁵, excluía do ente público sua responsabilização pelos créditos trabalhistas. Posteriormente, em 2000, o TST, ao julgar o incidente de uniformização de jurisprudência de forma unânime e sem proclamar a

¹⁵¹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p.778.

¹⁵² SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (Redação original - revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994)

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

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

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

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

¹⁵³ PIMENTA, op. cit., p.778.

¹⁵⁴ AMORIM, Helder Santos. Terceirização no serviço público, uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009, p; 122/123, *apud* PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p. 778.

¹⁵⁵ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28/04/1995)

inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, modificou a redação do item IV¹⁵⁶ da Súmula 331 do TST para deixar expressa a responsabilidade patrimonial do Ente Público. Não houve a expressa declaração de inconstitucionalidade do citado artigo da Lei 8.666/93, sendo que um dos principais fundamentos foi, concomitantemente, a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, "prescindindo-se, assim, da apuração da culpa da Administração Pública em cada caso concreto"¹⁵⁷.

Ocorre que, em 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, em que considerou constitucional o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, "de modo que vede, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos per esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação."¹⁵⁸. Assim, o TST reviu o entendimento consubstanciado na citada Súmula 331, alterando a sua redação¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

Nº 331 (...)

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

¹⁵⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p.779.

¹⁵⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p.781.

¹⁵⁹ SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora

Atualmente, a Corte Superior Trabalhista vem julgando os processos que envolvem a responsabilização subsidiária do Ente Público com alto grau de subjetividade, ou seja, cada Magistrado profere julgamento entendendo se houve, ou não, culpa da Administração Pública. Tal análise tem beirado o perigoso liame da subjetividade, pois, o Magistrado que entende que não restou claramente consignado no acórdão regional a culpa da Administração Pública, dá provimento ao Recurso de Revista do ente estatal para excluir a sua responsabilização pelos créditos trabalhistas. Enquanto outros Ministros lutam veementemente pela manutenção da responsabilização do ente público. Tal subjetividade também está presente nos julgados das Reclamações Constitucionais perante o STF, casos que serão detalhados no capítulo seguinte.

2.5 Aplicação do princípio da vedação do retrocesso social no Direito do Trabalho

A reserva implícita ao retrocesso em relação ao trabalho decorre, em primeiro lugar, do importante conjunto normativo internacional que abarcam as condições mínimas de trabalho como prerrogativas da pessoa humana por força de sua dignidade própria, integrando o rol dos direitos humanos. Então, os direitos humanos, com base nos valores universais da dignidade da pessoa, liberdade, igualdade e fraternidade – conquistas históricas definitivas da humanidade – necessitam de um controle vigoroso. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, é exigência a realização sempre progressiva, razão porque não se pode admitir o retrocesso. Ou seja, “a proteção que se destina à pessoa por força de sua excelência, na dimensão econômica, social e cultural exige uma contínua promoção, sem supressão das garantias já afiançadas pelas ordens jurídicas nacionais ou internacional.”¹⁶⁰

de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

¹⁶⁰ REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 126/127.

Corroborando tal entendimento, Fábio Konder Comparato alega que a consciência ética coletiva se intensifica com o desenvolver da História. Novos direitos humanos são formulados para atender às exigências de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano. “É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto de direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”.¹⁶¹

Muitos países, mascarados pela desculpa de flexibilizar a aplicação das normas disciplinadoras das relações de trabalho, contribuíram para a redução dos direitos dos trabalhadores nas duas últimas décadas, sob pena de violarem o princípio protetor, um dos postulados tradicionais e fundamentais do Direito do Trabalho.¹⁶²

Gomes Canotilho entende que

"o princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial"¹⁶³.

Nesse sentido, o artigo 30 da Declaração de Direitos do Homem estabelece que nenhuma de suas disposições poderia ser “interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53, *apud* REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 126/127.

¹⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 120.

¹⁶³ CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003 p. 340.

praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades” nela estabelecidas.¹⁶⁴

Ademais, para se ratificar um diploma internacional do trabalho deve-se confrontar a norma nacional com as disposições convencionais. Então, só se incorporam no plano nacional as disposições que refletirem o progresso sociojurídico dos trabalhadores, adicionando-se aos benefícios já existentes no plano nacional.¹⁶⁵

¹⁶⁴ REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 127.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 129.

3 PRECEDENTES DO TST E PERSPECTIVAS. CRITÉRIO SUBJETIVO ADOTADO APÓS A ADC 16 PELO STF E POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

3.1 Audiência Pública realizada no TST em 04 e 05 de outubro de 2011 sobre a terceirização

Em virtude da tramitação de aproximadamente 5.000 recursos no Tribunal Superior do Trabalho - TST, em que se discute a licitude da terceirização de mão-de-obra, e milhares de outros processos sobre o mesmo tema na Justiça Trabalhista Brasileira, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, com base nos artigos 35, XXXVI, e 189-A do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, convocou Audiência Pública para ouvir “o pronunciamento de pessoas com experiência e reconhecida autoridade em matéria de terceirização, objetivando esclarecer questões fáticas, técnicas (não jurídicas), científicas, econômicas e sociais relativas ao fenômeno da subcontratação de mão-de-obra por meio de interposta pessoa”, realizada nos dias 04 e 05 de outubro de 2011¹⁶⁶.

Os trabalhos foram apresentados considerando os seguintes temas: terceirização em geral; marco regulatório da terceirização; setor bancário/financeiro; telecomunicações; indústria; serviços; setor elétrico e tecnologia da informação, conforme Anexo da Audiência Pública – Terceirização – Ordem dos trabalhos. O TST disponibilizou em seu sítio os trabalhos apresentados nesses dois dias de audiência pública (<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>).

A seguir, serão abordados alguns dos trabalhos apresentados, devido à sua relevância para o desenvolvimento desta pesquisa.

¹⁶⁶ Despacho de convocação de Audiência Pública, divulgado no DEJT em 08/08/2011.

3.1.1 “A terceirização e a competitividade” - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)

Conforme o estudo sobre a jurisprudência de terceirização “A terceirização e a competitividade”, realizado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, acaso sejam criadas limitações à terceirização, ao invés de se propiciar o crescimento de empresas e empregos, certamente ocorrerão a redução da competitividade e a de investimentos para o país, até porque a livre-iniciativa e a livre-concorrência libertam a empresa da insegurança jurídica para que possam competir e quanto mais competitivo o país e as empresas, maior a possibilidade de se alcançar o pleno emprego e a redução das desigualdades, levando à reflexão de qual modelo de desenvolvimento desejamos para o nosso país, ao argumento de que a competitividade é questão prioritária para o momento atual e para as próximas décadas¹⁶⁷.

Ao fazer a análise da evolução histórica das súmulas que versaram sobre a terceirização, ressalta que o contexto econômico e histórico da época é o legitimador do posicionamento adotado pelo Judiciário Trabalhista. Primeiramente a Súmula 256 do TST, que considerou ilegal qualquer contratação por meio de empresa interposta. Depois, a Súmula 331 do TST, que possibilitou a terceirização somente nos casos de limpeza e também as de conservação e alimentação, sendo que, para as demais atividades, foi estabelecido um critério da regra atividade-meio e atividade-fim¹⁶⁸.

O estudo questiona esse critério, pois o mercado atual é muito dinâmico e volátil, então não há como pensar nos conceitos de atividade-meio e atividade-fim, pois não apresentam qualquer relação prática com a atividade econômica. Acrescenta que “no mundo acadêmico e dos negócios, não se fala em atividade-fim e sim em ‘*core competencies*’¹⁶⁹, sendo que essas mudam continuamente em virtude das oportunidades e dos riscos”¹⁷⁰. A advogada Celita Oliveira Sousa também faz

¹⁶⁷ DUARTE, Adauto e VILLEFORT, Othon. *A terceirização e a competitividade*. Um estudo sobre jurisprudência, o novo mercado global e os riscos para o desenvolvimento e o mercado de trabalho. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:21.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Pode ser explicada como sendo a competência que torna diferenciada determinada empresa e dessa forma permite que esta exista e possa concorrer no mercado global.

¹⁷⁰ DUARTE, op.cit.

uma crítica veemente quanto à definição de terceirização somente no contexto de atividades-meio, ao argumento que “não faz qualquer sentido na atualidade, sendo totalmente incompatível com os fatos sociais, que axiomáticamente geram a norma”¹⁷¹.

A pesquisa da FIESP também faz uma crítica severa à possibilidade de se responsabilizar solidariamente a empresa contratante, ao argumento de que aumentaria o custo administrativo para controles burocráticos, o que impactaria o preço final do produto implicando a redução da competitividade da empresa local, pois os concorrentes internacionais não “carregam esses tipos de custos”, além do argumento de como a contratante se defenderia, pois não tem acesso aos mecanismos de prova, principalmente quando a contratada não tiver interesse em produzir essas provas? Dessa forma, a contratada não terá interesse pelo cumprimento das normas legais, uma vez que a contratante terá maior probabilidade de ser responsabilizada nos casos dos litígios judiciais. Então, vê a responsabilização da contratada como uma desresponsabilização da empresa empregadora e um estímulo aos conflitos e ao contencioso¹⁷².

Conclui que o quadro vivido nas décadas de 80 e 90 de hiperinflação e de mercado fechado por políticas protecionistas não existe mais e que as regras existentes visavam à proteção do trabalhador, sendo que hoje servem para reduzir a competitividade das empresas, podendo até “colocar em risco o emprego daqueles que se pretendia proteger”¹⁷³.

3.1.2 Terceirização e o desenvolvimento econômico - CEBRASSE

Precival Maricato, representante da entidade Central Brasileira do Setor de Serviços – CEBRASSE, sustenta que a quebra de empresas prestadoras de serviço aos órgãos públicos é bem mais comum que nas demais atividades, principalmente

¹⁷¹ SOUSA, Celita Oliveira. *Exposição às 14:30 do dia 05/10/2011*. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:29.

¹⁷² DUARTE, Adauto e VILLEFORT, Othon. A terceirização e a competitividade. Um estudo sobre jurisprudência, o novo mercado global e os riscos para o desenvolvimento e o mercado de trabalho. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:21.

¹⁷³ *Ibidem*.

pelo fato de a lei estipular que a contratação deve ocorrer mediante pregão que privilegia o menor preço. Assim, empresas sérias deixam de participar quando o preço torna-se inexecutável¹⁷⁴.

Alega, ainda, que, em qualquer atividade, tanto na indústria como no comércio, as empresas fecham as portas e não arcam com as obrigações trabalhistas. Porém, os trabalhadores terceirizados têm proteção privilegiada, pois nas ações judiciais, acaso a prestadora de serviços não arque com o pagamento, a tomadora será responsabilizada subsidiariamente ou solidariamente a arcar com as verbas trabalhistas devidas. Dessa forma, além de as prestadoras sofrerem as fiscalizações de rotina, também são fiscalizadas pelas tomadoras no cumprimento de obrigações¹⁷⁵.

Suscita, ainda, uma questão problemática na terceirização, a equiparação salarial, ou seja, a necessidade de o trabalhador terceirizado ter a mesma remuneração que a recebida pelo funcionário da tomadora que exerce função igual à sua. Nesse sentido, um nó indesatável seria ocasionado. Pois, o trabalhador que for terceirizado a uma empresa e tivesse sua remuneração aumentada, ao retornar à prestadora e passasse a prestar serviços em outra tomadora, porém em que os empregados recebam menos, não poderá ter o seu salário reduzido. Então essa atual empresa tomadora dos serviços deverá, poderá aumentar os salários dos seus próprios empregados? Conclui que um trabalhador deve receber segundo as possibilidades, contrato e práticas da empresa que o emprega, a prestadora, senão o caos estaria criado nas organizações e no mercado¹⁷⁶.

3.1.3 Terceirização à luz de Sebastião Caixeta¹⁷⁷

¹⁷⁴ MARICATO, Percival. *Terceirização e o desenvolvimento econômico*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:31.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ CAIXETA, Sebastião. *Terceirização*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:16.

O palestrante Sebastião Caixeta, após trabalhar dados obtidos de estudos como os da RAIS, 2010, elaborada pela DIEESE/CUT, da CUT: “terceirização e desenvolvimento – uma conta que não fecha”, “pesquisa de percepção dos trabalhadores em setores e empresas selecionadas”, do IOS: “relatório de pesquisa – 2011”, dentre outros e notícias de jornais, conclui que

a terceirização no Brasil, visando principalmente à redução dos custos do trabalho, provoca precarização, discriminação, redução de direitos e aumento dos acidentes de trabalho, bem como não cria empregos, uma vez que somente substitui os empregados diretos pelos terceirizados; gera o enfraquecimento da representação sindical e a organização artificial com quebra do critério da representação por categoria.

Argumenta, ainda, que sua aplicação indiscriminada levará, fatalmente, ao aniquilamento da proteção social e ao extermínio do Direito do Trabalho e que deve ser restringida à atividade-meio; bem como deve ser vedada a mera intermediação ou fornecimento de mão de obra, salvo nas hipóteses da Lei 6.019/74; se limitando a prestação de serviços especializados prontos e acabados (know-how) quando ausente a subordinação direta ou de pessoalidade com o tomador de serviços¹⁷⁸.

Traz a Portaria nº 840, de maio de 2008, do Ministério da Justiça, que constituiu Comissão composta por juristas e representantes de órgãos e entidades visando o aprimoramento e modernização da legislação material e processual do trabalho. Assim, a Comissão elaborou projeto de lei dispendo sobre a contratação de serviços terceirizados por pessoas de natureza jurídica de direito privado. Registre-se que a necessidade de apresentação de certidão negativa de débito – CND já era prevista nesse projeto, em seu art. 6º, inciso V. Tal assunto será abordado no tópico 3.2 desta pesquisa¹⁷⁹.

Corroborando tal apresentação, Márcio Milan, representante da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, sustenta que é importante a regulamentação da terceirização, com a manutenção da segurança

¹⁷⁸ CAIXETA, Sebastião. *Terceirização*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:16.

¹⁷⁹ CAIXETA, Sebastião. *Terceirização*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:16.

jurídica e do equilíbrio entre as partes (trabalhador – empregador – tomador), sem entraves que inviabilizem ou desestimulem a sua utilização, com destaque nos aspectos de parceria, progresso e complementação que aquele Instituto tem a contribuir. Quanto à responsabilização solidária, alega que a CNC entende que tal responsabilização “desequilibra a relação, já que todo o risco é canalizado para o tomador de serviço que não possui meios, poderes e/ou conhecimento para fiscalizar a totalidade das operações do empregador do prestador de serviços, porém aceita a responsabilidade subsidiária que se constitui em uma dupla garantia ao trabalhador”¹⁸⁰.

No mesmo sentido, Cássio Barros aponta as desvantagens existentes na terceirização (maior número de acidentes de trabalho, salários inferiores, menores benefícios sociais (inclusive falta de cobertura previdenciária), são considerados empregados de “segunda classe”). Conforme Armand Pereira, ex-diretor da OIT no Brasil, citado por Cássio Barros, é utópica a alegação de que a terceirização pode gerar empregos, pois essa prática apenas transfere o emprego. Ainda preleciona que isso não quer dizer que a OIT é contra a terceirização, somente repudia a forma como é praticada, principalmente no Brasil¹⁸¹.

3.2 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas

Visando contribuir para um melhor controle das empresas interessadas em participar de licitações, no caso de terceirização na Administração Pública, e para contribuir na análise da culpa *in vigilando* do ente público no caso de inadimplência da empresa contratada, foi criada a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

¹⁸⁰ MILAN, Márcio. *Exemplo de parceria de sucesso onde todos ganham: promotores de vendas nos supermercados*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:27.

¹⁸¹ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. *Revista do Direito Trabalhista - RDT* ano 17, nº 07, julho 2011, p. 9/10.

Dessa forma, para combater a contratação de empresas mediante pregão que privilegia o menor preço, obrigação prevista na Lei 8.666/93, a Lei nº 12.440/2011¹⁸² passou a exigir a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, documento essencial a ser apresentado pelas que as empresas interessadas em participar em licitações públicas – artigo 29, V, da Lei nº 8.666/93. Então, a partir de 4 de janeiro de 2012, a Justiça do Trabalho passou a emitir a CNDT¹⁸³. Assim, surgiu o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT, centralizado no TST, com informações provenientes dos 24 TRT's do país das pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva.

Como explanado por Luís Marcelo de Gois, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT propõe-se a demonstrar que, ainda que determinada empresa possua débitos trabalhistas pleiteados em ações judiciais, a empresa cumpre o pagamento quando devidamente executada. Dessa forma, somente não receberão a CNDT aquelas empresas que não garantirem o juízo no prazo legal. Então, a CNDT poderá ser utilizada como um instrumento de controle da idoneidade das empresas

¹⁸² Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte Título VII-A:

“TÍTULO VII-A - DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.”

Art. 2º O inciso IV do art. 27 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 27.

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

.....” (NR)

Art. 3º O art. 29 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

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

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.”

¹⁸³ <<http://www.tst.jus.br/certidao>>. Acesso 17/03/2012 às 08:37.

contratadas pela administração pública, o que contribuirá para a aferição da conduta culposa do ente público. Porém, ainda com a apresentação da CNDT, o Ente Público poderá ser condenado subsidiariamente quando outras circunstâncias autorizarem o magistrado a concluir pela prática de uma conduta culposa pelo ente estatal¹⁸⁴.

Contra a aplicação da CNDT, José Alberto Couto Maciel preleciona ser a lei instituidora da CNDT uma aberração, com vários vícios de inconstitucionalidade, na medida em que ofende o artigo 5º, XXXIV, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, pois impede, dentre outros, o direito de petição, bem como exclui indiretamente da apreciação do Judiciário todo o processo de execução, além de impedir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa¹⁸⁵.

Conforme informações retiradas do sítio do TST¹⁸⁶, as dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não pagas.

Então, a Certidão será negativa quando a pessoa não estiver inscrita como devedora no BNDT, após decorrido o prazo de regularização; será positiva se a pessoa tiver execução definitiva em andamento, já com ordem de pagamento não cumprida, após decorrido o prazo de regularização e será positiva com efeito de negativa, se o devedor, intimado para o cumprimento da obrigação em execução definitiva, houver garantido o juízo com depósito, por meio de bens suficientes à satisfação do débito ou tiver em seu favor decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito.

No caso de certidão positiva com efeito de negativa, será possível o interessado participar em licitações.

¹⁸⁴ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. A Súmula nº 331 do TST à luz da certidão negativa de débitos trabalhistas. *Justiça do Trabalho*, ano 28, nº 331, p. 89/93, julho 2011, p. 92 e 93.

¹⁸⁵ MACIEL, José Alberto Couto. Inexistência de débito trabalhista. *Justiça do Trabalho*, ano 28, nº 331, p. 89/93, julho 2011, p. 96.

¹⁸⁶ In <http://www.tst.jus.br/o-que-e-cndt>. Acesso 17/03/2012 às 08:40.

A Resolução Administrativa nº 1470/2011 do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho regulamentou a matéria, estabelecendo a obrigação de inclusão dos inadimplentes no BNDT, bem como a atualização do registro sempre que for determinada por decisão judicial.

Durante trinta dias, a partir da inclusão no BNDT, o interessado poderá regularizar a pendência, pagando-a ou garantindo o juízo, ou, se for o caso, pleitear na unidade judiciária em que tramita o processo a retificação de lançamento equivocado. Nesse período, a Certidão expedida será negativa. A Certidão é nacional, tem validade de 180 dias e apresenta a situação da pessoa jurídica pesquisada em relação a todos os seus estabelecimentos, agências ou filiais.

A certidão, eletrônica e gratuita, obtida em todos os portais da Justiça do Trabalho (Tribunal Superior do Trabalho, Conselho Superior da Justiça do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho), deve ser validada no mesmo Portal para que seja garantida a sua autenticidade.

As pessoas físicas e jurídicas que tiverem contra si execução trabalhista em andamento, após sua intimação para pagamento, serão incluídas no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas. Este registro impedirá a obtenção de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e, portanto, a participação em Licitações Públicas. Para possibilitar o pagamento do débito, sua garantia ou a retificação de eventual lançamento equivocado no BNDT, o devedor tem o prazo de regularização de trinta dias a contar de sua inclusão no Banco, sendo que, nesse período, obterá Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, sem quaisquer apontamentos. Caso não providencie retificação, garantia ou pagamento da dívida, haverá registro imediato da pendência, o que fará a Certidão ser, conforme o caso, positiva ou positiva com efeito de negativa¹⁸⁷.

Quanto aos números apresentados pela Justiça do Trabalho, conforme atualização realizada em 17/03/2012, às 8:32:42¹⁸⁸, estatística atualizada a cada hora, tem-se que o total de certidões expedidas foi de 1.681.993, sendo o total de devedores 974.827 (57,96% do total de certidões expedidas), o total de processos 1.655.825 e o total de registros 2.784.063. Dos 24 TRT's, o que apresenta o maior

¹⁸⁷ In <http://www.tst.jus.br/prazo-de-regularizacao>. Acesso 17/03/2012 às 08:45.

¹⁸⁸ In <http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>. Acesso 17/03/2012 às 08:59.

número de devedores é o de São Paulo (2ª Região), com 204.486, seguido pelo TRT da 15ª Região (Campinas – SP), com 158.295 devedores e, em terceiro lugar, o TRT da 3ª Região (Minas Gerais), com 102.813 devedores.

3.3 Regulamentação da Terceirização

Conforme Cássio Barros, é imprescindível a edição de leis condizentes com a realidade atual que versem sobre a terceirização¹⁸⁹.

Tramitando no Congresso Nacional, há, dentre outros, os seguintes projetos de lei com o intuito de regulamentar o trabalho terceirizado no Brasil:

- PL 4.302/98, proposta pelo Poder Executivo (durante o governo do Presidente Fernando Henrique). Encontra-se aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, pronto para pauta no Plenário;

- PL 4.330 de 2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que também é o presidente da Comissão Especial destinada a promover estudos e proposições voltadas à regulamentação do trabalho terceirizado no Brasil – CETERCE¹⁹⁰. Aguarda designação de relator na CCJC¹⁹¹;

- PL 1.621/07, de autoria do Deputado Vicente Paulo da Silva, vulgo Vicentinho. À luz da análise de Cássio Barros, tal projeto é o mais completo até agora apresentado, na medida em que traz conceitos e diretrizes fundamentais ao processo de terceirização¹⁹²;

- Projeto de Lei de iniciativa do Ministério do Trabalho e Emprego, de 2008. Muito criticado devido a burocracia excessiva¹⁹³ e

¹⁸⁹ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. *Revista do Direito Trabalhista - RDT* ano 17, nº 07, julho 2011, p.7.

¹⁹⁰ MABEL, Sandro. *Terceirização na Câmara dos Deputados*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:30.

¹⁹¹ BARROS, op.cit., p. 7.

¹⁹² BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. *Revista do Direito Trabalhista - RDT* ano 17, nº 07, julho 2011, p.7 BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. *Revista do Direito Trabalhista - RDT* ano 17, nº 07, julho 2011, p.7.

¹⁹³ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. *Revista do Direito Trabalhista - RDT* ano 17, nº 07, julho 2011, p. 8.

- PL 6832 de 2010, de autoria do Deputado Paulo Delgado (PT-MG). O referido projeto estabelece, nas principais questões sobre o tema, as seguintes disposições: terceirização de serviços específicos por pessoa jurídica especializada; responsabilidade subsidiária da empresa contratante, desde que fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada. Do contrário, a responsabilidade será solidária, mas não haverá a configuração de vínculo de emprego; contratação de serviços de empresa não especializada configura locação e fornecimento de mão-de-obra, conseqüentemente a existência de vínculo de emprego; aplicação dos direitos instituídos na cláusula coletiva celebrada pelo sindicato da categoria profissional respectiva¹⁹⁴;

Nos temas centrais, o projeto de lei n. 6832/2010 é o oposto do anteprojeto apresentado pelo Ministério do Trabalho (MTE) no início do ano. O projeto do Ministério do Trabalho proíbe expressamente a contratação de serviços terceirizados na atividade principal da empresa. Prevê também que os trabalhadores terceirizados passarão a ter vínculo de emprego com as empresas nas quais prestam serviço.

Diferentemente da súmula do TST, o texto do governo estabelece que as empresas “tomadoras de serviço” responderão solidariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, entre outras previstas no contrato de trabalho, inclusive no caso de falência da empresa prestadora de serviços. Hoje a “tomadora de serviço” se responsabiliza apenas subsidiariamente pelo trabalhador, ficando com a prestadora de serviço a responsabilidade principal pelo cumprimento das obrigações.

O anteprojeto determina que as empresas onde o serviço é prestado controlem, a cada mês, o pagamento de salários e o recolhimento do FGTS e da contribuição previdenciária por parte da empresa que presta o serviço terceirizado. As “tomadoras” responderão também por danos causados aos terceirizados por acidentes de trabalho.

Outra regra proposta garante ao trabalhador os mesmos direitos conquistados na convenção ou nos acordos coletivos firmados pelo sindicato da categoria

¹⁹⁴ In <http://machoadadvogados.com.br/biblioteca/publicacoes/noticias/novo-projeto-da-terceirizacao/>. Acesso em 18/03/2012 às 12:22

profissional preponderante da empresa tomadora de serviços, desde que sejam mais benéficos que os da sua própria categoria.

Já no âmbito do Distrito Federal, o Governador editou o Decreto nº 29.015, de 02 de maio de 2008, que disciplinou a contratação de serviços terceirizados de vigilância, limpeza e conservação nos órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal ¹⁹⁵.

3.4 Precedentes relativos à responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública

Reforçando a necessidade de configuração da culpa *in vigilando* no caso de se manter a condenação subsidiária do Ente Público, apresento trecho do julgado TST-AIRR-3188100-58.2007.5.09.0003¹⁹⁶:

¹⁹⁵ *In:* <<http://ensinopublico.com/wp-content/uploads/2011/06/Decreto-n%C2%BA-29.015de-02-de-maio-de-2008.pdf>> Acesso em 18/03/12 às 13:26.

Decreto nº 29.015, de 02 de maio de 2008

ANO XLII Nº 83 BRASÍLIA – DF, 5 DE MAIO DE 2008

Dispõe sobre a contratação de serviços terceirizados de vigilância, limpeza e conservação nos órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, incisos VII e X, da Lei Orgânica do Distrito Federal, considerando a necessidade de redução das despesas operacionais e de redistribuição dos postos de serviços já contratados para os serviços de vigilância, limpeza e conservação,

DECRETA:

Art. 1º. Fica proibido novos contratos, bem como a ampliação do número de postos de vigilância, limpeza e conservação dos contratos atualmente existentes no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal.

Art. 2º. As necessidades decorrentes da abertura de novas unidades de serviços da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal serão atendidas com o remanejamento dos postos de que trata o artigo 1º deste Decreto, atendidos os pressupostos estabelecidos na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores.

Art. 3º. Exclui-se deste Decreto os processos já encaminhados à Central de Compras, da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Distrito Federal, para o devido procedimento licitatório.

Art. 4º. Caberá ao Governador do Distrito Federal, ouvida à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Distrito Federal, a autorização para abertura de licitações e aditivos aos contratos que impliquem em aumento do número de postos dos contratos atualmente existentes de vigilância, limpeza e conservação.

Art. 5º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

¹⁹⁶ Julgado proferido pela Ministra Dora Maria da Costa no voto TST-AIRR3188100-58.2007.5.09.0003, 8ª Turma do TST, julgado em 06/09/2011, publicado no DJT 09/09/2011, conforme a ementa a seguir: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O acórdão regional concluiu que a prestação de serviços ao recorrente consiste em fato incontroverso, não resolvendo a questão posta pelo prisma da distribuição do ônus da prova, mas seguindo o art. 334, III, do CPC, que dispõe não dependerem de prova os fatos admitidos, no processo, como incontroversos. Incólumes os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Em relação à responsabilidade subsidiária do reclamado, o Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, que

(...) a interpretação sistemática do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 com os arts. 67 da mesma Lei e 186 e 927 do Código Civil, revela que a norma nele inscrita, ao isentar a administração pública das obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos de prestação de serviços por ela celebrados, não alcança os casos em que o ente público tomador não cumpre sua obrigação de fiscalizar a execução do contrato pelo prestador.

Saliente-se, por oportuno, que não há falar em desrespeito à decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, em sessão realizada no dia 24/11/2010, entendeu que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é compatível com a ordem constitucional vigente, notadamente com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Conforme exposto, não se está declarando a incompatibilidade do citado dispositivo com a Constituição Federal, mas, sim, definindo-se o alcance da norma nele inscrita mediante interpretação sistemática de legislação infraconstitucional, notadamente em face dos arts. 67 da mesma Lei e 186 e 927 do Código Civil, que possibilitam a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese de constatação de sua culpa *in vigilando*.

Nesse sentido, aliás, decidiu o próprio STF no julgamento da referida ADC (DJ de 3/12/2010), ocasião em que se entendeu que ‘mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade’, conforme consta do Informativo de Jurisprudência nº 610, disponível no sítio daquela Corte Suprema na internet.

O julgado trazido à análise baseou-se na situação descrita pelo Regional ao manter a responsabilidade subsidiária do Ente Público, pois restou provado que, no caso concreto, a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de fiscalizar a execução dos contratos por ela pactuados. Assim, não mais bastará a teoria da responsabilidade objetiva, devendo restar demonstrada a culpa *in vigilando* em cada caso concreto.

preveem a culpa -in vigilando- e -in eligendo-, fundamentando-se ainda nos artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93, que impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. A decisão do Tribunal -a quo- encontra-se em conformidade com a Súmula 331 do TST, cujo entendimento não implica violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Estando a decisão proferida pelo Regional em total consonância com a Súmula 331 do TST, descabe cogitar de violação de dispositivos constitucionais, legais ou de divergência jurisprudencial, uma vez que já foi atingido o fim precípua do recurso de revista, incidindo, assim, o óbice previsto na Súmula 333 do TST e no art. 896, §§ 4º e 5º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 28/09/2011. 16:30.

Nessa mesma linha, o Ministro José Roberto Freire Pimenta apresenta seu entendimento, conforme transcrição a seguir:

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA IMPUTADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, (...). PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal (...), é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (...), com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, (...) isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (...), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas (fato que deve estar expressamente registrado na decisão regional), (...). Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível (...) que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, (...), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V (...) Agravo de instrumento desprovido. (...). (TST-AIRR-4048-52.2010.5.10.0000, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 17/06/2011)

Aqui também se verifica a interpretação e a aplicação sistemática do preceito de lei (art. 71, §1º, da Lei 8.666/93) com outros preceitos de lei aplicáveis à controvérsia, produzindo um resultado prático e condizente com os ditames da justiça social e com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois no caso concreto restou comprovada a omissão do Ente Público, de forma culposa, em

fiscalizar o adimplemento, pela empresa empregadora por ele contratada, das correspondentes obrigações trabalhistas.

A SBDI-1 do TST também tem se posicionado nesse sentido, conforme os seguintes precedentes abaixo indicados:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. RITO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA IN VIGILANDO . 1) A decisão ora embargada foi publicada na vigência da Lei nº 11.496/2007, que emprestou nova redação ao artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que estão os presentes embargos regidos pela referida lei. E, nos termos da atual sistemática processual, o recurso de embargos só se viabiliza se demonstrada divergência entre arestos de Turmas desta Corte, ou entre arestos de Turmas e da SDI. Além disso, em se tratando de processo submetido ao rito sumaríssimo, restrito as condições estabelecidas no artigo 896, § 6, da Consolidação das Leis do Trabalho, o recurso de embargos somente se viabiliza nas hipóteses aludidas na Orientação Jurisprudencial nº 405 desta SBDI1, in verbis: -Em causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, em que pese a limitação imposta no art. 896, § 6º, da CLT à interposição de recurso de revista, admite-se os embargos interpostos na vigência da Lei n.º 11.496, de 22.06.2007, que conferiu nova redação ao art. 894 da CLT, quando demonstrada a divergência jurisprudencial entre Turmas do TST, fundada em interpretações diversas acerca da aplicação de mesmo dispositivo constitucional ou de matéria sumulada.- Assim, não há que se cogitar em ofensa aos artigos 2º, 5º, inciso II, 22, incisos I e XXVII, 37, incisos II e XXI, 93, inciso IX e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, 458 do Código de Processo Civil, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 2) Também não se verifica contrariedade à Súmula Vinculante/STF nº 10 nem tampouco divergência jurisprudencial com os arestos oriundos da Suprema Corte, eis que tratam de hipóteses não contempladas no artigo 894, inciso II, consolidado. 3) Por fim, considerando que na hipótese dos autos há tese explícita no sentido de reconhecer-se aplicável a responsabilidade subjetiva do ente público, ante a ausência de fiscalização por parte da tomadora de serviços das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora de serviços, a Turma, ao manter a responsabilidade subsidiária da Petrobras, decidiu em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, consubstanciada na Súmula nº 331, itens IV e V, a saber: -IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das

obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. Recurso de embargos não conhecido. (Processo: TST-E-RR-23300-38.2007.5.15.0087, Data de Julgamento: 02/02/2012, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT de 09/03/2012)

RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMANTE. VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. 1.Inviável o recurso de embargos, por violação de legislação infraconstitucional e de dispositivo da Constituição Federal, porquanto interposto contra decisão proferida na vigência da Lei 11.496/07, que conferiu nova redação ao art. 894 da CLT, restringindo a admissibilidade do apelo à demonstração de divergência jurisprudencial e contrariedade a Súmula do TST e/ou do STF e divergência jurisprudencial. 2.Relativamente à denúncia de contrariedade à Súmula 126 do TST, também incabível a pretensão. A diretriz desta e. Subseção é no sentido de que não cabe recurso de embargos alicerçado em denúncia de contrariedade a Súmula processual, uma vez que, como já esclarecido, em face da nova redação do artigo 894, II, da CLT, a e. SBDI passou a desempenhar função uniformizadora e não mais de revisão das decisões de Turmas. 3.Não caracterizada a divergência jurisprudencial, porquanto os julgados trazidos à colação carecem da especificidade exigida pela Súmula 296 do TST. 4.Diante da premissa constante na v. decisão embargada de que a hipótese se enquadra naquela estabelecida pela OJ 04 da SBDI-1, não há como verificar contrariedade a esta Orientação Jurisprudencial nem à OJ 170, que a ela foi incorporada.5.Por fim, incabível a pretensão, seja por divergência, seja por contrariedade a Súmula desta Corte ou do STF, no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, tendo em vista que o reclamante não logrou êxito em demonstrar o desacerto do v. acórdão proferido quanto ao indeferimento do referido adicional. Recurso de embargos não conhecido. DANO MORAL E MATERIAL. 1.Em se tratando de recurso de embargos interposto contra decisão proferida na vigência da Lei 11.496/07, incabível a denúncia de violação de preceitos de lei e da Constituição Federal.2.Também não se cogita de divergência jurisprudencial, ante o óbice imposto pela Súmula 296 do TST. Revista de embargos integralmente não conhecido. RECURSO DE EMBARGOS DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA SUBSIDIÁRIA - ABRANGÊNCIA. 1. A responsabilidade subsidiária da administração pública foi reconhecida pelo e. TRT, em acórdão confirmado pela e. Turma desta Corte, em que se verificou, à luz de normas da própria Lei nº 8.666/1993 (artigos 54, 55, 58, 66 e 67) e dos fatos provados, a omissão culposa do dever de fiscalização das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada para com seus empregados. 2. Tal decisão não destoia do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 e concluir pela constitucionalidade do

artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não afastou a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente o ente público pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços, na hipótese de se verificar, no caso concreto, a existência de culpa "in vigilando".

3. Com efeito, foi diante desse entendimento, que o Tribunal Superior do Trabalho editou o item V da Súmula 331, no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV da Súmula 331 do TST, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente quanto à fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora dos serviços. Tal a circunstância que se verifica nos autos, na medida em que a Corte Regional manteve a responsabilidade subsidiária reconhecida em sentença, em função da ausência de fiscalização no cumprimento das obrigações legais da prestadora de serviços, dever do qual o Município não se desincumbira, apesar da imposição decorrente do artigo 67, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.666/93. O Tribunal a quo registra expressamente a omissão culposa do Município. Além disso, nos termos do item VI da Súmula 331 do TST, a responsabilidade subsidiária abrange parcelas decorrentes da relação de trabalho, *in casu*, a indenização de 40% sobre o valor do FGTS. Recurso de embargos não conhecido. (Processo: TST-E-RR-59900-52.2004.5.17.0008, Data de Julgamento: 24/11/2011, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 09/12/2011)

Em todos os julgados apresentados acima, o Ente Público recorreu à SBDI-1 do TST argumentando que não pode ser responsabilizado subsidiariamente, ante o novo posicionamento externado pelo STF. Assim, o entendimento externado na Súmula 331 do TST seria contrário à lei. Dessa forma, pugnam pela exclusão de sua responsabilidade subsidiária. Porém, a SBDI-1, analisando cada caso concreto, entendeu que a culpa *in vigilando* restou demonstrada, mantendo, assim, a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas não satisfeitos pela empresa contratante.

Também cabe levantar a discussão da dificuldade da prova da culpa *in vigilando* do Ente Público, necessária após o entendimento do STF pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Conforme o Ministro José Roberto Freire Pimenta, em virtude do art. 333, II, do CPC, é do Reclamado (Ente Público) o ônus de provar que agiu com a devida cautela, demonstrando que não incorreu em culpa (*in elegendo* e *in vigilando*), na medida em que se trata de fato impeditivo do direito do autor, bem como por aplicação do princípio da aptidão para

a prova, que determina a inversão do seu ônus, pois a Administração Pública é quem possui as provas correspondentes e tem maior facilidade em produzi-las¹⁹⁷.

Corroborando o entendimento acima apresentado, transcrevem-se os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA. [...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - EXCLUSÃO - NECESSIDADE DE EXAME DA CULPA PELA AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA PRESTADORA DE SERVIÇO - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - PRESUNÇÃO DA CULPA (alegação de violação aos artigos 2º, 5º, inciso II, 22, inciso I, 37, caput e incisos II e XXI, 48, e 173, §1º e inciso III, da Constituição Federal, 265 e 896 do Código Civil e 71, caput e §1º, da Lei nº 8.666/93, contrariedade à Súmula nº 331, item IV, desta Corte e divergência jurisprudencial). Esta Corte, por meio da Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, alterou o item IV e acrescentou o item V à Súmula nº 331, cujas redações são no seguinte sentido: - IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. No entanto, em que pese a razoabilidade da tese de contrariedade à Súmula nº 331 desta Corte, porque não delineado, no presente caso, o quadro fático acerca da efetiva existência, ou não, de culpa do ente público tomador dos serviços, pela ausência de fiscalização das obrigações da prestadora de serviço, ressalvado o meu posicionamento, por disciplina judiciária e economia processual, adoto o entendimento da Turma que, em sua maioria, decidiu pela impossibilidade de se exigir do empregado a comprovação de que houve culpa do Ente Público. Nessa hipótese, aplica-se o princípio da aptidão da prova, sendo perfeitamente cabível a presunção de culpa nessas circunstâncias, inclusive com inversão do ônus da prova. Recurso de revista não conhecido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ALCANCE - VERBAS RESCISÓRIAS E MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT (alegação de violação aos artigos 5º, incisos II e XLV, da Constituição Federal, 265 do Código Civil e 477, §8º, da Consolidação das Leis do Trabalho e divergência jurisprudencial). - A responsabilidade subsidiária do

¹⁹⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p. 788.

tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral - (Súmula nº 331, item VI, desta Corte). Recurso de revista não conhecido. [...]. (TST-RR-73100-89.2006.5.20.0003, Data de Julgamento: 28/03/2012, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 13/04/2012 - grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. Na hipótese dos autos, presume-se a culpa *in vigilando* do ente público, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado previstas na Lei nº 8.666/93, ante a ausência de comprovação de sua efetiva realização, aplicando-se, ao caso, a inversão do ônus da prova, em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova. Presente a culpa do ente público, correta a condenação em sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331, IV e V. Agravo de instrumento a que se nega provimento. 2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE. MULTA PREVISTA NO ART. 467 DA CLT. Esta colenda Corte Superior já firmou o entendimento no sentido de que uma vez declarada a responsabilidade subsidiária quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas de que trata a Súmula nº 331, IV, a assunção do pagamento da multa prevista no art. 467 da CLT é mera consequência, vez que a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelo adimplemento dos encargos trabalhistas abrange todos créditos devidos ao empregado. Incidência da Súmula nº 331, V e VI. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR-21200-18.2009.5.01.0221, Data de Julgamento: 15/02/2012, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012 - grifei)

No primeiro caso, o Ministro Renato de Lacerda Paiva, apesar de posicionamento contrário, ressalva o seu entendimento pessoal e acompanha a Turma que entende pela impossibilidade de se cobrar do empregado a comprovação da culpa do Ente Público e, aplicando o princípio da aptidão da prova, presume a culpa, inclusive inverte o ônus probatório e mantém o entendimento de que deve ser imputada a responsabilidade subsidiária no caso concreto.

No mesmo sentido, o segundo precedente aplicou a inversão do ônus da prova, em virtude da hipossuficiência do empregado na capacidade de produzir a prova da culpa do Ente Público, e fez-se presumir a culpa *in vigilando*. Dessa forma, manteve-se a responsabilização subsidiária.

Por fim, quanto às divergências apresentadas entre as Turmas do TST, a mais marcante cinge-se na forma de condução do processo quando não restou configurada efetivamente a culpa *in vigilando* no caso concreto. Assim, as Turmas do TST, exceto a 6ª Turma, têm-se posicionado no sentido de excluir a responsabilidade do ente público, conforme se verifica das ementas abaixo reproduzidas¹⁹⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. Demonstrada a afronta ao artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, dá-se provimento ao agravo de instrumento, a fim de determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, decidiu -que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos-. Reconheceu, todavia, a Corte suprema, -que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade- (Informativo n.º 610 do Supremo Tribunal Federal). 2. Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte superior consagrada no item V da Súmula n.º 331, com a redação que lhe emprestou o Tribunal Pleno, mediante a Resolução n.º 174, de 24/05/2011, segundo a qual - os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no

¹⁹⁸ Seguindo o entendimento de excluir a responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública, excluindo-o da lide, quando não configurada a culpa *in vigilando*, ou seja, quando o Regional pauta-se na tese de o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora implicar a responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública, indicam-se os seguintes julgados: TST-RR-564-92.2010.5.03.0042, Data de Julgamento: 14/03/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012; TST-RR-128-67.2010.5.10.0001, Data de Julgamento: 14/03/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012; TST-RR-AIRR-84740-80.2006.5.04.0732, Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012; TST-RR-174900-34.2009.5.10.0004, Data de Julgamento: 21/03/2012, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012; TST-RR-56600-65.2006.5.15.0106, Data de Julgamento: 21/03/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012; e TST-RR-9500-46.2004.5.01.0051, Data de Julgamento: 21/03/2012, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012.

cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. 3. Nesse contexto, merece reforma a decisão proferida pela Corte de origem, porquanto não se extrai do substrato fático-probatório dos autos a omissão da Administração Pública quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços. 4. Recurso de revista a que se dá provimento. (Processo: TST-RR-68-36.2010.5.04.0721, Data de Julgamento: 14/03/2012, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16. CULPA IN VIGILANDO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Nos termos da Lei 8.666/1993 e dos arts. 186 e 927 do CC, para que a responsabilidade subsidiária seja aplicada à Administração Pública, é necessária a comprovação da sua conduta omissiva no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato entre tomador e prestador de serviços quanto às verbas trabalhistas. Esse é o entendimento que se extrai da decisão (ADC 16 - 24/11/2010) do STF ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, acentuando que, uma vez constatada a culpa in vigilando, gera a responsabilidade do ente público. Além disso, é esse o entendimento atualmente consolidado na jurisprudência desta Corte Superior por meio da Súmula nº 331, V. No presente caso, entretanto, não é possível extrair do acórdão regional que o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação. Não houve comprovação da inobservância, por parte do recorrente, do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços. Por conseguinte, não ficou configurada a culpa in vigilando, hábil a justificar a atribuição de responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula em comento. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: TST-RR-100500-31.2005.5.01.0007, Data de Julgamento: 21/03/2012, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012)

Nesses casos, quando o acórdão regional não traz dados suficientes da configuração da culpa *in vigilando* do Ente Público no caso concreto, mas tão somente a antiga teoria da culpa objetiva (art. 37, § 6º, da CF) e por consequência a condenação do Ente Público pautada principalmente no argumento de mero inadimplemento de parcelas trabalhistas, a maioria das turmas do TST (exceto a 6ª Turma) têm se posicionado no sentido de excluir a culpa do Ente Público, sem nem

mesmo retornar os autos para a instância inferior para melhor análise do caso concreto à luz da nova perspectiva travada pelo STF, que acarretou alteração da Súmula 331 do TST. Dessa forma, o empregado acaba ficando totalmente prejudicado, ante modificações de interpretação após a propositura de sua ação.

Já em sentido contrário, a 6ª Turma do TST tem determinado o retorno dos autos ao Regional de origem para que se posicione sobre a nova perspectiva trazida com o julgamento da ADC 16 e posterior alteração da Súmula 331 do TST, conforme se observa dos julgados a seguir apresentados:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA - ENTIDADES ESTATAIS - RESPONSABILIDADE EM CASO DE CULPA -IN VIGILANDO- NO QUE TANGE AO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA POR PARTE DA EMPRESA TERCEIRIZANTE CONTRATADA - COMPATIBILIDADE COM O ART. 71 DA LEI DE LICITAÇÕES - INCIDÊNCIA DOS ARTS. 159 DO CCB/1916 E 186 E 927, -CAPUT-, DO CCB/2002. A mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-STF. Entretanto, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa in vigilando, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil). No caso concreto, contudo, não há, no acórdão regional, elementos fáticos suficientes para se perquirir sobre a existência ou não de conduta culposa da Reclamada. Assim, considerando-se os limites de cognição em instância extraordinária, torna-se necessário o retorno dos autos ao eg. TRT de origem a fim de que analise o caso concreto sob a ótica do decidido pelo STF na ADC 16 e da Súmula 331/TST, em sua nova redação (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). Precedentes desta Dt. 6ª Turma. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: TST-RR-1598-53.2010.5.03.0026, Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 23/03/2012)

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA EM FACE DA CULPA IN VIGILANDO. É certo que a terceirização tem sido amplamente adotada com o fim de proporcionar maior economia e eficiência na prestação de serviços especializados. Conforme

determina a Lei de Licitações, os contratos devem ser fiscalizados, como também já determinado pela administração pública, por meio da Instrução Normativa nº 2/2008. O c. TST entende que a ausência de fiscalização pelo ente público determina a sua responsabilidade subsidiária pelas verbas inadimplidas no contrato de trabalho. Ocorre que o e. STF não vem admitindo a mera responsabilização do ente público sem que haja efetiva demonstração de culpa in vigilando. Desse modo, torna-se necessário, para fazer incidir a Súmula nº 331, V, do c. TST, que os tribunais regionais assentem tal premissa com o fim de, em cada caso concreto, o TST identificar se houve inércia do administrador público, em ofensa aos princípios contidos no art. 37 da Carta Magna. Após a decisão do Pretório Excelso no julgamento da ADC 16, não mais se vislumbra a possibilidade de declaração de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por mero inadimplemento pelo prestador. No caso em exame, não há como se manter a decisão que entende pela manutenção da responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública, mas também não é possível, diante da restrita cognição em instância extraordinária, identificar se o ente público fiscalizou o contrato de trabalho, sem que a Corte a quo trate das premissas específicas que remetam à efetiva ausência de fiscalização. O provimento do recurso deve se dar para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem com o fim de examinar a responsabilidade por culpa in vigilando, nos termos definidos pela ADC 16. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido. (Processo:TST-RR-67900-23.2008.5.05.0012, Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 16/03/2012)

RECURSO DE REVISTA. UNICAMP. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Em que pese o recente reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 16, julgada pelo STF em 24/11/2010), não restou afastada, *in totum* pela Excelsa Corte, a responsabilidade subsidiária dos entes estatais, tomadores de serviços, pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo. Com efeito, subsiste, ainda, a possibilidade de responsabilização subsidiária da entidade pública, tomadora de serviços, quando existente sua culpa in vigilando observada a partir da análise fática da conduta específica da administração pública. No caso em tela, todavia, o Regional não analisou o recurso ordinário à luz do entendimento exarado pelo STF, ou seja, não se manifestou quanto à configuração da culpa in vigilando por parte da UNICAMP. Desta forma, torna-se necessário que o Tribunal Regional aprecie a pretensão objeto da ação, levando em consideração a existência dos elementos que norteiam a responsabilidade da entidade pública. Logo, deve ser parcialmente provido o recurso de revista, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional afim de que se examine o pedido sob o enfoque da existência de culpa in vigilando, em respeito ao comando que se extrai do julgamento do ADC 16 do STF. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. [...] (Processo: TST-RR-175600-21.2004.5.15.0012, Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator

Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 16/03/2012)

Nesses julgados da 6ª Turma, a busca é pela melhor observação do caso concreto, no qual se possibilita uma segunda análise das provas à luz do novo entendimento externado pelo STF, o que acarretou modificação do posicionamento do TST. Dessa forma, estará justamente fazendo valer o direito fundamental de acesso à Justiça mediante uma tutela jurisdicional efetiva, não se esvaziando a prática em mera promessa vazia de conteúdo.

Porém, conforme assentado no Capítulo I, item 1.3.2, o posicionamento adotado pela 6ª Turma vai de encontro aos argumentos já apresentados e agora reforçados:

Após o julgamento da ADC nº 16/DF pelo STF, a condenação do ente público pelos créditos trabalhistas fica condicionada "à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas"¹⁹⁹.

Assim, "nos termos do voto do Relator, a situação fática concreta de cada caso deverá ser levada em consideração. Ou seja: o regime do inciso IV da Súmula 331 do TST apontava para uma responsabilidade subsidiária objetiva do Estado pelos débitos trabalhistas não cobráveis de empresas por este contratadas. Com a decisão do STF, pode-se acolher a teoria da responsabilidade subsidiária subjetiva do Estado nesses casos, calcada na culpa in elegendo ou in vigilando: o ente público não tomou todas as precauções para contratar uma empresa efetivamente idônea ou não fiscalizou mensalmente se as obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas eram salgadas"²⁰⁰.

O problema maior encontra-se nas instâncias extraordinárias, TST e STF, na medida em que não podem rever fatos e provas. Tal dificuldade também será enfrentada pela segunda instância nos casos em que não puder reabrir a instrução para verificar a culpabilidade do ente público. Somente após a orientação do STF, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, é que serão enfrentados pormenorizadamente os fatos e provas,

¹⁹⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011, p. 776.

²⁰⁰ FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra Martins da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho: Homenagem a Armando Casimiro Costa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 247/248.

levantando as condições concretas de contratação e prestação dos serviços²⁰¹.

3.4.1 Suspensão do julgamento da matéria “Responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública” pela SDI do TST

Ocorre que, em 08 de março do corrente ano, a Sessão de Dissídios Individuais (SDI) do Tribunal Superior do Trabalho, responsável pela uniformização da jurisprudência da Corte, decidiu, por unanimidade, suspender a tramitação dos processos que tratem da responsabilidade subsidiária de ente público tomador de serviço no caso de não cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora. A suspensão, proposta pelo presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen, vigorará até o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de recurso extraordinário sobre o tema, que teve repercussão geral reconhecida, ou deliberação posterior da própria SDI-1²⁰².

Conforme o presidente do TST, a suspensão foi proposta como medida de cautela. Além de o RE 603397, no qual foi reconhecida a repercussão geral, estar pendente de julgamento do mérito pelo STF, algumas decisões monocráticas de ministros do Supremo têm acolhido liminares em reclamações e cassado decisões tomadas pelo TST sobre a matéria, como a Reclamação 12558, ajuizada pelo Estado de São Paulo contra decisão do TST que o condenou a responder subsidiariamente por verbas trabalhistas devidas pela Tecnoserve Serviços e Manutenção Geral Ltda. a um de seus empregados. A relatora, ministra Cármen Lúcia, entendeu que a condenação, mantida em agosto de 2011 pela Quarta Turma do TST, contrariou a decisão do STF na ADC 16.

O tema com maior número de processos sobrestados no TST é justamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas

²⁰¹ FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra Martins da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*: Homenagem a Armando Casimiro Costa. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 248.

²⁰² In http://www.tst.gov.br/web/guest/home?p_auth=oRJR2h9h&p_p_id=101_INSTANCE_nD3Q&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-3&p_p_col_count=4&_101_INSTANCE_nD3Q_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fexport_journal_article&_101_INSTANCE_nD3Q_groupId=10157&_101_INSTANCE_nD3Q_articleId=1196576&_101_INSTANCE_nD3Q_targetExtension=pdf, Acesso em 11/03/12 às 23:53

gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Ao todo, 10.734 processos aguardam, na Vice-Presidência do TST (responsável pelo exame de admissibilidade dos recursos extraordinários), que o STF julgue o RE 603397, que servirá de paradigma para os demais processos sobre a mesma matéria²⁰³.

3.4.1.1 Repercussão Geral

O instituto da repercussão geral foi criado pela Emenda Constitucional 45/2004 a fim de limitar a admissibilidade de recurso extraordinário ao STF aos casos que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, ou seja, que tenham repercussão mais abrangente do que aquela restrita às partes. Uma vez reconhecida a existência desse critério num determinado processo, todos os demais recursos extraordinários que tratem do mesmo tema ficam sobrestados até a decisão de mérito do STF, que servirá de precedente.

Conforme Dalton Santos Morais:

"vem se lançando, tanto legislativamente, quanto doutrinária ou jurisprudencialmente, as bases para um controle difuso abstrativizado de constitucionalidade, com a pretensão de que as decisões emanadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, nesta via de controle, venham a ter eficácia geral e não restrita às partes, sob o argumento de aprimorar a concretização da Constituição e garantir que a efetivação da decisão jurisdicional realize os valores da 'segurança jurídica' e da razoável duração do processo declarados pela própria Constituição de 1988. Parece-nos que a principal característica desta construção está relacionada com a caracterização de uma natureza objetiva ao recurso extraordinário, segundo a qual o referido recurso não deveria ser utilizado como mero instrumento de perseguição de direitos subjetivos das partes no processo judicial, mas sim como meio constitucionalmente estipulado para a preservação objetiva da própria Constituição vigente."²⁰⁴

²⁰³ In http://www.tst.gov.br/web/guest/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/mais-de-40-temas-trabalhistas-com-repercussao-geral-aguardam-decisao-do-stf?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Fhome%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_nD3Q%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_count%3D4. Acesso em 23/03/2012, às 00:07.

²⁰⁴ MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade: Exposições Críticas à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 99.

Dessa forma, o art. 102, § 3º, da Constituição Federal introduziu em nosso ordenamento jurídico a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário de verificação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Nesse particular, Carmen Azambuja pontua que o propósito em proceder a relevância da questão como de interesse geral seria valorizar a questão constitucional, como objeto jurídico de uma ação individual, de modo a transcender às partes para aproveitar a todos que se encontrem na mesma situação acolhida²⁰⁵.

Pode-se inferir, pelo exposto, que a finalidade almejada com a previsão contida no art. 102, § 3º, da Constituição Federal é utilizar a repercussão geral como mais um instrumento de verticalização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da atribuição de uma natureza objetiva ao recurso extraordinário.

Ademais, citando alguns precedentes do STF, Dalton Santos Moraes destaca as finalidades da repercussão geral. Afirma que a limitação objetiva introduzida pela adoção da repercussão geral no recurso extraordinário, além de implicar a diminuição do número de recursos extraordinários submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, possibilita atingir um objetivo qualitativo, com a finalidade exclusiva de levar à Suprema Corte Brasileira somente os recursos cujos objetos possuam relevância de ordem constitucional²⁰⁶.

No mesmo sentido é o entendimento de Carmen Luiza Dias para quem procura-se,

"por meio do próprio recurso extraordinário brasileiro, ante o controle judicial do difuso e público pelo próprio judiciário, numa jurisdição única, em que nenhuma lesão de direito ficará fora do judiciário, incluindo a lesão constitucional, objetivar a preservação da unidade do Direito Objetivo espelhado na Constituição. Com isso, a extensão do limite objetivo coisa julgada ao objeto jurídico do processo, como seu fundamento, na forma *secundum eventum litis*, será a medida adequada

²⁰⁵ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado*. Efeito *erga omnes* de seu julgamento. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 202 e 203.

²⁰⁶ MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade: Exposições Críticas à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Jus Podivm, 2010, pp. 103 e 104.

para a inserção da *ratio decidendi* do julgamento como fator de sua validade, legitimidade e parâmetro de interpretação constitucional para outros casos semelhantes²⁰⁷”.

Corroboram esses posicionamentos a lição de Daniel Bijos Faidiga. Para o professor, se uma questão que repercute de maneira geral deve ser resolvida de modo uniforme (abstrato) com relação a todos aqueles que, de forma geral, a ela estão submetidos, consectário lógico e legítimo será tratar de modo idêntico todas as questões sobre as quais ocorra a repercussão de modo idêntico, o que somente ocorrerá com o respeito ao respectivo precedente²⁰⁸.

A questão da responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública teve a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário 603397. Tal julgamento servirá de paradigma para as demais decisões sobre a matéria. No caso, a União alega que a transferência da responsabilidade dos encargos trabalhistas para a Administração Pública quando a empresa prestadora de serviços não os paga implicaria violação dos artigos 5º, inciso II, e 37, parágrafo 6º, da Constituição da República. Ao votar a favor da repercussão geral, a então relatora, ministra Ellen Gracie, entendeu que a definição da constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações que trata do tema tem amplo alcance e possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Com a aposentadoria da ministra Ellen Gracie, a relatoria do caso passou à ministra Rosa Weber²⁰⁹.

Atualmente, existem mais de oito mil recursos extraordinários sobre responsabilidade subsidiária de ente público sobrestados no TST. Com a decisão da SDI-1 de suspender a tramitação dos embargos em recurso de revista, uma quantidade maior ainda de processos que tratam do tema permanecerá à espera da definição do STF.

²⁰⁷ AZAMBUJA, op. cit., p.203.

²⁰⁸ FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito Vinculante e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Editora Afiliada. Curitiba. 2008, p. 159.

²⁰⁹ In http://www.tst.gov.br/web/guest/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/mais-de-40-temas-trabalhistas-com-repercussao-geral-aguardam-decisao-do-stf?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Fhome%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_nD3Q%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_count%3D4. Acesso em 23/03/2012, às 00:07.

CONCLUSÃO

A presente monografia não buscou problematizar, mas sistematizar os principais entendimentos acerca da responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública no caso da terceirização de serviços. Felizmente, como no debate jurídico não há o dono da verdade, as ideias são apresentadas para serem questionadas com o intuito de se trilhar o melhor caminho.

A terceirização, forma de estruturação empresarial que visa descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, compreende uma relação triangular (trabalhador, prestador de serviços e tomador de serviços) cada vez mais crescente na realidade mundial. No Brasil, a primeira forma de subcontratação adveio com a Lei do trabalho temporário. Na Administração Pública, o Decreto-Lei 200/67 admitia plenamente a terceirização, sendo que relacionava as atividades que seriam, preferencialmente, objeto de execução indireta, mediante contrato.

No caso da inadimplência da contratada, em virtude de construção jurisprudencial dada a ausência de legislação sobre o tema, a empresa tomadora dos serviços deverá arcar subsidiariamente com os créditos trabalhistas por ventura devidos ao Reclamante (Súmula 331 do TST). Ocorre que inicialmente tal responsabilização pautava-se na teoria da responsabilidade objetiva, que restou superada após o julgamento da constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 pelo STF, sendo que agora deve restar demonstrada efetivamente a culpa *in vigilando* no caso concreto para que se possa atribuir a responsabilidade subsidiária ao tomador, inclusive no caso de ente público.

Após o julgamento da ADC 16 pelo STF, um grande problema surgiu quando da análise pelas instâncias superiores dos processos já iniciados, pela impossibilidade de se rever fatos e provas. Dessa forma, assim como colocado no último capítulo da presente pesquisa, a sexta Turma do TST vem apresentando solução inovadora, no sentido de determinar o retorno dos autos ao Regional de origem para que possa melhor verificar a existência da conduta culposa da Administração Pública no caso concreto quando o acórdão não elucida se houve falha do ente público em efetivamente fiscalizar, uma vez que, após a alteração da

citada súmula, não mais se admite a responsabilização subsidiária pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços.

No Brasil, conforme já mencionado, ainda não há legislação que regulamente tal instituto. Dessa forma, para responder aos diversos conflitos trazidos ao Judiciário, necessário se fez o posicionamento da instância superior trabalhista por intermédio de súmulas que tratassem da matéria, que evoluiu desde a total impossibilidade de se terceirizar (Súmula 256 do TST), com exceção dos casos previstos em lei, até a possibilidade de responsabilização do tomador de serviços, nos casos em que se permite a terceirização, ou seja, no caso de atividade-meio (atual redação da Súmula 331 do TST).

Em tramitação no Congresso Nacional, vários projetos de lei procuram regulamentar a questão da terceirização. Conforme observado, os projetos buscam colocar a empresa tomadora dos serviços como responsável solidária e, somente nos casos em que houver fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, será subsidiária a responsabilidade do tomador, o que destoa do atual entendimento do STF.

Interessante debate apresentado na Audiência Pública realizada no TST em outubro de 2011 (sobre terceirização) refere-se ao critério da atividade-meio ou atividade-fim estabelecidos para configurar a licitude da terceirização e consequente configuração do vínculo de emprego com o tomador de serviços (Súmula 331, III, do TST). Coaduno com o entendimento de alguns palestrantes no sentido de que tal critério é inapropriado, na medida em que é totalmente incompatível com os fatos sociais, pois não apresenta relação prática com a atividade econômica, uma vez que o mercado atual é muito dinâmico, o que torna difícil a distinção de atividade-meio e atividade-fim.

Após o julgamento da ADC 16-DF pelo STF, o Judiciário Trabalhista vem apresentando julgados com um alto teor de subjetividade, principalmente no Tribunal Superior do Trabalho, em que é vedado o revolvimento de fatos e provas, nos termos da Súmula 126 do TST, já que a manutenção da responsabilidade subsidiária agora depende da efetiva comprovação da culpa na fiscalização pelo Ente Público.

Dessa forma, inclusive devido a recentes julgados de Reclamações pelo STF, nos quais tem sido determinada a exclusão da responsabilidade subsidiária, ao argumento de que não restou configurada a responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública ante a inexistência de comprovação da conduta culposa, o TST suspendeu o julgamento dos embargos na Seção de Dissídios Individuais - SDI dos processos envolvendo a responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública até decisão meritória do RE 603397 pelo STF, em que foi reconhecida a repercussão geral à matéria, ou até posterior deliberação da própria SDI. Porém, mesmo após a suspensão da matéria pela SDI, as turmas do TST permanecem julgando os processos que envolvem tal questão.

Como reforço na averiguação da conduta omissiva do Ente Público, a Lei nº 12.440/2011 alterou a CLT e a Lei nº 8666/93, passando a exigir da empresa interessada, em participar em licitações públicas, a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Buscando estender a efetividade da CNDT para além da apresentação pelas empresas interessadas em participar de licitação, a Corregedoria Nacional de Justiça, mediante Recomendação nº 3, visando combater fraudes à execução, recomendou que os tabeliães de notas cientifiquem as partes envolvidas nas transações imobiliárias e partilhas de bens imóveis da possibilidade da emissão da CNDT. Ressalte-se que a apresentação da CNDT pelas empresas prestadoras dos serviços não exime o Ente Público de fiscalizar os cumprimentos das obrigações trabalhistas a cargo daquelas empresas.

Por fim, pela análise da evolução histórica do Direito do Trabalho, verifica-se que o seu surgimento foi um resultado de uma conquista humana decorrente da luta por melhores condições trabalhistas, com o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a proibição à discriminação, bem como para buscar a igualdade substancial do hipossuficiente mediante uma efetiva proteção. Por isso, o princípio da vedação do retrocesso social é plenamente aplicável ao Direito do Trabalho e não há como ser conivente com a interpretação literal e isolada do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 quando visa isentar a Administração Pública da responsabilização subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas devidos aos empregados contratados mediante empresa terceirizada.

Então, a solução apresentada pela 6ª Turma do TST em determinar o retorno dos autos ao Regional de origem, além de inovadora e audaciosa, procura fazer justiça com a parte hipossuficiente da relação trabalhista, o trabalhador, que está na iminência de ver seus créditos trabalhistas inadimplidos tanto pela prestadora dos serviços (seu real empregador), como pela tomadora dos serviços, ante uma análise mais simplista da mera constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado*. Efeito erga omnes de seu julgamento. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. *Revista do Direito Trabalhista - RDT* ano 17, nº 07, p. 4/10, julho 2011.

CAIXETA, Sebastião. *Terceirização*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:16.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju, Evocati, 2011. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/12179>. Acesso: 06/09/2011. 17:34.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Bahia: Jus Podivm, 2008.

CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE, Adauto e VILLEFORT, Othon. *A terceirização e a competitividade*. Um estudo sobre jurisprudência, o novo mercado global e os riscos para o desenvolvimento e o mercado de trabalho. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:21.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade – fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 1, p. 93/98, 2009.

FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito Vinculante e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Editora Afiliada. Curitiba. 2008.

FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra Martins da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho: Homenagem a Armando Casimiro Costa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, nº 1, p. 32/53, jan/mar 2011.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilização do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. A Súmula nº 331 do TST à luz da certidão negativa de débitos trabalhistas. *Justiça do Trabalho*, ano 28, nº 331, p. 89/93, julho 2011.

Legislação. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11/10/2011. 15:38

LORENZETTI, Ari Pedro. *A Responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.

MABEL, Sandro. *Terceirização na Câmara dos Deputados*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:30.

MACIEL, José Alberto Couto. Inexistência de débito trabalhista. *Justiça do Trabalho*, ano 28, nº 331, p. 89/93, julho 2011.

MARICATO, Percival. *Terceirização e o desenvolvimento econômico*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:31.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

_____ *Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILAN, Márcio. *Exemplo de parceria de sucesso onde todos ganham: promotores de vendas nos supermercados*. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO - TST, 2011, Brasília. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>> Acesso em: 23 out. 2011: 20:27.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Lantin, 2008.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade: Exposições Críticas à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO, José Afonso Dallegrave. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. A função social da empresa como princípio constitucional. *Revista O Trabalho - doutrina em fascículos mensais*. Nº 165, p. 5859/5868, nov. 2010.

NOBRE, César Augusto Di Natale. *A terceirização como planejamento tributário*. São Paulo: Verbatim, 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*. 75-07, vol. 75, nº 07, p. 775/791, jul. 2011.

POLETTI, Ronaldo. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*. 74-09, vol. 74, nº 09, p. 1097/1105, set. 2010.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da Silva. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

SILVA, Leonardo Peter da. *Princípios fundamentais da administração judiciária*. Jus Navigandi, Teresnia, ano 10, n. 886, 6 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7666>>. Acesso em: 11 out. 2010: 14:46.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

SOUSA, Celita Oliveira. *Exposição às 14:30 do dia 05/10/2011*. <<http://www.youtube.com/playlist?list=PL16DCDAB40FD9F40C&feature=plcp>>. Acesso em: 23 out. 2011: 20:29.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Andreson Vichinkeski, ... [et al], coordenação Anderson Vichinkeski Teixeira e Luís Antônio Longo. *A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.