



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas

DÉBORA DE CARVALHO SOUSA

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA POR OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DEVIDAS A
TERCEIRIZADOS:**

**UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF QUE DECLARA A
CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93**

Brasília

2013

DÉBORA DE CARVALHO SOUSA

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA POR OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DEVIDAS A
TERCEIRIZADOS:**

**UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF QUE DECLARA A
CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93**

*Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB como
requisito para conclusão do curso de
graduação em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas - FAJS.*

Orientador: Antonio Umberto de Souza Junior

Brasília

2013

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a análise da decisão proferida no julgamento da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, para assim verificar a responsabilidade do Estado frente a obrigações trabalhistas no âmbito da terceirização. Esse instituto tem como essência a descentralização das atividades. Por um lado a Lei n. 8.666/93, em seu artigo 71, § 1º, firmava a irresponsabilidade do órgão público. Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula 331 dispondo acerca da responsabilidade subsidiária. Com conteúdos opostos, a controvérsia da responsabilidade frente aos débitos trabalhistas surgira. O STF recebeu diversas reclamações contestando a aplicação da Súmula, levando à configuração da controvérsia jurídica acerca da constitucionalidade ou não desse dispositivo da Lei n. 8.666/93. No ano de 2010, foi proferida a decisão do Supremo, declarando ser de fato constitucional a norma objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade. No entanto, firmou-se o entendimento no sentido de que a irresponsabilidade do ente público, tratada na referida lei, não deve ser considerada absoluta. A ADC 16 assumiu um importante papel de afirmar a harmonia entre os órgãos judiciários e a superioridade do Supremo. A responsabilidade atribuída à Administração é subjetiva, exigindo a análise dos elementos de dolo ou culpa para só assim conferir a responsabilidade subsidiária.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Direito Administrativo; terceirização; responsabilidade subsidiária; Administração Pública.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	5
1 A TERCEIRIZAÇÃO	7
1.1 CONCEITO.....	7
1.2 ASPECTOS GERAIS	8
1.3 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
2 RESPONSABILIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO.....	18
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	20
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	22
2.3.1 <i>A responsabilidade por danos decorrentes do serviço público.....</i>	22
2.3.2 <i>A responsabilidade por atos omissivos</i>	23
2.3.3 <i>A responsabilidade contratual</i>	24
3 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO	27
3.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	27
3.1.1 <i>Solidária.....</i>	27
3.1.2 <i>Subsidiária.....</i>	29
3.2 EVOLUÇÃO DA MATÉRIA	30
3.2.1 <i>Artigo 455 da CLT.....</i>	30
3.2.2 <i>Súmulas do TST.....</i>	32
3.3 A RESPONSABILIDADE DOS TOMADORES DE SERVIÇOS ESTATAIS	35
4 A DIMENSÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA ADC 16.....	38
4.1 RESUMO DA CONTROVÉRSIA	38
4.2 O JULGAMENTO	39

	4
4.3 APÓS O JULGAMENTO	45
4.3.1 Súmula 331, V do TST	45
4.3.2 Reclamações	47
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A terceirização está presente no Brasil desde os anos 50. É um fenômeno recente, cuja essência está na descentralização das atividades. As empresas delegam a terceiros serviços que não sejam de sua especialidade, possibilitando a desverticalização das organizações.¹ Embora existente há muitos anos, até hoje é um assunto que gera discussão. A terceirização se faz presente na Administração Pública, principalmente no tocante às atividades-meio.

Em caso de inadimplência da empresa contratada pelo Poder Público frente a obrigações trabalhistas devidas aos empregados terceirizados, a quem estes últimos, prejudicados, poderiam recorrer?

A controvérsia da responsabilidade frente aos débitos trabalhistas surgira. Em 1993, a Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) trouxe normas regulando a relação de trabalho decorrente da terceirização. O seu artigo 71, § 1º, exclui qualquer tipo de responsabilidade da Administração Pública frente a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais quando da inadimplência da empresa contratada (terceirizada). No entanto, inadimplente a empresa contratada e não podendo o ente público responder por tais obrigações, os trabalhadores ficavam sem ter a quem recorrer. Frente a diversas ações na Justiça do Trabalho, o TST editou a Súmula 331 dispondo acerca da responsabilidade subsidiária, atribuída à Administração quando da inadimplência da contratada.

Isso gerou outra polêmica; muitos juízes estavam ignorando a redação da Lei de Licitações para atribuir a responsabilidade subsidiária ao Poder Público sem sequer analisar se ele teve culpa. Aplicavam a Súmula 331 do TST, contrariando o artigo 71, § 1º, da lei em questão. Enquanto este dispositivo firmava a irresponsabilidade do órgão público, a súmula conferia a responsabilidade subsidiária, gerando um quadro de contradição.

O Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu diversas reclamações contestando a aplicação da Súmula, levando à configuração da controvérsia jurídica acerca da constitucionalidade ou não desse dispositivo da Lei n. 8.666/93. No ano de 2010, foi proferida

¹ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 15.

a decisão do Supremo, declarando ser de fato constitucional a norma objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A análise do tema tem impacto processual e constitucional, devido à repercussão gerada pela declaração da ADC 16 pelo STF e, conseqüentemente, impondo limites à já controvertida Súmula 331, do TST. Essa ação mostrou haver uma divergência entre o lado do Supremo e do TST. O tema ainda ganha ênfase pela recente alteração desta súmula citada, em maio de 2011. Já é um tema abordado por doutrinadores e presente em diversas ações no Judiciário.

Diante desse cenário, a presente monografia objetiva analisar o julgamento dessa ação, denominada de ADC 16, e sua repercussão no mundo jurídico. Para isso, imprescindível se faz um estudo acerca dos institutos relevantes nesse tema: terceirização e responsabilidade. Com essa base teórica será possível examinar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados, em face da decisão do STF que declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

O primeiro capítulo discorrerá acerca da terceirização, inclusive no âmbito da Administração Pública. Já no segundo capítulo, far-se-á um estudo aprofundado sobre os tipos de responsabilidades existentes na terceirização. O terceiro terá um direcionamento mais específico no tocante à responsabilidade, abordando aquela atribuída ao tomador de serviços na terceirização. Por último, será feita a análise da ADC 16 quanto à dimensão da responsabilidade subsidiária.

1 A TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um instituto que traz muita discussão. Sua possibilidade no mundo jurídico é contestada pela doutrina, mas, por ser algo pertinente à nossa realidade, é preciso adequá-la à legislação e proteger a sociedade de seus efeitos.

1.1 Conceito

O termo terceirização vem do latim *tertius*, se referindo a um intermediário; a uma pessoa estranha à relação jurídica entre duas ou mais pessoas². Nas palavras de Salvino e Ferreira, a terceirização é:

“Conceituada como instrumento de gestão, através do qual são transferidas determinadas atividades periféricas ao núcleo do empreendimento a terceiros. Ou seja, em tese, há uma agregação da atividade-fim de uma empresa (prestadora de serviços) com a atividade-meio de outra (tomadora de serviços), envolvendo a produção de bens e serviços.”³

Sua criação se deu no âmbito da Administração de empresas com o objetivo principal não apenas de redução de custo como também de tornar as organizações mais ágeis, flexíveis e competitivas ao poderem ter um processo produtivo mais eficiente.⁴

Quanto à terceirização dentro do mundo jurídico, dispõe Maurício Godinho Delgado que, para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho - aquela firmada com a empresa tomadora - da relação trabalhista - aquela firmada com a empresa terceirizante - que lhe seria correspondente. Nesse sentido, a terceirização se distancia da relação empregatícia clássica, bilateral, de empregado e empregador, e forma um terceiro polo, que é o tomador de serviços.⁵

Assim, esse instituto faz surgir uma relação trabalhista entre três polos: o trabalhador (terceirizado, prestador de serviços); a empresa contratante, terceirizante (à qual o

² MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

³ SALVINO, M. R.; FERREIRA, S. R. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 121.

⁴ *Ibidem*, p. 134.

terceirizado pertence e que firma com ele os vínculos jurídicos pertinentes); e a empresa tomadora de serviços, que utiliza a mão-de-obra oferecida pela contratante.⁶

Essa situação vem se tornando mais recorrente, pois há os que defendem que oferece às empresas custos mais baixos, pelo fato de haver possibilidade em oferecer remuneração ao terceirizado menor que aquela paga aos próprios empregados da empresa tomadora.⁷

No entanto, a redução de custo não deve ser o objetivo principal, pois a terceirização visa atribuir à empresa agilidade, flexibilidade e competitividade.⁸ Além disso, hoje em dia o terceirizado já é equiparado ao empregado comum⁹, não ensejando, necessariamente, redução de despesas com pessoal. Deve-se pugnar pela isonomia entre eles. Esse “constutivo entendimento jurisprudencial já se tornou absolutamente hegemônico, hoje, na ordem justrabalhista brasileira”.¹⁰

1.2 Aspectos Gerais

O mercado de trabalho é dinâmico, vive em constantes transformações. As relações de trabalho, inclusive as decorrentes da terceirização, também mudam de acordo com o contexto histórico. Cabe ao Direito do Trabalho, nesse sentido, acompanhar os avanços da estrutura da empresa e adequá-los à legislação vigente¹¹.

Assim, faz-se imprescindível um estudo acerca da evolução histórica do instituto em questão para se obter um entendimento acerca de seu funcionamento e implicações na sociedade moderna.

Todo país passa por altos e baixos; tem constantes oscilações no âmbito econômico. As empresas lutam para sobreviver no mercado cada vez mais competitivo e, no caso de uma crise, recorrem principalmente à diminuição dos custos. Os mais afetados são os funcionários que são mandados embora, aumentando o desemprego. Nesse contexto surge a terceirização. É um fenômeno recente. Seu surgimento ensejou a criação de novos empregos e

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

⁶ Ob. loc. cit..

⁷ COSTA, Tatiana Cesarina Torres. *A súmula 331 como instrumento de precarização laboral*. 2010. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, p. 96.

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24.

⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383/SDI-1. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em 15março.2013.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 452.

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 15.

novas empresas onde estas delegam a terceiros atividades que não sejam de sua especialidade, possibilitando a desverticalização das organizações.¹²

No Brasil, esse instituto foi trazido nos anos 50, por multinacionais que estavam preocupadas apenas com a essência do seu negócio. A ideia era de locação de mão-de-obra, onde se delegava a pessoas externas a organização das atividades intermediárias e a custos mais baixos.¹³

A CLT trata de duas formas de subcontratação, quais sejam a empreitada¹⁴ e a subempreitada¹⁵, assim como a pequena empreitada¹⁶. Não há previsão quanto a relações diversas de trabalho, como a presente na terceirização.

A Carta Magna de 1988 não aborda a terceirização de forma direta, cabendo à legislação infraconstitucional discorrer a seu respeito.

No campo do setor público, a terceirização foi prevista no Decreto-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70, época em que passou a ter referência normativa mais destacada, com normas regulamentando esse fenômeno de forma expressa, clara. O primeiro diploma normativo induzia a Administração Federal à descentralização na execução de suas atividades. No entanto, esse decreto-lei não era específico quanto à extensão da terceirização autorizada em entes públicos, como quais atividades poderiam ser objeto do fenômeno em questão. Por outro lado, em 1970, a Lei n. 5.645 trouxe em seu texto um rol exemplificativo de atividades – meramente instrumentais - objeto de execução mediante contrato, sugeridos pelo Decreto-lei de 1967.¹⁷

Já se estendendo ao âmbito privado, só foi em 1974, por meio da Lei n. 6.019, que a figura da terceirização entrou no ordenamento jurídico: tratava-se do trabalho temporário. Essa lei pretendia normatizar esse instituto a fim de oferecer tutela jurídica ao trabalhador.¹⁸ A Lei n. 6.019/74, Lei do Trabalho Temporário, foi um marco na normatização da terceirização, sendo o primeiro dispositivo legal a tratar especificamente da terceirização no setor privado. Trouxe a concretização da relação trilateral de prestação de serviços,

¹² MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 15.

¹³ Ibidem, p. 16.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10/01/2002, Cap. VIII – Da Empreitada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30set.2012. 07/05/2010

¹⁵ Idem. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, Artigo 455. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 30set.2012.

¹⁶ Ibidem. Artigo 652, alínea “a”, inciso III.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 430-431.

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 16-17.

contrapondo-se à bilateralidade da relação clássica. No entanto, não permitia a terceirização permanente, apenas aquela de efeitos transitórios.¹⁹ Trata-se da chamada terceirização temporária, em razão do período curto de prestação de trabalho. De acordo com o artigo 10 da lei, o prazo é de no máximo três meses passíveis de prorrogação se autorizado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (hoje denominado de Ministério do Trabalho e Emprego - MTE). Com a Instrução Normativa n. 03 do MTE²⁰, essa prorrogação se dava de forma automática com a simples comunicação ao órgão local, desde que o período total não excedesse seis meses. No entanto, a mesma foi revogada com a publicação da Instrução Normativa n. 05²¹, passando a valer o texto da própria Lei n. 6.019/74, exigindo-se autorização expressa conferida pelo órgão local.

O trabalho temporário será prestado “para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”. Exige-se contrato de prestação de serviços escrito, firmado entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços, contendo os motivos da contratação desse tipo de trabalho. A lei ainda assegura diversos direitos ao trabalhador, os quais se encontram elencados no rol exemplificativo do artigo 12. São eles: remuneração equivalente àquela que os empregados de mesma categoria da empresa tomadora recebem; jornada de oito horas, férias proporcionais e repouso semanal remunerado dentre outros.

Já a Lei n. 7.102, de 1983, tratou do trabalho de vigilância e transporte de valores, autorizando a terceirização permanente especificamente para essa categoria profissional.²² Esse instituto permite que o trabalhador preste serviços de forma contínua. Em 1994, seu objeto foi ampliado pela Lei n. 8.863, que considerou “como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia de transporte de qualquer tipo de carga”²³.

A partir de 1993, dois atos normativos vieram dispor acerca da terceirização no serviço público. O primeiro foi a Lei n. 8.666/93, denominada Lei de Licitações, a qual

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 431.

²⁰ BRASIL. *Ministério do Trabalho e Emprego*. Instrução Normativa n. 3, de 1º de setembro de 1997. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/strucao-normativa-n-03-de-01-09-1997.htm>>. Acesso em 20abril.2013.

²¹ Ibidem. Instrução Normativa n. 5, de 18 de julho de 2007. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BD96D6A012BE3A726FB6798/in_200700718_05.pdf>. Acesso em 20abril.2013.

²² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 431.

²³ Ob. loc. cit..

regulamenta todo o processo licitatório. Em seu artigo 71, § 1º, discorre acerca da irresponsabilidade do Estado dentro da relação trilateral. Exclui qualquer tipo de responsabilidade do Poder Público frente a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais quando da inadimplência da empresa contratada (terceirizada). Ressalta-se que essa lei revogou o Decreto-lei n. 2.300/86, o qual permitia, de forma geral, a contratação de obras, serviços, compras e alienações da Administração com terceiros.

O outro ato foi o Decreto n. 2.271, de 1997, o qual permite, conforme o exposto em seu artigo 1º e parágrafos, a execução indireta de atividades-meio. Diversas atividades serão, preferencialmente, objeto de prestação de serviços de terceiros. Por exemplo: limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, recepção, manutenção de prédios. Por outro lado, há atividades que encontram vedação na sua execução indireta, que são aquelas de categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

Com a crescente incorporação desse instituto às relações de trabalho no mercado brasileiro, a legislação carecia de disposição para proteger os trabalhadores da nova relação jurídica. Essa lacuna na legislação, somada à discrepância de opiniões entre doutrinadores, levou a jurisprudência a tratar dos dissídios trabalhistas. O TST, recebendo inúmeras ações acerca de obrigações trabalhistas e visando a proteção do trabalhador, publicou verbetes, fixando a interpretação do Tribunal na matéria.

A jurisprudência, nesse sentido, teve um significativo papel a fim de regular essa nova figura trabalhista. Para uniformizar as interpretações de inúmeros Juízes, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado 256, de 1986, e posteriormente, a Súmula 331, de 1993.

A Súmula 256 afirmava ser ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, exceto naqueles casos previstos nas Leis ns. 6.019/74 e 7.102/83. Por trazer um rol taxativo de atividades passíveis de serem prestadas no âmbito da terceirização trabalhista, restringia a aplicação do teor do Decreto-Lei n. 200/67, o qual permitia aos entes públicos a descentralização na execução de suas atividades. Assim, conforme será visto mais à frente, acabou sendo cancelada em 2003 pela Resolução 121.

Em 1993, foi editada a Súmula 331, permitindo a terceirização no caso de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, de serviços especializados, assim como no de trabalho temporário, nos quais não se formaria vínculo de emprego dos trabalhadores com

o tomador de serviços. Dessa forma, a terceirização seria lícita se prevista no verbete sumular. Houve diversas alterações nessa súmula, a qual será estudada mais adiante.

Mesmo obtendo um complemento às disposições legais através de entendimento de Tribunais, a terceirização continua agrupando críticos em razão das suas consequências no âmbito trabalhista. Segundo Salvino e Ferreira, “a terceirização tem contribuído para dificultar a identificação do efetivo empregador do trabalhador, que busca a prestação jurisdicional do Estado”²⁴.

Os efeitos negativos desse instituto são incontestáveis. Para Costa:

“A prática de terceirizar dá ensejo a inúmeros malefícios à classe trabalhadora, como precarização de trabalho, instabilidade, desemprego, o que faz gerar alta rotatividade de mão-de-obra, redução salarial, piora nas condições de saúde e segurança, degradação do ambiente de trabalho, substituição de mão-de-obra qualificada por aquela sem qualificação, dificuldade de organização sindical etc.”²⁵

Além dos prejuízos causados por esse instituto, a proteção dos trabalhadores fica também prejudicada. Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz ainda que:

“Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.”²⁶

O trabalhador, para não sair prejudicado, deve buscar o aparato normativo e esperar que o Direito do Trabalho cumpra seu papel de protetor do empregado.

Entre os entes que contratam serviços de empresas terceirizadas, está a Administração Pública, assunto a ser tratado no tópico seguinte.

1.3 A Terceirização na Administração Pública

A terceirização é típica da iniciativa privada, mas vem crescendo dentro do âmbito público, tendo em vista que a Administração Pública “estabelece parceria com o setor privado para a consecução de determinadas atividades que não lhe são essenciais, [...] com o

²⁴ SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 134.

²⁵ COSTA, Tatiana Cesarina Torres. *A súmula 331 como instrumento de precarização laboral*. 2010. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010, p. 110.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 325.

melhor aproveitamento da máquina estatal na realização de serviços públicos essenciais à comunidade”²⁷.

Esse instituto deve ser entendido como uma mera prestação de serviços. Não se passa a terceiros prerrogativa alguma de Poder Público. Transfere-se a prestação de determinada atividade, por meio de contrato administrativo, para um particular.²⁸

Desde o Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70, houve uma manifestação normativa acerca da descentralização administrativa.²⁹ Isso permitiu ao Estado delegar determinadas atividades a terceiros, mas sempre sob sua fiscalização e controle, possibilitando a estes a execução indireta. É o que admitiu o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei em referência:

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

Desde então, tem-se tornado mais comum a contratação de serviços de empresas prestadoras de serviços pelo aparato estatal, ou seja, a contratação de empresas terceirizadas. No Brasil, há algumas formas de terceirização no contexto público previstas em lei, como a concessão, permissão e a contratação temporária.³⁰

Esses dispositivos legais ora citados tratam de atividades terceirizadas específicas, quais sejam, atividades-meio. Maurício Godinho Delgado define essas atividades da seguinte forma:

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

²⁷ SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 120.

²⁸ LANCELLOTTI, Marlos Roberto. *Os limites da terceirização para prestação de serviços na Administração Pública*. 2010. 78f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 24.

²⁹ SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues., op. cit., p. 132.

³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 146.

“Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.”³¹

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, também impôs uma restrição a esse tipo de serviço contratado pela Administração Pública. A única forma de contratação de pessoal prevista é através de concurso público, conforme o disposto em seu artigo 37, inciso II. Nesses termos, para ser investido em um cargo ou emprego público e ser considerado funcionário efetivo de um ente federativo, é preciso cumprir determinados requisitos, como ser aprovado em concurso público. Sua não observância, segundo o § 2º do mesmo artigo, implica a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

A disposição constitucional trouxe à tona uma discussão acerca da existência ou não de vínculo empregatício do terceirizado com a Administração Pública. Para haver vínculo válido, o trabalhador terceirizado teria de ingressar através de concurso público. O ente federado deve, no entanto, obedecer ao princípio da legalidade e só atribuir vínculo para aquele que prestou o concurso e nele foi aprovado.

A questão aqui é se o trabalhador, sem vínculo, teria direitos às verbas trabalhistas e se pode ser protegido pelo Direito do Trabalho. Segundo Sergio Pinto Martins³², há três correntes. A primeira defende que, por não haver vínculo, não deve ser paga qualquer verba ao trabalhador; já a segunda entende que apenas os salários devem ser pagos uma vez que o tomador não pode enriquecer-se às custas do trabalhador. A terceira corrente prega que os salários e verbas rescisórias devem ser pagos.

A verdade é que a esse tipo de trabalhador deve ser aplicado o princípio da isonomia. A Lei n. 6.019/74, em seu artigo 12, alínea “a”, garantiu “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”. Esse dispositivo se refere ao setor privado, mas deve ser aplicado de forma análoga no âmbito de contratação pela Administração Pública. Corroborando tal afirmação, em abril de 2010, foi publicada a OJ 383/SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 438.

³² MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 142.

“OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010)

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 n.º 6.019, de 03.01.1974.”

Essa orientação jurisprudencial equipara o terceirizado ao empregado de empresa tomadora de serviços, tendo ambos os mesmos direitos previstos em lei.

As restrições para as contratações na esfera da terceirização foram estabelecidas pelo legislador para assegurar que a contratação de serviços não acarrete burla ao concurso público³³.

Entretanto, esses contratos têm sido celebrados sob a forma de prestação de serviços técnicos especializados para assegurar meramente uma aparência de legalidade. O que eles fazem, na verdade, é mascarar a relação de emprego própria do ente público, ferem o interesse coletivo, fogem às normas constitucionais sobre servidores públicos, atribuem ao terceirizado caráter de funcionário de fato, sem ter esta manifestação de vontade alguma no órgão em que presta serviços, e ferem a exigência constitucional de concurso público, entre outros efeitos³⁴.

Assim, faz-se necessária a distinção entre as hipóteses permitidas de terceirização e as vedadas. A terceirização lícita diz respeito a casos excepcionais previstos no ordenamento jurídico. As figuras lícitas são quatro situações-tipo: situações empresariais passíveis de contratação de trabalho temporário, serviços de vigilância, atividades de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Encontram-se assentadas no texto da Súmula 331 do TST. A terceirização ilícita refere-se a formas de contratação não previstas pelo aparato normativo.³⁵ Cada caso concreto merece uma análise minuciosa a fim de classificar a atividade prestada como terceirização lícita ou não.

³³ LANCELLOTTI, Marlos Roberto. *Os limites da terceirização para prestação de serviços na Administração Pública*. 2010. 78f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 31.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 177-178.

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 437-439.

No caso de terceirizados, não há que se falar em prestação de concurso público: a contratação de empresas prestadoras de serviços implica passar por um processo de licitação pública. A terceirização pressupõe um contrato. Segundo o artigo 37, inciso XXI, da CF, a regra é que os serviços sejam contratados pela figura da licitação pública. Não se deve falar, então, na necessidade de concurso público e na geração de vínculo empregatício uma vez que não se trata de contratação direta de mão-de-obra.

Embora o inciso XXI do artigo 37 da CF trate da terceirização, ou seja, da contratação de serviços, há quem defenda, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que “o real objeto do contrato não é a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra”³⁶, visto que se celebra o contrato com a pessoa jurídica - empresa contratada fornecedora de mão-de-obra para o Estado - e não com servidor público. No entanto, a mesma autora admite que a prestação de serviços é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública, uma vez que esse tipo de terceirização já encontra fundamento no ordenamento jurídico, como no artigo 37, inciso XXI, da CF acima citado³⁷.

Para Sérgio Pinto Martins, também não resta dúvida quanto à possibilidade de terceirização de serviços na esfera pública. Porém, defende que “não se pode fazer a terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, pois favorece o nepotismo e as nomeações políticas, ferindo a exigência de concurso público”³⁸.

Há inúmeras atividades terceirizadas na Administração Pública, as quais incluem transporte público, coleta de lixo, serviços de limpeza e conservação.³⁹

De qualquer forma, a terceirização oferece vantagens à Administração Pública. Esta pode exercer todas as atividades essenciais para a satisfação das necessidades da população, enquanto que as atividades instrumentais, atividades-meio, são exercidas por empresas especializadas, mais competentes. Ao fazer uso da terceirização, o Estado pode fazê-la por um custo mais baixo, ao racionalizar sua estrutura.⁴⁰

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 177-178.

³⁷ *Ibidem*, p. 179.

³⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 139.

³⁹ *Ibidem*, p. 137-138.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 137.

Esse instituto é “uma forma de parceria, de objetivo comum”, uma vez que se busca aperfeiçoar e melhorar a qualidade dos serviços.⁴¹ Isso aumenta a produtividade desse ente público ao melhorar o desempenho na prestação dos serviços.

A Administração Pública é um ente que tem grande relevância no cenário político e social visto que trabalha com o intuito de atender às necessidades da coletividade. O uso do instrumento terceirização resulta em inúmeros benefícios à sociedade, visto que suas atividades estão voltadas para o meio social.

Quanto aos terceirizados, que podem sair prejudicados com a falta de suporte normativo, faz-se relevante um estudo acerca do instituto da responsabilidade presente na terceirização a fim de oferecer uma base para que eles possam exigir seus direitos e proteção jurídica, tema a ser estudado no próximo capítulo.

⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 23.

2 RESPONSABILIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Responsabilidade Civil

Dispõe o artigo 186 do Código Civil Brasileiro que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse sentido, a responsabilidade civil é atribuída ao indivíduo que comete o ilícito civil, de cunho patrimonial, para que haja uma reparação pelos danos causados a outra pessoa.⁴²

Está prevista também no artigo 927 do mesmo diploma legal citado acima:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Dessa forma, ao lesionar um bem de outra pessoa, surge uma obrigação de ressarcimento em razão do prejuízo sofrido pela vítima. A reparação do dano pode se dar no plano patrimonial, de tal forma que o bem seja restaurado ao estado em que se encontrava antes do ato lesionador. Se isso não for possível, faz-se necessária uma indenização para compensar o dano sofrido pela outra parte, através de pagamento do equivalente em dinheiro. Ainda, a reparação pode ocorrer no âmbito moral.⁴³

Responsabilidade civil se define, portanto, na aplicação de medidas com o intuito de obrigar alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato praticado pela própria pessoa, por quem ele responda ou por alguma coisa que pertença a ele ou, ainda, em razão de simples imposição legal⁴⁴.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 519.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131-133.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 40.

Devem estar presentes determinados pressupostos para que se configure de fato a responsabilidade civil. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, são quatro os elementos essenciais: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima⁴⁵.

Vale ressaltar que a presença de culpa ou dolo como elemento essencial é divergente entre doutrinadores. Possui caráter subjetivo, não sendo possível considerar como elemento básico componente da responsabilidade “um pressuposto a que falte a nota de generalidade”.⁴⁶ Há uma espécie de responsabilidade civil que não leva em conta esses aspectos inerentes ao agente, conforme será visto no decorrer deste capítulo. Assim, os requisitos a serem considerados, segundo Maria Helena Diniz, são: existência de uma ação comissiva ou omissiva, ocorrência de um dano moral ou patrimonial e nexo de causalidade entre o dano e a ação⁴⁷.

A ação ou omissão, expressa no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, refere-se a ato que cause lesão a uma terceira pessoa. Pode ensejar responsabilidade em razão de ato do próprio lesionador, de outra pessoa sob sua guarda ou ainda pode derivar de danos causados por coisas e animais pertencentes a ele.⁴⁸ Entra aqui a noção de responsabilidade direta e indireta, que será descrita no tópico seguinte.

A causalidade é o pressuposto que se refere à relação de causa e efeito entre o ato lesionador e o dano verificado.⁴⁹ Ausente esse nexo causal, não há obrigação de indenizar, e, conseqüentemente, não se atribui responsabilidade a ninguém.

O último elemento fundamenta-se na última parte do artigo 186, do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe: “violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. Trata-se do dano causado a um terceiro, o qual tem que ser provado para que haja a responsabilização do responsável. Só ocorrerá a obrigação de indenizar se existir, simultaneamente, violação de direito e do dano⁵⁰.

Já o elemento divergente na doutrina, culpa ou dolo do agente, refere-se ao ato voluntário (no caso de dolo) ou à negligência ou imprudência por parte do lesionador

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contém análise comparativa dos Códigos de 1916 e 2002*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 28.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42-43.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 53.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 54.

(culpa), também previstos no artigo supracitado. Ambos devem ser provados pela parte lesionada, levando à responsabilidade subjetiva. A lei, no entanto, permite a incidência da responsabilidade mesmo sem existir a culpa, em casos específicos, pela sua dificuldade em ser comprovada; é o caso da responsabilidade objetiva. Logo, esse elemento não é essencial a todo tipo de responsabilidade.

2.2 Espécies de Responsabilidade

A responsabilidade civil apresenta-se sob espécies diversas. Quanto ao seu fato gerador, a responsabilidade civil se desdobra em contratual e extracontratual. A primeira implica um contrato, um acordo prévio entre as partes que impõe a reparação de um dano à pessoa lesada. O contrato é o vínculo jurídico que representa a vontade das partes contratantes; ao ser celebrado, faz lei entre as partes. Assim, o inadimplemento de uma parte pode obriga-la a reparar a lesão causada a outrem, conforme previsão no artigo 389 do Código Civil Brasileiro. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, conhecida também como responsabilidade aquiliana, baseia-se em um ato ilícito causador do dano, violando dever jurídico imposto por lei. Por não se tratar de um contrato, esse tipo de responsabilidade não pressupõe um vínculo entre as partes, ou seja, não existe vínculo jurídico prévio entre a vítima e o causador do dano quando este pratica o ato ilícito⁵¹. Está prevista no artigo 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No que se refere ao agente, a responsabilidade classifica-se em direta e indireta. A responsabilidade direta é aquela do próprio causador do dano, ou seja, da pessoa que cometeu o ato prejudicial a outrem, cabendo a ela responder pelos seus próprios atos. A indireta diz respeito ao ato de um terceiro, o qual será responsabilizado pelo prejuízo causado, mesmo que não tenha concorrido de forma direta pelo fato lesionador.⁵² Esse tipo de responsabilidade “se promana de ato de terceiro, vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisas inanimadas sob sua guarda”.⁵³ Salienta-se que, no caso de pessoa jurídica, configura-se

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Saraiva, 2010, p. 55.

⁵¹ *Ibidem*, p. 44.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 75.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128.

a responsabilidade direta uma vez que esta age através de seus órgãos. “Os atos dos representantes são atos da própria pessoa jurídica”⁵⁴.

Já no tocante ao seu fundamento, há a responsabilidade subjetiva e objetiva. A primeira implica a presença de culpa, fator associado ao comportamento da pessoa. Também chamada de teoria da culpa, estabelece que só se pode responsabilizar o causador do dano se comprovado o exercício de ato provido de culpa ou dolo, possibilitando assim a indenização pelo prejuízo causado.⁵⁵ O Código Civil Brasileiro adotou a responsabilidade subjetiva como regra, tendo como embasamento legal o artigo 186, dispositivo que exige dolo ou culpa para a obrigação de reparar o dano.

Por outro lado, a lei impõe, em certos casos, a reparação de um dano cometido sem haver culpa. É o que ocorre na responsabilidade objetiva, onde se deixa de lado a exigência de prova de culpa do agente. Responsabiliza-se o agente quando houver uma relação de causalidade entre o ato lesionador e a lesão em si, implicando no dever de indenizar.⁵⁶ Encontra respaldo legal em diversos diplomas. No próprio Código Civil Brasileiro, pode ser encontrado esse tipo de responsabilidade, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 927 que obriga a reparação do dano, independentemente de culpa. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, obriga a reparação de danos pelo fornecedor aos consumidores, independentemente de culpa. Na Constituição, há previsão no artigo 37, § 6º: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. A responsabilidade objetiva é também prevista em diversas leis, como a Lei n. 6.938/91, que cuida dos danos causados ao meio ambiente, e na Lei de Acidentes do Trabalho (8.213/91).⁵⁷

O que importa, no âmbito da responsabilidade objetiva, é a ocorrência do fato causador do dano e não a culpa. Assim, essa modalidade de responsabilidade está associada à Teoria do Risco. A teoria objetiva, ou do risco, defende a ideia de que, ao exercer alguma atividade, os indivíduos criam um risco de dano para outrem, contraindo a responsabilidade pela sua reparação, mesmo que a conduta esteja isenta de culpa.⁵⁸

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 105.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 48-49.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 49.

2.3 Responsabilidade Civil da Administração Pública

No setor público, fala-se em responsabilidade civil quando um funcionário do Estado - servidor público – ou, ainda, um particular prestador de serviço público causa lesões patrimoniais a outrem. Assim, atos lesivos praticados por agentes do Estado, no exercício de sua função ou em razão dela, ensejam a responsabilidade do ente estatal.⁵⁹

Há duas hipóteses de lesão causada por agente público: dano causado ao Estado, e dano causado a terceiros.⁶⁰ Esses efeitos serão estudados nos casos de responsabilidade elencados abaixo.

2.3.1 A responsabilidade por danos decorrentes do serviço público

Antigamente, prevalecia a ideia da irresponsabilidade absoluta do Estado.⁶¹ No entanto, conforme o exposto no tópico anterior, hoje há previsão quanto à sua responsabilidade objetiva, assim como subjetiva. De acordo com seu artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

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

Percebe-se que no caso de agentes públicos praticarem ato danoso, haverá transferência da responsabilidade ao órgão em que atuam, ao qual mantêm um vínculo. Esse agente pode tanto ser ocupante de função pública quanto particular exercendo serviço público. Assim, caberá ao Estado a obrigação de indenizar.⁶² Importante salientar que imprescindível faz-se a presença do nexo de causalidade entre o dano e a execução do serviço público.⁶³ Em outras palavras, ensinam Cruz e Creuz e André Filho:

“Para o Direito Público, a responsabilidade civil do Estado e dos prestadores de serviços públicos é objetiva, bastando a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano, independentemente de culpa. O Estado é responsável e obrigado a reparar os danos que tenha causado, quer por atos

⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 104.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 519.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148.

⁶² *Ibidem*, p. 149.

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

lícitos, quer por atos ilícitos. Faz-se necessária a relação de causa e efeito entre o comportamento lesivo do Estado e o dano.”⁶⁴

Por tratar-se de responsabilidade objetiva, não há necessidade de ação ou omissão culposa ou dolosa. O que se exige é o mero resultado referente ao dano causado a terceiros, pelo qual responderá o ente federado.⁶⁵ O Estado, segundo disposição constitucional, poderá ingressar com ação de regresso contra terceiro responsável ou contra agente do serviço público causador do dano.

O artigo 37, § 6º, da CF, evidencia a adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público na ordem constitucional, mas sob a modalidade do risco administrativo. Isso significa dizer que a responsabilidade atribuída ao órgão do setor público pode ser reduzida ou até mesmo excluída se provada a culpa parcial e concorrente ou exclusiva da vítima.⁶⁶

2.3.2 A responsabilidade por atos omissivos

O fato lesivo pode decorrer tanto de uma ação quanto de uma omissão. Assim, há situações em que o dano causado provém de atos omissivos por parte dos agentes de serviço público. Caracteriza-se por ser uma conduta negativa onde o indivíduo deixa de agir.⁶⁷

Discorre Celso Antonio Bandeira de Mello: “no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva”⁶⁸. Nesse contexto, exige-se a presença de culpa ou dolo. Eis o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

"A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público [...], responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, [...] admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público [...]. Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma

⁶⁴ CREUZ E CRUZ, Luís Rodolfo; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício. Responsabilidade Civil da Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano I, n. 10, outubro de 2006, p. 102.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

⁶⁶ Ob. loc. cit..

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., 156.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

genérica.” (STF, 2ª T., RE 179.147/SP – Rel. Carlos Velloso - j. 12.12 1997 - RT 753/156)

Por outro lado, há entendimento jurisprudencial referente a casos em que a responsabilidade objetiva do Estado foi reconhecida no tocante a atos omissivos. Exemplo disso é na ocorrência de assassinato de presos por companheiro de cela (STF, RE 466.322-AgR/MT)⁶⁹ e ainda em situação de colisão com animal em via pública (STF, AI 855.343/MG)⁷⁰. Assim, é possível afirmar que a jurisprudência, não obstante alguma divergência, “tem entendido que a atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva”⁷¹. Nesse esteio, o dano causado à vítima não exige a presença de culpa ou dolo, os quais não precisam ser provados. A omissão, seja ela voluntária ou decorrente de negligência, imperícia ou imprudência, obrigará o Estado a indenizar. Exige-se, ainda, que a omissão seja causa direta e imediata do dano⁷².

O Ente Público, em razão da responsabilidade civil que lhe é cabida, responderá, então, pelos danos que seus agentes venham a causar no pleno exercício de sua função, seja por atos comissivos ou omissivos.

2.3.3 A responsabilidade contratual

Conforme descrito acima, a responsabilidade contratual é aquela que decorre de manifestação da vontade das partes, as quais celebram um negócio jurídico conhecido como contrato. Aquele contrato considerado válido e eficaz obriga seu cumprimento pelas partes contratantes de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*⁷³.

Ante o inadimplemento de dever fixado em contrato, caberá ao devedor provar a inexistência de sua culpa ou a configuração de qualquer excludente da obrigação de

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443710>>. Acesso em 25abril.2013.

⁷⁰ Ibidem. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2663120>>. Acesso em 25abril.2013.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

⁷² Ob. loc. cit..

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 406.

indenizar.⁷⁴ Segundo o artigo 389 do Código Civil Brasileiro, “não sendo cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos”.

Para caracterizar a responsabilidade contratual do agente causador da lesão, determinados requisitos devem estar presentes. É preciso existir um contrato propriamente dito, o qual deve ser considerado válido a fim de gerar direitos e obrigações. Além disso, a descumprimento da obrigação deve emanar desse negócio jurídico, ressaltando-se que, no caso de ser um dever geral de conduta descumprido, passa-se para o âmbito da responsabilidade extracontratual.⁷⁵

O último requisito diz respeito ao efeito causado pelo descumprimento daquilo que foi acordado entre as partes; ou seja, o ato causador do fato lesivo deve ter causado prejuízo ao outro contratante. Assim, havendo de fato um dano causado, a parte lesionada pode pedir indenização por perdas e danos.⁷⁶

No caso de o dano não decorrer de ato praticado pelos pactuantes, dispõe Sílvio de Salvo Venosa:

“Se o prejuízo do contrato é ocasionado por terceiros, sem qualquer relacionamento com o contratante, o dever de indenizar contratual somente poderá surgir se fizer parte da avença. Caso contrário, o terceiro responderá nos termos do art. 186.”⁷⁷

No direito público, é permitido firmar contratos entre a Administração Pública e particulares e entre as próprias entidades públicas. O que se deve observar é o resguardo do interesse coletivo, que deve estar sempre acima dos interesses privados. Nesses tipos de contrato, a Administração tem um papel fundamental, que é o de fiscalização da execução das atividades previstas no acordo, nos termos dos artigos 58, inciso III, e 67 da Lei de Licitações. Assim, possibilita-se garantir o adimplemento das disposições contratuais e, conseqüentemente, evitar gerar prejuízos a terceiros e à própria sociedade.

Quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, a responsabilidade será do empregador contratado, ou seja, a empresa contratada é quem responderá pelos encargos devidos aos servidores, conforme dispõe o *caput* do artigo 71 da Lei n. 8.666/93.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128.

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 510.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 509-510.

Ao contratar com empresas terceirizadas, a ideia da responsabilidade toma outro rumo. Quem se torna empregador é a organização que oferece a prestação dos serviços e não o ente público beneficiado pelos serviços prestados. Discute-se a obrigação da Administração Pública frente aos encargos trabalhistas, em sendo inadimplente a empresa terceirizada, tema do capítulo terceiro.

⁷⁷ Ibidem, p. 510.

3 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO

O tomador de serviços é aquele que contrata com a empresa de terceirização para receber a prestação de labor. Trata-se de um dos polos da relação trilateral presente na terceirização, formada também pela empresa terceirizada e os próprios terceirizados. O vínculo jurídico desses últimos é com a empresa de terceirização. No entanto, os serviços prestados são para a tomadora de serviços, qual seja, a Administração Pública.⁷⁸ Em caso de inadimplemento por quaisquer das partes contratantes, deve a responsabilidade ser atribuída a um desses polos.

3.1 Espécies de Responsabilidade

Na terceirização, no caso específico do tomador de serviços, surgem duas formas de responsabilização patrimonial do terceiro tomador. Esse tema será tratado no presente capítulo. No entanto, cabe uma prévia explicação acerca dos institutos da responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária.

3.1.1 Solidária

A responsabilidade solidária tem previsão no Código Civil Brasileiro, a partir do artigo 264: “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Nesse sentido, esse instituto “implica multiplicidade de credores e devedores, ou, ainda, de ambos, bem como unidade de prestação e co-responsabilidade dos interessados. O traço marcante é que a prestação pode ser exigida de forma integral”⁷⁹.

Há dois tipos de solidariedade: ativa e passiva. Na primeira, cada credor pode exigir do devedor o cumprimento da dívida por inteiro, conforme previsão no artigo 267 do Código Civil. A segunda refere-se à situação em que o devedor pode incorrer no resgate da

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

⁷⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 254.

prestação por inteiro, mesmo devendo apenas uma parte dela, pois se permite ao credor cobrar a prestação em sua totalidade⁸⁰.

Na solidariedade passiva, todas as partes da relação jurídica responderão igualmente pelas obrigações, podendo o credor exigir o pagamento de qualquer devedor para a extinção da dívida. É o que prevê o artigo 275, do Código Civil, ao dizer que “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

De acordo com o artigo 265, também do Código Civil, esse tipo de responsabilidade não se presume. Tem que estar previsto, expressamente em lei ou decorrer da vontade das partes em contrato.

Ocorre que, no Direito do Trabalho, dificilmente a responsabilidade solidária vai decorrer do contrato, visto que o tomador de serviços não terá interesse em responder pelos encargos do prestador dos serviços⁸¹.

Enquanto que a solidariedade ativa não é pacífica na seara do Direito do Trabalho, pode-se encontrar a solidariedade passiva em alguns preceitos legais.⁸² Por exemplo, na CLT, em seu artigo 2º, § 2º, e na Lei n. 5.889/73, aplica-se a responsabilidade solidária aos grupos de empresas, sendo responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas ou, no caso de empresas rurais, coordenadas. Na Lei do Trabalho Temporário (n. 6.019/74), o artigo 16 expressa a solidariedade em caso de falência da empresa de trabalho temporário, situação em que a empresa tomadora ou cliente torna-se solidariamente responsável por encargos previdenciários, pela remuneração e indenização. Ainda, a Lei n. 8.212/91 prevê que “o proprietário, o incorporador [...], o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária [...] são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações com a Seguridade Social” e também que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”⁸³.

De qualquer forma, em caso de omissão, aplica-se o exposto no Código Civil Brasileiro uma vez que, de acordo com o artigo 8º, parágrafo único, da CLT, “o direito

⁸⁰ SOUZA, Mauro César Martins. Responsabilização do tomador de serviços na terceirização. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. São Paulo, n. 33, 2001, p. 310.

⁸¹ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 135.

⁸² *Ibidem*, p.136.

comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.⁸⁴

3.1.2 *Subsidiária*

A palavra *subsidiária* significa secundário. É uma espécie de benefício de ordem.⁸⁵ Primeiramente executam-se os bens do devedor primário. Não sendo encontrados, ou ainda na hipótese de serem insuficientes para o exaurimento da dívida, só então os bens do devedor subsidiário serão executados.⁸⁶

Há algumas situações na lei, como a referente à responsabilidade dos sócios. Segundo o artigo 596 do Código de Processo Civil, “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”.

Outra situação é a que ocorre com a figura do tomador de serviços. A subsidiariedade decorre do dever que a empresa tomadora dos serviços tem de fiscalizar se as obrigações trabalhistas da empresa contratada estão sendo cumpridas. Assim, a tomadora deve ser inserida na relação jurídica processual quando da inadimplência por parte da prestadora de serviços para que possa ser responsabilizada.⁸⁷

Em outras palavras, entende-se que o devedor principal, conhecido como a empresa prestadora de serviços, ao ser inadimplente com obrigações devidas aos empregados, torna responsável o devedor secundário, que é a empresa tomadora dos serviços. Dessa forma, o empregado poderá receber o pagamento daquela empresa beneficiada pela prestação de seus serviços, ou seja, da tomadora sempre que a prestadora não tiver bens suficientes para satisfazer a dívida.⁸⁸ Ressalta-se que a tomadora será condenada, mas a execução só ocorrerá contra ela se frustrada a execução contra a empregadora, conforme o seguinte entendimento pacificado: “O direcionamento da execução contra o tomador de serviços em razão da

⁸³ BRASIL. Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991, artigo 30, incisos VI e IX. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm>. Acesso em 25abril.2013.

⁸⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 135.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 135-137.

⁸⁶ SANTOS, Selma Oliveira Silva dos. A Responsabilidade Subsidiária do Ente Público na Terceirização de Serviços. *Revista Procuradoria-geral do Banco Central*. Brasília, v. 4, n. 1, junho 2010, p. 101.

⁸⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 413.

⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 134.

responsabilidade subsidiária reconhecida, somente deve ocorrer após as tentativas frustradas de se promover a execução contra o devedor principal [...].⁸⁹

A responsabilidade do Ente Público encontra respaldo na legislação e jurisprudência, assunto que será abordado no tópico a seguir.

3.2 Evolução da Matéria

Já foi visto no capítulo anterior que os danos decorrentes do serviço público ensejam a responsabilidade do Estado por atos comissivos, independentemente de culpa do agente público. Isso se dá em razão da teoria adotada pelo sistema jurídico brasileiro - teoria do risco administrativo -, a qual engloba a responsabilidade objetiva. No tocante aos atos omissivos, a responsabilidade assume um caráter subjetivo, de acordo com o entendimento do STF. Quanto à responsabilidade contratual, devem ser respeitados os termos previstos no próprio contrato, devendo a Administração Pública agir com sua função de fiscalização, de acordo com os artigos 58, inciso III, e 67 da Lei n. 8.666/93. Deve-se visar sempre ao bem da coletividade, em consonância com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado⁹⁰.

No caso da terceirização, surge uma terceira parte na relação jurídica. Assim, quando os terceirizados saem prejudicados, eles devem recorrer à lei para buscar proteção aos seus direitos garantidos pelos normativos legais. O princípio constitucional da proteção ao trabalhador, previsto no artigo 7º, *caput*, da CF, deve ser respeitado.

A fim de verificar qual a responsabilidade que caberá ao tomador de serviços, primeiro será feita uma análise acerca da evolução da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 Artigo 455 da CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – tratou da terceirização sob a forma de subempreitada, figura utilizada por empresas de construção civil ao contratarem com terceiros para que estes realizem serviços em obras.⁹¹ Dispõe o artigo 455 da CLT:

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 382-2008-000-10-00-2 Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran. 5 dez.2008. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?np=00382-2008-000-10-00-2&nj=PEDRO%20LUIS%20VICENTIN%20FOLTRAN&npvoto=161494&tp=IUJ>>. Acesso em 08maio.2013.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68-69.

⁹¹ MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54.

“Art. 455: Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

O subempreiteiro é a pessoa ou empresa contratada para prestar serviços ao empreiteiro principal. Interpretando o dispositivo acima, percebe-se que o subempreiteiro é o responsável direto pelas obrigações trabalhistas. No entanto, o empregado poderá propor ação tendo como litisconsorte aquele que chamou o subempreiteiro para trabalhar - empreiteiro principal -, independentemente de falta de idoneidade financeira do subempreiteiro⁹².

Observa-se que os encargos devidos decorrentes do contrato de trabalho ensejam a responsabilidade do subempreiteiro, podendo os empregados, no entanto, exigir os encargos trabalhistas do empreiteiro principal ao qual é atribuída a responsabilidade subsidiária.⁹³ É o que defende Maurício Godinho Delgado:

“A doutrina e a jurisprudência tendiam a considerar a responsabilidade [...] como solidária. [...] Hoje, contudo, a partir da uniformização jurisprudencial sedimentada pela Súmula 331, IV, do TST, engloba-se também a situação-tipo aventada pelo art. 455 da CLT, no cenário jurídico geral da terceirização, passando-se a considerar como subsidiária a responsabilidade do empreiteiro principal [...].”⁹⁴

No entanto, as instâncias trabalhistas têm apontado para a solidariedade há alguns anos, conforme julgado do TST:

“CONTRATO DE SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPREITEIRA PRINCIPAL. Na hipótese de subempreitada, o empreiteiro principal responde solidariamente pelas dívidas trabalhistas contraídas pelo subempreiteiro, nos termos do artigo 455 da CLT.” (RR 487-54.2010.5.15.0073. 2ª Turma, José Roberto Freire Pimenta, julgamento em 14/12/2011)

Quanto aos tomadores de serviços fora das subempreitadas, a jurisprudência de tribunais do trabalho tem firmado entendimento no sentido de aplicar a responsabilidade subsidiária, conforme será analisado no subtópico seguinte.

⁹² MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54.

⁹³ Ob. loc. cit..

⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 473.

3.2.2 Súmulas do TST

Em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n. 256, que tratava da contratação de trabalhadores por empresa interposta de forma excepcional, permitindo-a apenas em casos específicos:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

O TST, por meio desse texto, regulamentou a terceirização. Reuniu as disposições legais já existentes em um só entendimento sumular. No entanto, tratava-se de uma redação abstrata sem menção ao instituto da responsabilidade.

Os únicos casos passíveis de terceirização, de acordo com tal orientação, diziam respeito ao trabalho temporário e ao serviço de vigilância e transporte de valores. Outras formas de intermediação de mão-de-obra, relativas tanto a atividades-fim quanto a atividades-meio, não eram admitidas. Por apresentar atividades específicas, restringia a aplicação do dispositivo presente no Decreto-lei n. 200 de 1967, o qual, em seu artigo 10, § 7º, permitia à Administração Pública a execução indireta de atividades-meio de uma forma geral.

Nesse sentido, o Poder Público ficou limitado no tocante à descentralização de suas atividades, muitas das quais não poderiam ser executadas por terceirizados. Além disso, carecendo ainda de previsão legal, a responsabilidade de empresa interposta necessitava de um dispositivo para que aqueles prejudicados pudessem recorrer ao Judiciário para verem garantidos, da melhor forma, seus direitos como trabalhador. Na orientação de 1986, não se regulamentava a responsabilidade frente a prejuízos sofridos pelo trabalhador.

Já em 1993, através da Resolução n. 23, o TST revisou o Enunciado n. 256, reformulando e alterando o seu conteúdo, o qual passou a compor um novo enunciado, de n. 331:

“ENUNCIADO N° 331

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 03.01.74).

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

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

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

De qualquer forma, os incisos I e III confirmam o conteúdo da súmula anterior, cancelada, de que não se forma vínculo de emprego com o tomador dos serviços no caso de trabalho temporário e serviços de vigilância. Foi dada, por sua vez, na nova redação, uma abrangência maior quanto às atividades-meio passíveis de terceirização como as tarefas de conservação e limpeza e serviços especializados. Isso possibilitou à Administração delegar mais serviços a terceiros.

O segundo inciso fala da indiferença da contratação de empresa interposta quando o tomador de serviços é a própria Administração Pública. Deixa claro que não haverá formação de vínculo do trabalhador com a empresa tomadora dos serviços para garantir que não haja violação à Constituição Federal. No artigo 37, inciso II, do diploma referido, determina-se que só se pode ingressar no serviço público através de concurso público.

Já o último inciso inovou ao atribuir de forma clara a responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços no cenário de inadimplência da empresa prestadora dos serviços (empregador). Os requisitos para tanto se referem à participação do tomador na relação processual e a inclusão de seu nome no título executivo judicial.

Mesmo não se fazendo menção direta à responsabilidade de órgãos públicos, a Administração Pública, com essa orientação, ficava responsável por encargos trabalhistas quando não cumpridos pelo empregador. Muitas vezes ela se tornava vítima das empresas prestadoras dos serviços⁹⁵, pois o Estado responderia por sua inadimplência.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Voto da Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>, p. 48. Acesso em 01maio.2012.

No ano de 2000, a Resolução n. 96 alterou o item IV do Enunciado n. 331 do TST, o qual recebeu a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

A mudança de texto implicou na explicitação da responsabilidade subsidiária do Poder Público. A alteração fez ainda menção ao artigo 71 da Lei de Licitações, com o objetivo de deixar claro que a orientação sumular valeria mesmo diante desse dispositivo legal.

Com base nesse artigo 71, § 1º (Lei n. 8.666/93), no caso de contratação pela Administração Pública, esta ficaria desobrigada das obrigações trabalhistas devidas, atribuindo-se a responsabilidade exclusivamente à empresa contratada. Mesmo em caso de inadimplência do contratado, a reponsabilidade pelo pagamento dos encargos não se transferiria ao Estado. No entanto, a redação atribuía ainda assim a responsabilidade subsidiária à Administração Pública. Isso ensejou uma discussão dentro dos tribunais do trabalho, assunto a ser tratado adiante.

Em 2003, o TST, por meio da Resolução n. 121, resolveu, por unanimidade, cancelar o Enunciado n. 256 e consignar a manutenção do Enunciado n. 331. Sendo assim, foi mantida sua redação do ano de 2000. Como a Súmula 331 já englobava o teor da Súmula 256 e, tendo esta um conteúdo que restringia a prestação de serviços por terceiros, acabou sendo cancelada, não gerando mais efeitos no campo da terceirização.

No âmbito da controvérsia gerada, o enunciado foi alterado novamente, em 2011, pela Resolução n. 174, mudando a redação do inciso IV e havendo a inserção de dois itens. Essa alteração mais recente será vista no último capítulo desse estudo.

Resta clara a posição do TST em se atribuir responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços em havendo encargos trabalhistas devidos ao terceirizado. Nas palavras de Salvino e Ferreira:

“[...] a responsabilidade da Administração Pública na terceirização, segundo entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho, surge do fato de responder por atos e omissões de seus prepostos. Beneficiada pela prestação de serviços, deve responder pela inadimplência do prestador de serviços, por culpa *in eligendo* e *in vigilando*.”⁹⁶

Contestando essa súmula, diz Pastore que “a falta de segurança jurídica para as contratantes e a precária proteção trabalhista aos empregados das contratadas decorrem em grande parte da ausência de uma legislação moderna sobre terceirização”.⁹⁷ Diz ainda que:

“O Enunciado deixa de focar o que é o essencial – a proteção dos trabalhadores – para se dedicar ao secundário – a distinção entre fim e meio que, aliás, não estão definidos em nenhum lugar – o que gera grande insegurança jurídica para as empresas. Muitas são autuadas e processadas porque o auditor fiscal e o juiz “acharam” que determinada atividade dizia respeito ao fim e não ao meio.”⁹⁸

3.3 A Responsabilidade dos Tomadores de Serviços Estatais

No âmbito do Direito do Trabalho, o empregado demandará do seu empregador o cumprimento das obrigações trabalhistas. Deve exigí-lo para não ter seus direitos desrespeitados, visto que lhe é cabível o recebimento de tais encargos.

No setor público, especificamente, o trabalhador vai exigir do Ente Público o cumprimento das obrigações trabalhistas. No entanto, entrando na seara da terceirização, surge um terceiro polo, conforme já estudado anteriormente. A relação de trabalho passa a ser entre o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e o tomador dos serviços. Nesse contexto, surge uma controvérsia acerca do papel que deve ser atribuído ao Estado em havendo inadimplemento das verbas devidas ao empregado, visto que o contratante direto não é o ente estatal. Preleciona Sérgio Pinto Martins:

“O não-pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Isso indica que a tomadora dos serviços tem culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas.”⁹⁹

⁹⁶ SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 141.

⁹⁷ PASTORE, José. Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei. *Revista TST*, vol. 74, n. 4, out/dez de 2008, p. 131.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 134.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 134-135.

Esse pensamento insinua a responsabilidade subjetiva, a qual pode ser configurada em caso de omissão. Como já explicitado no capítulo anterior, o STF entende que a responsabilidade civil deve ser aplicada de forma objetiva quando da prática de atos ilícitos pelos seus agentes. Por outro lado, aplica-se subjetivamente quando configurar omissão por parte das pessoas jurídicas de direito público ou privado. Parece ser esse o entendimento mais correto.

Nesse sentido, em situação de omissão das tomadoras de serviços, elas podem responder de forma subsidiária.

No âmbito do Poder Público, a questão das duas figuras de culpa, *in eligendo* e *in vigilando*, incide em razão das seguintes situações:

“Quando a Administração Pública celebra um contrato de prestação de serviços, fica investida no poder de fiscalizar o serviço. Com efeito, é dever de o tomador exigir uma prestação em caráter geral, permanente, regular e eficiente. E, para garantir a qualidade deste serviço, à Administração Pública é concedido o poder-dever de fiscalização sobre as empresas prestadoras de serviços, com amplos poderes de aferição de sua administração. A não-observância desse poder-dever ou, cumprindo-o, constatadas irregularidades sem tomar as providências devidas, caracteriza culpa *in vigilando*.”

Da mesma forma, quando a Administração Pública contrata empresa prestadora de serviços sem idoneidade financeira capaz de adimplir os créditos trabalhistas dos empregados contratados, age com culpa *in eligendo*.¹⁰⁰

Conforme explicitado no presente capítulo, a Súmula 331 do TST tratava expressamente da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, de uma forma geral sem especificar situações em que isso seria cabível. Em seu inciso IV, atribuía ao tomador a obrigação de pagamento ao empregado quando a empresa contratada, ou seja, a empresa terceirizada, simplesmente incorresse no inadimplemento dos encargos trabalhistas.

No caso da Administração Pública, o vínculo com o empregado terceirizado não pode ser formado. De qualquer forma, o TST atribuiu igualmente ao ente público a obrigação pelo pagamento das verbas trabalhistas, caso a empresa prestadora de serviços incorra no inadimplemento quanto à satisfação de tais créditos.

Nesse esteio, o entendimento do TST era no sentido de responsabilizar objetivamente o Poder Público por encargos trabalhistas. A orientação da Súmula 331 gerou discussão ao ser comparada com o enunciado do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93. Para

¹⁰⁰ SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 141.

firmar um entendimento único e sanar essa polêmica, o STF julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de n. 16¹⁰¹, objeto de análise do próximo capítulo.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradoria Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em 01 maio 2012.

4 A DIMENSÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA ADC 16

4.1 Resumo da Controvérsia

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, obriga a Administração Pública Direta e Indireta a contratar mediante processo de licitação pública. A fim de regulamentar esse dispositivo constitucional, foi criada a Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993.

A Lei de Licitações discorre sobre a responsabilidade objetiva dos órgãos públicos frente a obrigações trabalhistas. Conforme o disposto em seu artigo 71:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

O contratado a que se refere o artigo é a empresa terceirizada contratada pela Administração Pública. De acordo com a lei em referência, nos casos de inadimplência quanto aos encargos trabalhistas por parte da empresa contratada, encontra-se ainda assim excluída a responsabilidade dos entes públicos. Dessa forma, estes se encontram isentos de responsabilidade no tocante a obrigações trabalhistas devidas a terceirizados.

Enquanto a Lei de Licitações exclui a responsabilidade do Poder Público, o inciso IV da Súmula 331 do TST atribuía a responsabilidade subsidiária objetiva à Administração Pública no mesmo cenário de inadimplência quanto aos encargos trabalhistas, conforme estudado no capítulo anterior.

Percebe-se, nesse sentido, uma confusão criada no ordenamento jurídico. Isso ensejou julgamentos diversos por parte de juízes da seara trabalhista por todo o país, ora decidindo a favor da Lei n. 8.666/93¹⁰², ora defendendo a disposição sumular do TST¹⁰³.

¹⁰² Jurisprudência do TST, como: RR 411085/1997, 5ª Turma, 3ª Região, Relator Ministro Nelson Antônio Daiha, publicado no DJU de 20/11/98; e RR 464542/1998-6, 5ª Turma, 2ª Região, Relator Min. Armando de Brito, publicado no DJU de 27/11/98.

A fim de encerrar de vez essa controvérsia, foi ajuizada, em 5 de março de 2007, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 pelo Governador do Distrito Federal em face do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações:

“A norma objeto da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, a despeito de sua constitucionalidade evidente e manifesta, tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, § 1º, da Lei Federal n. 8.666/93.”¹⁰⁴

Dessa forma, a ADC 16:

“Se justifica plenamente na medida em que o artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 encontra-se com a presunção de constitucionalidade enfraquecida, diante da edição do Verbete n. 331, especialmente o inciso IV, da súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho. Necessária a intervenção da Corte Maior para restabelecer a força normativa do artigo 71, § 1º, determinando a abstenção de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica pela Corte conferida.”¹⁰⁵

Faz-se uma crítica à linha de interpretação conferida pelo TST em seu enunciado, pois, “em vez de proteger o trabalhador, essa hermenêutica termina por resguardar as empresas fraudulentas, transferindo o ônus para o Estado, como se este fosse de fato o Segurador Universal da Humanidade”.¹⁰⁶

4.2 O Julgamento

No mesmo ano em que foi ajuizada a referida ação, foi negado o pedido de liminar na ADC 16. O Ministro Cezar Peluso, relator, argumentou que a complexidade da matéria era tamanha que não teria como decidir individualmente.¹⁰⁷

¹⁰³ Jurisprudência do TST, como: RR 200500-44.2005.5.08.0007, 3ª Turma, Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 20/02/2008, publicado em 18/03/2008; e AIRR 200540-89.2000.5.15.0012, 5ª Turma, Relator Emmanoel Pereira, julgado em 20/08/2008, publicado em 05/09/2008.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Ação Direta de Constitucionalidade n.16*. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragozo Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 2.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 8.

¹⁰⁶ Ob. loc. cit..

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluso que indeferiu a liminar – (julgamento em 10/05/2007; publicação em 17/05/2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em: 15março.2013.

Já na sessão plenária de 10 de setembro de 2008, o relator não conheceu da ação. Segundo ele, restou configurada carência da ação, por falta de interesse processual ou de agir. O Governador do DF, autor da ação, não demonstrou a declaração da inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, em decisões de outros tribunais. Para o relator, não houve “demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma, como requisito indispensável à instauração do processo de controle abstrato de constitucionalidade”¹⁰⁸. Ainda, entendeu que declarar a constitucionalidade do objeto da ação não surtiria efeitos práticos visto que não afastaria o enunciado, tampouco jurisprudência do TST.¹⁰⁹ Afirmou que “a responsabilidade que a Justiça Trabalhista tem reconhecido à Administração Pública, nos casos concretos, decorre do exame destes”.¹¹⁰ Assim, propôs o relator o indeferimento da petição inicial.¹¹¹

O Ministro Marco Aurélio admitiu haver conflito entre a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei de Licitações. Divergiu do voto do relator e admitiu a ADC em questão.¹¹² Para ele, a declaração da inconstitucionalidade ensejaria uma revisão do verbete por parte do TST.¹¹³

Com base nesses votos, o Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos, suspendendo o julgamento, que só foi retomado em 2010.¹¹⁴

No dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações. O Plenário votou por maioria no sentido de dar provimento à ADC 16.¹¹⁵

Durante os debates no julgamento da ADC 16, dois dispositivos legais foram citados a fim de explicitar a consonância do artigo objeto da ação com outros presentes no ordenamento jurídico, fundamentando a plena validade do dispositivo da Lei de Licitações. São eles: o artigo 37, § 6º, da CF, e o artigo 2º, § 2º, da CLT, nos quais há previsão do

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 7.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 14.

¹¹⁰ Ibidem, p. 15.

¹¹¹ Ibidem, p. 10.

¹¹² Ibidem, p. 12-13.

¹¹³ Ibidem, p. 17.

¹¹⁴ Ibidem, p. 19.

¹¹⁵ Ibidem, p. 65.

instituto responsabilidade. Foram utilizados como argumento pela Ministra Cármen Lúcia¹¹⁶ e pelo Ministro Marco Aurélio¹¹⁷,

A Constituição Federal de 1988 trata da responsabilidade objetiva do Estado frente a eventuais danos causados por seus agentes. Segundo o artigo 37, § 6º, da CF: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Trata-se claramente do princípio da responsabilização do Estado dentro da Teoria do Risco.

Em razão de ato praticado por agente público que aja nessa qualidade, o ente estatal responderá por eventuais danos, não excluindo a possibilidade de regresso contra esse agente.

Conforme o artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, isenta estará a Administração Pública nessa situação visto que a empresa terceirizada não se configura como agente público; a empresa não faz parte da Administração Pública. Mais especificamente, no caso de o aparato estatal ter contratado uma empresa prestadora de serviços e esta ter causado dano a outrem, em razão de inadimplência frente aos encargos trabalhistas, não cabe responsabilização ao Estado. Assim, esse dispositivo legal não contraria o disposto no artigo 37, § 6º, da CF, estando ambos em perfeita consonância. De acordo com a Ministra Carmen Lúcia:

“A responsabilidade contratual da Administração Pública é uma coisa; a responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é esta que decorre do dano, é outra coisa. O Estado responde por atos lícitos, que são aqueles do contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então, são duas realidades. O § 6º do art. 37 da Constituição só trata da responsabilidade administrativa extracontratual por atos ilícitos.”¹¹⁸

Outro diploma legal que trata da responsabilidade, mas sob a ótica trabalhista, é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Dispõe em seu artigo 2º, § 2º, que:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 33.

¹¹⁷ Ibidem, p. 39.

¹¹⁸ Ibidem, p. 51.

qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Trata-se de responsabilidade solidária. No entanto, não se aplica à Administração Pública como tomadora de serviços. Para o Ministro Marco Aurélio, a premissa da solidariedade prevista na CLT seria o fato de dirigir, controlar ou administrar outra empresa. Diz ele que: “o Poder Público não tem a direção, a administração e também o controle da empresa prestadora de serviços”.¹¹⁹

Nesse esteio, nenhum dos dispositivos ora citados, tanto o constitucional quanto o trabalhista, entram em confronto com o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Adentrando nos votos, a Ministra Cármen Lúcia entendeu haver controvérsia que colocava em risco a presunção de constitucionalidade da norma objeto da ação. Defendeu a compatibilidade entre o artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, e o artigo 37, § 6º, da CF, o qual dispõe acerca da responsabilidade do Estado frente a danos causados por agentes públicos. Segundo ela:

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

[...] Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da reponsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.”¹²⁰

O ente estatal tem que respeitar sobretudo os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa.¹²¹ Assim, votou a Ministra quanto à procedência da ADC 16. Para ela:

“Pela orientação assentada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 somente teria aplicação nos casos em que a Administração Pública comprovasse a sua atuação regular na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pelo contratado. Do contrário, ter-se-ia o afastamento daquela norma e a responsabilização subsidiária da entidade

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 50.

¹²⁰ Ibidem, p. 34.

¹²¹ Ibidem, p. 36.

da Administração Pública pelo dano causado ao empregado da empresa por ela contratada.”¹²²

Nesse sentido também votou o Ministro Gilmar Mendes, afirmando que o problema era que “a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal”.¹²³ Era pouco provável que ela examinasse cada caso concreto para ver se realmente houve ou não culpa da Administração, conforme entendimento da Ministra Ellen Gracie.¹²⁴

O Ministro Cezar Peluso manteve o seu voto, defendendo não haver controvérsia uma vez que o TST não tem dúvida acerca da constitucionalidade da norma objeto da ADC 16, “só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular”.¹²⁵ De qualquer forma, considerou constitucional o dispositivo legal e acabou superando a preliminar, julgando a ação procedente no mérito.¹²⁶ Da mesma forma votou o Ministro Celso de Mello.¹²⁷

Ainda nesse contexto, afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski que sempre decidiu na mesma linha de Cezar Peluso, “no sentido de não conhecer, [...] mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapassemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema”¹²⁸.

O Ministro Marco Aurélio reiterou a importância da procedência da ação, pois uma decisão do STF declarando a harmonia da norma legal com a CF ensejaria ao menos uma inibição quanto à aplicação da Súmula 331, podendo até afastá-la do mundo jurídico.¹²⁹

Em voto divergente ao anterior, decidiu o Ministro Ayres Britto pela improcedência da ação. Segundo ele, a terceirização:

“É uma modalidade de recrutamento inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 27.

¹²³ Ibidem, p. 46.

¹²⁴ Ob. loc. cit..

¹²⁵ Ibidem, p. 38.

¹²⁶ Ibidem, p. 43.

¹²⁷ Ibidem, p. 62.

¹²⁸ Ibidem, p. 44.

¹²⁹ Ibidem, p. 43.

terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.”¹³⁰

Fundou-se ele na falta de previsão da terceirização pela Constituição, fato esse que responsabilizaria a Administração Pública por ser ela beneficiária dos serviços terceirizados. Para ele, há apenas três formas de se recrutar mão de obra para o ente estatal, de modo permanente, com base na Constituição: “concurso público, nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”.¹³¹

Defendeu o Ministro Carlos Ayres Britto que se tratava de relação tipicamente trabalhista por se referir a contrato de mão de obra. Declarou ser a Administração Pública responsável pelos encargos trabalhistas. Votou no sentido da inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, ou seja, pela improcedência da ação no que diz respeito à terceirização de mão de obra.¹³²

No entanto, majoritário foi o entendimento a respeito da constitucionalidade do dispositivo legal objeto da ADC 16. Se o Estado cumpriu sua parte no tocante ao contrato firmado com a empresa, realizou a fiscalização, de modo a evitar qualquer ato lesivo, não há porque responsabilizá-lo em sendo inadimplente a contratada.

O entendimento que se extrai do julgamento é de que cabe aos tribunais trabalhistas analisar caso a caso, pois não é absoluta a isenção da responsabilidade da Administração Pública em situações de inadimplência dos ônus trabalhistas pela empresa contratada.

A Justiça do Trabalho já tem firmado entendimento nesse mesmo sentido, afirmando em decisões que “a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, [...] mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade”.¹³³ A

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Constitucionalidade da Lei do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Frago Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 48.

¹³¹ Ibidem, p. 47-48.

¹³² Ibidem, p. 48-49.

¹³³ Ibidem, Ministro Cezar Peluso, p. 42.

verdade é que não deve haver a imposição automática de responsabilidade subsidiária ao Estado.

4.3 Após o Julgamento

Mesmo com a declaração da constitucionalidade, o TST ainda vinha decidindo no sentido de aplicar o inciso IV da Súmula 331¹³⁴, até porque houve uma demora na publicação da decisão da ADC 16, que só ocorreu quase um ano depois de seu julgamento, em 9 de setembro de 2011.¹³⁵

Assim, um fator importante no presente estudo foi a última alteração da redação da Súmula 331 do TST. Em maio de 2011, com a Resolução n. 174, o inciso IV foi alterado, e mais dois incisos foram acrescentados. Isso gerou mais uma mudança no cenário da responsabilidade da Administração Pública visto que as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho desde então têm utilizado essa nova redação:

“SÚMULA N.º 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)

[...]

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.

[...]”

4.3.1 Súmula 331, V, do TST

O inciso IV da Súmula em referência teve seu texto alterado, visto que antes fazia referência ao artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, de forma expressa. A menção a esse

¹³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade*. Disponível em <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em 10 maio.2012.

dispositivo legal era exatamente para mostrar que o TST estava considerando o disposto na Lei de Licitações e que não estava editando uma súmula com redação contrária à lei.

No entanto, em decorrência do resultado do julgamento da ADC 16, foi acrescido o inciso V à Súmula 331. O inciso ora referido veio dispor sobre o modo de responsabilização do Poder Público nas situações de terceirização. Como o inciso anterior tinha uma redação muito ampla, podendo o Judiciário Trabalhista atribuir a responsabilidade subsidiária de forma objetiva, a nova redação veio especificar os casos em que isso seria passível de aplicação no âmbito da Administração Pública.

Assim, responderá subsidiariamente a Administração Pública se restar corroborada “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”.¹³⁶

Prevê ainda o inciso V que “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Resta esclarecido que a inadimplência só ensejará a responsabilidade subjetiva ao Estado no caso de configuração da conduta especificada (principalmente no tocante à culpa *in vigilando*, que se refere ao papel de fiscalização da Administração). A responsabilização não será feita de forma automática, mas poderá ocorrer, cabendo aos tribunais analisar caso a caso.

A Resolução 174/2011 veio confirmar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, e pacificar o entendimento do STF junto aos órgãos da seara trabalhista, em especial, ao TST. A controvérsia, aparentemente, estava encerrada.

Com a nova redação da súmula, pode-se inferir que o TST mudou para um caminho diferente do que defendia antes. Agora, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública só será existente se houver culpa do ente público. Essa abordagem nova objetivou a adequação da súmula ao entendimento do STF na decisão da ADC 16.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25abril.2013.

¹³⁶ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331, inciso V. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 20abril.2013.

A responsabilidade de que trata o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, livra a Administração Pública dos débitos trabalhistas. No entanto, a sua não responsabilização não é algo absoluto visto que o ente público pode ainda responder por essas obrigações nos casos previstos em lei. O que esse artigo fez e a ADC 16 reiterou foi a não aplicação imediata da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331, IV, do TST. Quando o Estado concorrer para o prejuízo causado ao trabalhador, ele irá arcar com os possíveis débitos; dessa forma, o trabalhador não sairá prejudicado.

4.3.2 Reclamações

Conforme o previsto no artigo 102, inciso I, alínea “I”, cabe ao STF processar e julgar a reclamação para preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões. O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento de uma reclamação (RCL 5.470/PA), afirmou:

“Constitui ação de rito essencialmente célere, cuja estrutura procedimental, bastante singela, coincide com o processo do mandado de segurança e de outras ações constitucionais de rito abreviado. [...] Desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. [...] A reclamação constitucional - sua própria evolução o demonstra - não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo.”¹³⁷

Trata-se de instrumento utilizado para assegurar a autoridade de decisão do STF, expressa, por exemplo, por meio de súmula vinculante.¹³⁸ Desse modo, pode o Supremo cassar as decisões reclamadas em nome da garantia à observância dessas súmulas, determinando que seja proferida nova decisão pelo tribunal a quo, com base no artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal. Além disso, é uma forma de fazer com que seja cumprida decisão de mérito em ADI (ação declaratória de inconstitucionalidade) e ADC. Há ainda outra hipótese de cabimento da reclamação constitucional: para garantir a preservação da autoridade de decisão do STF em cautelar concedida em ADI e em ADC.¹³⁹

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Informativo n. 496/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm>>. Acesso em: 24.abril.2013.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1453.

¹³⁹ Ibidem, p. 1454-1457.

Após discorrer acerca das reclamações constitucionais em tese, passa-se a uma análise destas no contexto da ADC 16.

Em sua petição inicial, o Governador do DF, ao entrar com uma ação direta de constitucionalidade, alegou que magistrados no âmbito trabalhista vinham negando vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei de n. 8.666.¹⁴⁰ Na mesma linha de argumentação, antes do julgamento da ADC, inúmeros entes do Poder Público já haviam ajuizado reclamações constitucionais nesse sentido, alegando assim violação à Súmula Vinculante n. 10. Pleiteavam a cassação das decisões que atribuíam a eles a responsabilidade subsidiária, ao afastar a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Assim, antes do julgamento da ADC 16, inúmeros juízes trabalhistas vinham decidindo no sentido de afastar a aplicabilidade do dispositivo legal ora citado, a fim de aplicar a Súmula 331, IV, do TST, e sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do artigo em questão. Isso ensejava a responsabilidade subsidiária de forma automática aos entes, o que é vedado. Tratava-se de descumprimento da Súmula Vinculante n. 10, a qual dispõe:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Com a declaração da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666, conseqüentemente foram julgadas procedentes diversas reclamações ajuizadas contra acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, assim como contra decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, como se verá logo a seguir, com a conseqüente cassação das decisões reclamadas. Essas reclamações diziam respeito a decisões baseadas no entendimento sumular do TST, violando a Súmula Vinculante ora citada.

Foram ainda providos Agravos Regimentais nas Reclamações, como as de ns. 7517 e 8150, dando seguimento às mesmas de forma a determinar o retorno dos autos ao TST para novo julgamento:

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Ação Direta de Constitucionalidade n.16*. Requerente Governador do Distrito Federal. Advogado: Procuradora Geral do Distrito Federal- Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em 01 maio 2012, p. 08.

“PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. I - Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. II - Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência. III - Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10. IV - Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação.” (STF, Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24.11.2010, publicação em 14/04/2011)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666/1993. INCISO IV DA SÚMULA TST 331. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS ORIUNDOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO TOMADOR DOS SERVIÇOS. AFRONTA À AUTORIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 10 DEVIDAMENTE CONFIGURADA. ARTIGO 103-A, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Acórdão que entendeu ser aplicável ao caso o que dispõe o inciso IV da Súmula TST 331, sem a conseqüente declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a observância da cláusula da reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. [...] 4. As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. [...] 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade. 8. Ofensa à autoridade da Súmula Vinculante 10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado.” (STF, Rcl 8150 AgR/SP, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, julgamento em 24.11.2010, publicação em 03/03/2011)

Desde então, outras reclamações têm sido objeto de julgamento, como se poderá observar na tabela abaixo. Assim, diversas decisões proferidas pelo TST e Tribunais Regionais do Trabalho ainda vêm sendo cassadas em casos em que se atribuiu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública de forma automática, sem fundamentação ou demonstração da culpa do ente público. Ou seja, nos casos em que não se analisou a culpa, houve descumprimento ao disposto na ADC 16, por afastar a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Com base nas informações que serão apresentadas a seguir, será possível observar a linha de entendimento de cada ministro do STF, na composição atual.

Os integrantes atuais, e que já eram ministros à época do julgamento da ADC 16, são: Celso de Mello, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Este último estava impedido à época, por ter falado pela Advocacia-Geral da União. Já Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ayres Britto se aposentaram. Assim, analisaremos os argumentos centrais nos julgados relatados por aqueles ministros atuantes no presente momento:

Ministro do STF	Reclamações
Celso de Mello	<p>- Em havendo comprovação quanto à culpa da Administração no seu papel de fiscalização no cumprimento dos ônus trabalhistas, por parte das empresas contratadas, cabe responsabilizá-la de forma subsidiária, não havendo desrespeito à decisão da ADC 16.</p> <p>“Reclamação - alegação de desrespeito à autoridade da decisão proferida, com efeito vinculante, no exame da ADC 16/DF - inocorrência - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas (Lei nº 8.666/93, art. 71, § 1º) - ato judicial reclamado plenamente justificado, no caso, pelo reconhecimento de situação configuradora de culpa "in vigilando", "in eligendo" ou "in omittendo" [...] - Recurso de Agravo Improvido.” (AG. REG. NA RECLAMAÇÃO: Rcl 11985 MG – Plenário; Julgado em: 21/02/2013; Publicado em: 15/03/2013)</p> <p>- Decisão similar no Ag. Reg. na Reclamação: Rcl 11308 AC – Plenário; Julgado em: 21/02/2013; Publicado em: 15/03/2013</p>
Marco Aurélio	<p>- Pedido de reclamação julgado procedente, pois não se pode atribuir de forma automática a responsabilidade subsidiária.</p> <p>“Mostra-se descabida a pretensão de reconhecimento de obrigação subsidiária do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviços, em razão do inadimplemento da contratada. Tal é o entendimento do Supremo, formalizado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, dotado, portanto, de eficácia vinculante. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação para fulminar o acórdão proferido pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista [...]” (Rcl 12422 SE – Julgado em 20/11/2012; Publicado em 29/11/2012)</p> <p>- Decisão similar na Rcl 12.534 AM – Julgado em 23/11/2012; Publicado em 29/11/2012.</p>
Joaquim Barbosa	<p>- Não subsistindo provas quanto à culpa do ente público, não deve prosperar o argumento quanto à sua responsabilização subsidiária.</p> <p>“No caso em exame, o acórdão reclamado não aponta falhas específicas que teriam sido cometidas pelo ente público na escolha ou na fiscalização da empresa terceirizada. Assim, na linha do entendimento firmado por esta Corte, julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação, para anular o acórdão impugnado e determinar que seja realizado novo julgamento do feito, observando-se a orientação firmada</p>

	<p>pelo STF no julgamento da ADC 16, rel. min. Cezar Peluso.” (Rcl 11732 MG – Julgado em: 06/12/2011; Publicado em 12/12/2011)</p> <p>- No julgamento de outra Reclamação, houve elementos probatórios corroborando a culpa do contratante, a qual “não se desincumbiu da sua obrigação contratual e legal de fiscalizar a sua contratada. Reconhecida a conduta culposa da reclamante, com indicação precisa de sua comprovação, fica descaracterizada a violação da autoridade da ADC 16 e da Súmula Vinculante 10. Do exposto, julgo improcedente o pedido [...]” (Rcl 12595 SP – Julgado em: 27/08/2012; Publicado em: 03/09/2012)</p>
<p>Ricardo Lewandowski</p>	<p>- Julgou procedente a Reclamação pelo fato de ter sido atribuída a responsabilidade subsidiária à Administração de forma automática. “Desse modo, ao afastar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, com fundamento na Súmula 331, IV, do TST, o órgão judiciário reclamado descumpriu a decisão do STF na ADC 16.” (Rcl 15317 PR - Julgamento: 21/03/2013; Publicação: 26/03/2013)</p> <p>- Decisão similar na Rcl 14731 SE - Julgamento: 10/04/2013; Publicação: 15/04/2013.</p>
<p>Cármem Lúcia</p>	<p>- Na reclamação em que se alegou o descumprimento da decisão proferida na ADC 16, foi julgado procedente o pedido. A decisão reclamada contrariava o entendimento nesta ADC. “[...] com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar a decisão reclamada no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública e determinar que outra seja proferida em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16.” (Rcl 13440 DF - Julgamento: 22/03/2012; Publicação: 28/03/2012)</p> <p>- Decisão similar na Rcl 13370 SP - Julgamento: 05/03/2012; Publicação: 14/03/2012.</p> <p>- Em outra decisão, a Ministra indeferiu o pedido, onde se alegava o descumprimento da decisão proferida na Reclamação. Houve demonstração da culpa do ente público, cabendo, assim, a responsabilidade subsidiária. “(Petição STF n. 32.608/2012) [...] No caso em exame, a responsabilidade subsidiária da Requerente pelo pagamento dos encargos trabalhistas teria sido a ela imputada pela sua conduta culposa (culpa in vigilando) na fiscalização da execução do contrato mantido com a empresa prestadora de serviço, não do descumprimento da decisão proferida por este Supremo Tribunal.” (Rcl 12994 SP - Julgamento: 03/04/2013; Publicação: 11/04/2013)</p>
<p>Gilmar Mendes</p>	<p>- Conheceu da reclamação n. 11.628 e a julgou procedente, cassando o acórdão reclamado, por este ter decidido de forma contrária ao teor da ADC 16 e a consequente declaração de compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a Constituição. (Rcl 11628 SP - Julgamento: 28/04/2011; Publicação: 03/05/2011)</p> <p>- Foi dado provimento a Agravo Regimental em Reclamação, “para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação.” (Rcl 9894 AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/11,2010; p. 17/02/2011).</p>

Dias Toffoli	<p>- No julgamento de Reclamação, a mesma foi julgada procedente para cassar a decisão reclamada que confirmou a responsabilidade subsidiária do ente público. Não houve provas quanto à culpa do mesmo, cabendo o ônus da prova ao Reclamante, que não o fez. Não pode haver atribuição da responsabilidade de forma automática.</p> <p>“Incumbir ao Poder Público o ônus probatório de sua ausência de culpa nada mais é que imputar a responsabilidade subsidiária à Universidade de São Paulo como consequência automática do inadimplemento das obrigações pela empresa contratada.” (Rcl 12529 SP – Julgado em: 25/04/2012; Publicado em: 30/04/2012)</p> <p>- Em situação análoga, também foi julgada procedente a reclamação para cassar as decisões reclamadas que atribuíram a responsabilidade subsidiária de determinado Município.</p> <p>“No caso dos autos, não se expõe a conduta culposa imputável ao ente público, na condução do convênio, que teria contribuído para o resultado danoso a empregada da associação. Incumbir ao Poder Público o ônus probatório de sua ausência de culpa nada mais é que imputar a responsabilidade subsidiária ao Ente Público, ora reclamante, como consequência automática do inadimplemento das obrigações pela empresa contratada.” (Rcl 12272 PR – Julgado em: 25/04/2012; Publicado em: 30/04/2012)</p>
---------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

De acordo com a tabela acima, percebe-se que as decisões são voltadas a um mesmo entendimento. Aquelas que atribuíram a responsabilidade subsidiária ao Poder Público, de forma automática, foram cassadas. Já aquelas fundamentadas e com provas quanto à culpa do ente público na escolha e fiscalização do cumprimento da empresa contratada no tocante às obrigações trabalhistas foram mantidas. Os ministros têm decidido uniformemente, em consonância com o teor da ADC 16.

No entanto, vale ressaltar que o Ministro Dias Toffoli acabou destoando um pouco, defendendo uma linha diferente. Para ele, a Administração Pública só se responsabiliza subsidiariamente se ficar provada a sua culpa, recaindo sobre o trabalhador o ônus da prova, tese que sequer foi objeto de discussão pelo STF na ADC 16.

Quanto aos demais integrantes - Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki -, abaixo encontram-se decisões de reclamações por eles proferidas.

Ministro do STF	Reclamações
Luiz Fux	<p>- Em decisão que afastou a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, para aplicar o inciso IV, da Súmula 331, do TST, houve violação da cláusula constitucional de reserva de plenário (art. 97). Não houve motivação quanto à responsabilização do ente público. Assim, o pedido da reclamação foi julgado procedente. (Rcl 14069 RS - Julgamento: 29/06/2012; Publicação: 01/08/2012)</p>

	- Em outra reclamação, em que se alegou afronta ao STF no tocante à ADC 16, foi negado seguimento. Não foi confirmada responsabilidade subsidiária de forma automática, mas sim motivada. “A decisão impugnada não destoa do entendimento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que coligiu elementos concretos para demonstrar a omissão culposa da Administração Pública na fiscalização do contratado, devendo, por isso, figurar como responsável, subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas.” (Rcl 11866 - Julgamento: 17/04/2013; Publicação: 22/04/2013)
Rosa Weber	- A Ministra não entendeu haver afronta à ADC 16, indeferindo o pedido presente na Reclamação, visto que havia provas quanto à atuação culposa da Poder Público. “Na espécie, não visualizo, em um primeiro olhar, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, na decisão reclamada, de forma automática, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços - hipótese, essa sim, atacada no exame da ADC 16. O TRT da 3ª Região embasou-se em aspectos fáticos do caso concreto, indicativos de culpa in vigilando do ente público [...]” (Rcl 13272 MG - Julgado em 24/08/2012; Publicado em 03/09/2012)
Teori Zavascki	- Negou seguimento ao pedido da Reclamação, visto que “foram consideradas as circunstâncias fáticas e probatórias do caso, para efeito de responsabilização da Administração Pública em razão de omissão na fiscalização do contrato. Desse modo, ao invés de ofender os termos da ADC 16, o acórdão reclamado está conforme a decisão paradigma desta Corte.” (Rcl 15124 RS – Julgado em 05/03/2013; Publicado em 15/03/2013) - Decisão similar na Rcl 12670 SP – Julgado em: 27/02/2013; Publicado em: 05/03/2013.

Percebe-se que aqueles ministros que passaram a fazer parte do STF após o julgamento da ADC 16 também aderiram ao entendimento consolidado nesse órgão. Assim, há de fato uma uniformização quanto às decisões proferidas.

Oportuno se faz nesse momento ressaltar uma reclamação julgada pelo ex-Ministro Ayres Britto cujo voto foi vencido no julgamento da ADC 16. Seu entendimento foi diverso da maioria presente no plenário; no entanto, após a sessão que julgou a ação direta de constitucionalidade, também adotou o entendimento majoritário ao julgar procedente o Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação (Rcl 9.809/RJ), em fevereiro de 2011. Ressalta-se um trecho de sua decisão:

“Anoto-se, a propósito, que este Supremo Tribunal Federal, na mesma sessão plenária em que julgou diversas reclamações constitucionais com objeto idêntico à destes autos [...], declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Dispositivo legal que veda a automática transferência à Administração Pública das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado, bem como a responsabilidade por seu pagamento.

Declaração que se deu, contra meu voto, na ADC 16. Por fim, é de ser afastada a alegação de que o verdadeiro fundamento da responsabilidade trabalhista do Poder Público, no caso, foi o da culpa in eligendo ou in vigilando. **É que o acórdão reclamado não discorreu, analiticamente, sobre as condutas dos agentes públicos que supostamente caracterizariam a culpa da Administração. Ao contrário, fez da responsabilidade subsidiária uma consequência automática do inadimplemento,** pela empresa contratada, de suas obrigações trabalhistas. Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada e **julgo procedente a reclamação para cassar o acórdão** da Oitava Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região [...]. O que faço com reserva do meu entendimento pessoal e nos termos do parágrafo único do art. 161 do RI/STF.” (Grifo nosso)

No âmbito do TST, levando-se em consideração que o mesmo alterou a redação da Súmula 331 para adequar-se ao entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADC 16, as decisões mais recentes proferidas por ele têm sido no sentido de atribuição da responsabilidade subsidiária do ente público fundamentada não só no inciso IV da Súmula 331, como também em seu inciso V, o qual confirma a responsabilidade da Administração Pública apenas nos casos em que restar evidenciada sua conduta culposa. É o caso do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR 964420105150059 96-44.2010.5.15.0059, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, julgamento em 02/04/2013, publicação em 05/04/2013).

Nesse sentido, percebe-se que o julgamento da ADC 16 ensejou o julgamento ainda de diversas reclamações da seara trabalhista. O Supremo reiterou a constitucionalidade do dispositivo legal da Lei 8.666/93, levando o TST a reeditar seu entendimento sumular por ter sido este objeto de controvérsia em decisões de tribunais. Com a nova redação, agora adequada ao entendimento do Supremo, as decisões têm sido uniforme, no sentido de não considerar absoluta a isenção de responsabilidade subsidiária frente à Administração Pública, mas de confirmá-la quando configurada a conduta culposa da mesma.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo a análise da decisão proferida no julgamento da ADC 16 pelo STF, a qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da lei 8.666/93, para assim verificar a responsabilidade do Estado frente a obrigações trabalhistas.

A decisão de procedência da ADC 16 acabou por afirmar que o dispositivo da Lei de Licitações não contrariava a Constituição Federal de 1988. Assim, a inadimplência do contratado (empresa terceirizada) não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas.

No entanto, a irresponsabilidade do ente público, tratada na referida lei, não deve ser considerada absoluta. Não se trata de responsabilidade objetiva, a qual prescinde dos elementos de dolo ou culpa.

A ADC 16 assumiu um importante papel de afirmar a harmonia entre os órgãos judiciários e a superioridade do Supremo. Ao declarar constitucional o dispositivo legal, não há mais como atribuir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, conforme se interpretava da Súmula 331 do TST. É necessário analisar cada caso concreto a fim de verificar se houve ou não culpa da Administração. Configurando culpa, seja quanto à escolha da contratada, seja quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações, responde o Poder Público de forma subsidiária. Tem que haver comprovação da omissão na sua atuação.

O julgamento dessa ação também contribuiu para uma uniformização da jurisprudência. O TST acabou editando novamente a Súmula 331 para adequar-se ao entendimento do Supremo. Na nova redação, está expressa a ideia de que a responsabilidade atribuída à Administração é subjetiva, exigindo a análise dos elementos de dolo ou culpa para só assim conferir a responsabilidade subsidiária.

Inúmeras reclamações propostas no STF já foram julgadas e há muitas outras ainda a serem julgadas, todas no sentido de cassar as decisões contrárias ao entendimento do STF. Ainda, decisões de tribunais da seara trabalhista têm decidido também de maneira uniforme, responsabilizando órgãos públicos apenas quando da análise subjetiva.

A ação, nesse esteio, teve enorme repercussão nos tribunais do trabalho, uniformizando a jurisprudência e cessando a controvérsia existente.

A ADC 16 acabou por modificar a postura dos tribunais do trabalho, principalmente o TST, que acabou modificando seu entendimento sumular para se adequar àquele do Supremo. Repercutiu no Poder Público, o qual passou a não responder pela mera inadimplência da empresa contratada e assim não incorrer em prejuízos naquelas situações em que não houvesse culpa. Repercutiu ainda na vida dos trabalhadores, que passaram definitivamente a ter a quem recorrer quando do não pagamento de suas verbas trabalhistas.

Não há mais que se falar em controvérsia visto que o entendimento se tornou unificado. A responsabilização da Administração não é automática, mas poderá ocorrer conforme a configuração de culpa no caso concreto. Deve o Poder Judiciário analisar cada caso, considerando o fato em si, o dano causado, onexo causal e o elemento subjetivo (culpa), e sempre fundamentando sua decisão a fim de evidenciar a responsabilidade ou não da Administração Pública.

De qualquer forma, a omissão do Poder Público pode trazer-lhe prejuízos enormes. Deve, no processo licitatório, ser cauteloso e atencioso para que possa fazer a melhor escolha possível da empresa a ser contratada. Seu papel não deve parar ao final da licitação; exige-se do Estado uma atuação positiva em que ele possa fiscalizar essa empresa para evitar qualquer inadimplemento. Quando o Estado for a causa do prejuízo causado ao trabalhador, ele irá arcar com os possíveis débitos. Dessa forma, o trabalhador não sairá prejudicado e seus direitos estarão garantidos, conforme demanda o princípio da proteção ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Terceirização: normatização, questionamentos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 17-25.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundadas no Enunciado 331, IV, do TST. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v.6, n.66, maio, 2007, p. 26-31.

CAMPOS, José Ribeiro de. *A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços*. São Paulo: Thomson IOB, 2006.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A Responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v.70, n.6, jun., 2006, p. 715-718.

CONCEIÇÃO, Felipe Silva da. Responsabilidade trabalhista da administração pública decorrente da da terceirização de serviços. *Estudos / Universidade Católica de Goiás*, v.32, ago., 2005, p. 1437-1454.

COSTA, Tatiana Cesarina Torres. *A Súmula 331 como instrumento de precarização laboral*. 2010. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife - Universidade Católica de Pernambuco, 2010, mimeo.

CREUZ E CRUZ, Luís Rodolfo; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício. Responsabilidade Civil da Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano I, n. 10, outubro de 2006, p. 101-110.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOETZER, Isis Chamma. Contratos de terceirização de serviços firmados com a administração: a questão da responsabilidade trabalhista. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*: ILC, v.14, n.156, fev., 2007, p. 165-172.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contém análise comparativa dos Códigos de 1916 e 2002*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HINZ, Henrique Macedo. A Terceirização Trabalhista e as Responsabilidades do Fornecedor e do Tomador dos Serviços: Um Enfoque Multidisciplinar. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005, p. 131-145.

JORGE, Heber Rebouças. *Terceirizar, flexibilizar, precarizar: um estudo crítico sobre a terceirização do trabalho*. Dissertação. Universidade Estadual de Campinas, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LANCELLOTTI, Marlos Roberto. *Os limites da terceirização para prestação de serviços na Administração Pública*. 2010. 78f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, 2010, mimeo.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 72, n. 8, ago. 2008, p. 931-944.

MAIOR SOUTO, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. *Revista do Direito Trabalhista*, v.12, n.9, set., 2006, p. 4-12.

MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASTORE, José. Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei. *Revista TST*, vol. 74, n. 4, out/dez de 2008, p. 117-135.

PRUNES, José Luiz Ferreira. Alguns aspectos objetivos da terceirização e da composição industrial no âmbito trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 74, n. 4, out./dez. 2008, p. 53-66.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no direito do trabalho. *Caderno Jurídico: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 2, n. 1, jan./fev. 2008, p. 11-20.

SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 119-146.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. Repensando a Responsabilidade subsidiária do Tomador de Serviços Terceirizados nas Atividades Lícitas. *Justiça do Trabalho*, ano 24, n. 288, dez. 2007, p. 59-76.

SANTOS, Selma Oliveira Silva dos. A Responsabilidade Subsidiária do Ente Público na Terceirização de Serviços. *Revista Procuradoria-geral do Banco Central*. Brasília, v. 4, n. 1, junho 2010.

SCHNELL, Fernando. A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador: a necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares: a responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviço. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF: IDAF*, v.5, n.51, out., 2005, p.228-236.

SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar; SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na ‘terceirização’. In: *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação*. Caxias do Sul, RS: Plenum, ano VI, n. 32, out. 2010, p. 7-34.

SILVA, Walter Azevedo da; Conselhos profissionais e licitações públicas: a fiscalização profissional na terceirização de atividades. *Fórum administrativo: direito público*, v.5, n.53, jul., 2005, p. 5823-5827.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. Responsabilização do tomador de serviços na terceirização. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. São Paulo, n. 33, 2001, p. 309-333.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.