



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SARA BEZERRA FACÓ

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS NOS
CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO**

FORTALEZA

2013

SARA BEZERRA FACÓ

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS NOS
CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

F142r Facó, Sara Bezerra.
Responsabilidade civil do Estado pelas verbas trabalhistas nos contratos de terceirização / Sara Bezerra Facó. – 2013.
42 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Administrativo. Direito do Trabalho.
Orientação: Profa. Ms. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

1. Responsabilidade do estado - Brasil. 2. Terceirização - Brasil. 3. Contrato de trabalho - Brasil. 4. Administração pública – Brasil. I. Castelo Branco, Janaína Soares Noleto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

SARA BEZERRA FACÓ

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS NOS
CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profª. Maria José Fontenelle Barreira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ana Cecília Bezerra de Aguiar (Mestranda)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

À Professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco, pela excelente orientação e por todo o apoio, a ajuda e a amizade, fundamentais para a minha formação acadêmica e exemplo a ser seguido em minha carreira.

À Professora Maria José Fontenelle Barreira, pelo carinho, atenção, compreensão e disponibilidade.

À Ana Cecília Bezerra de Aguiar, pela colaboração, sugestões, e paciência em tirar as minhas dúvidas.

Aos meus pais, Diana Maria Ferreira Bezerra e Samuel Alves Facó, que com todo seu amor sempre me incentivaram e ajudaram a trilhar meus passos.

Aos meus irmãos, Lucas Bezerra Facó e Juliana Solon Pacheco Facó, meus eternos companheiros.

À Lili, por todo o seu carinho e dedicação.

Ao Bruno Araújo Massoud, meu grande Amor e melhor amigo, pelo incentivo ao estudo.

À minha família e à do Bruno, que eu tanto amo e sempre estão ao meu lado.

Aos meus amigos, pela cumplicidade e companheirismo.

RESUMO

O presente trabalho visa examinar a responsabilidade civil do Estado pelo pagamento das verbas trabalhistas nos contratos de terceirização. Para tanto, faz-se uma análise do conceito de terceirização e de seu tratamento legislativo no ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilidade civil do Estado também será objeto de estudo, para que seja possível o aprofundamento do tema. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal será objeto de debate, uma vez que são de fundamental importância para delimitar os contornos da terceirização e a responsabilidade decorrente do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Em conclusão, afirma-se que a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços, e que a responsabilização subsidiária do ente público contratante pela inadimplência dos encargos trabalhistas nos contratos de terceirização seria a melhor forma de harmonizar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e os princípios norteadores do Direito de Trabalho que conferem proteção ao trabalhador.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Terceirização. Verbas trabalhistas.

ABSTRACT

This paper has as its objective to examine the State's civil responsibility on the payment of the labor amount in the outsourcing contracts. To achieve this goal, an analysis is made on the subcontracting concept and its legislative treatment in the Brazilian juridical procedure. The State's civil responsibility is also object of study for the subject to be treated more deeply. The jurisprudence of the Superior Labor Court (Tribunal Superior do Trabalho) and of the Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal) will be object of debate since they are of fundamental importance to delimit the shapes of outsourcing and the liability arising from the failure to perform the labor obligations by the provider labor company. In conclusion, it is stated that the Public Administration has de duty of to monitor the execution of the administrative contracts of service delivery, and that the subsidiary liability of the hiring public entity by the default of labor charges in the outsourcing contracts would be the best way to harmonize the dignity of the human being, the social values of labor and the guiding principles of the Labor Law that confer protection to the worker.

Keywords: State's civil Liability. Outsourcing. Subcontracting. Labor amounts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	TERCEIRIZAÇÃO	9
2.1	Tratamento legislativo no ordenamento jurídico brasileiro	9
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	17
3.1	Teoria da irresponsabilidade.....	17
3.2	Teoria da responsabilidade subjetiva.....	18
3.3	Teoria da responsabilidade objetiva	19
3.4	Responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.....	22
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	24
4.1	Previsão de irresponsabilidade da Administração Pública.....	26
4.2	Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16	31
5	CONCLUSÕES	36
	REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 37, inciso XXI que, ressalvados os casos específicos da legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados pela Administração Pública através de processo licitatório, regido atualmente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. A partir da contratação de tais serviços pelo Estado, surge a categoria de empregados terceirizados, que apesar de terem seu vínculo de emprego com as empresas vencedoras do processo licitatório, prestam serviços ao Estado por meio dos contratos de terceirização.

Nesse diapasão histórico, embora desde a edição do Decreto – Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, já existisse a possibilidade de contratação de serviços pelo Estado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a utilização do fenômeno da terceirização pela Administração Pública tem se intensificado, como forma de evitar a burocracia do concurso público.

A problemática apresentada no presente trabalho surge quando a empresa prestadora de serviços para a Administração Pública não cumpre com os encargos trabalhistas de seus empregados, que são terceirizados do Estado. Tal situação é recorrente, e quando ocorre entre particulares é pacífico na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que a responsabilidade da empresa tomadora do serviço é subsidiária. Entretanto, quando o tomador dos serviços é o Estado, estabelece a Lei 8.666/93 que os encargos trabalhistas não são responsabilidade da Administração Pública, indo de encontro com o entendimento esboçado pelo TST desde a edição da Súmula 331 em dezembro de 1993.

Tal tema é de grande relevância social, pois repercute diretamente no cumprimento dos direitos trabalhistas de muitos empregados que veem frustrados os seus pagamentos e garantias.

Assim, objetiva-se com o presente estudo analisar a responsabilidade civil do Estado no que tange ao pagamento das verbas trabalhistas quando estas não são devidamente pagas pelas empresas prestadoras de serviços, vencedoras nas licitações. Para tanto, será feito um estudo do desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado como um todo, bem como do conceito de terceirização e das normas que a regulamentam. A partir de tais estudos, pretende-se analisar o que estabelece

a Lei de Licitações sobre o assunto, bem como a Súmula 331 do TST, uma vez que sua aplicação é ampla e majoritária pelos tribunais trabalhistas pátrios. A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 também vai ser foco de debate, pois analisa a constitucionalidade de dispositivo normativo de suma importância para o tema, o art. 71, §1º da Lei nº 8666/93.

A o método de abordagem que será utilizado para o estudo em tela será primordialmente bibliográfica. A partir da leitura de vários doutrinadores, tanto do ramo trabalhista como administrativo, pretende-se explanar sobre o tema e definir os contornos do trabalho.

A pesquisa jurisprudencial também será de suma importância, pois a partir da Súmula 331 do TST e das diversas jurisprudências proferidas pelo referido tribunal superior, bem como do julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, será possível discorrer sobre a aplicação prática da responsabilização do Estado pelo pagamento das verbas trabalhistas nos contratos de terceirização.

O presente trabalho conta com três capítulos. O primeiro deles conceituará o instituto da terceirização, e apresentará o tratamento legislativo e jurisprudencial a ele conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo destina-se a fazer um breve apanhado da responsabilidade civil do Estado, enfatizando sua regulamentação no Direito pátrio, para que seja possível analisar com mais clareza a responsabilidade civil da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas nos contratos de terceirização.

No terceiro e último capítulo aborda-se especificamente o objeto de estudo do trabalho, analisando o conflito entre o que preceitua a Lei nº 8666/93 e a jurisprudência do TST, consolidada por meio da edição da Súmula 331 e suas alterações. O julgamento da ADC nº 16 pelo STF também será foco do capítulo, uma vez que delimitou a interpretação do tema.

2 TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é uma forma de contratação de um serviço por meio de uma empresa interposta. Trata-se de uma relação trilateral, em que o empregado está juridicamente vinculado à empresa intermediária, que fornece o serviço contratado para a empresa tomadora. O trabalho será realizado em favor desta, enquanto o vínculo empregatício é formalizado com aquela.

Segundo Cassar (2012, p. 510), a “terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal”.

Assim, nos contratos de terceirização, a clássica formação bilateral do contrato de trabalho é substituída por uma relação trilateral. Sobre o tema, preleciona Delgado (2012, p. 435), para quem “o modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda na relação de caráter essencialmente bilateral”.

Cumpre ressaltar que os serviços terceirizados correspondem à atividade meio da tomadora de serviços. Desta forma, a empresa contratante demanda toda a sua atenção para sua atividade fim, e terceiriza os serviços de apoio. Os exemplos mais significativos de terceirização são os serviços de limpeza e segurança.

2.1 Tratamento legislativo no ordenamento jurídico brasileiro

A terceirização é um modelo de contratação relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, tendo se intensificado principalmente nas últimas três décadas. O primeiro dispositivo que trouxe elementos da terceirização foi o art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao regulamentar os contratos de subempreitada:

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.

Depreende-se da leitura do art. 455 da CLT que, muito embora o termo terceirização não tenha sido expressamente utilizado, trata-se de uma de suas modalidades, uma vez que no contrato de subempreitada o subempreiteiro celebra contratos de trabalho com o intuito repassar parte da execução da obra para terceiros, alheios à relação com o empreiteiro principal. Sobre o tema esclarece Cassar (2012, p. 525):

A primeira terceirização prevista legalmente na área trabalhista foi a contida no art. 455 da CLT, que permite a subcontratação de operários pelo empreiteiro principal, dono do empreendimento. Nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do intermediador (subempreiteiro) responderá o empreiteiro principal. Esta responsabilidade, para alguns, é solidária e para outros, subsidiária.

A doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a um consenso acerca da responsabilidade do empreiteiro principal no caso de descumprimento das obrigações trabalhistas pelo subempreiteiro, tendo em vista que o art. 455 da CLT não é claro neste ponto. É inequívoco que o empreiteiro principal responde pelo inadimplemento das referidas verbas. Entretanto, as divergências existentes são no sentido de definir se tal responsabilidade é solidária ou subsidiária.

Embora parte da jurisprudência¹ defendia a teoria da responsabilidade subsidiária, o TST já consolidou seu entendimento de que, nos contratos de subempreitada, a responsabilidade do empreiteiro principal pelas verbas trabalhistas

¹ SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ART. 455 DA CLT. A subempreitada se caracteriza pela delegação de parcela da obra pelo empreiteiro a subempreiteiro, que se responsabiliza pela execução da sua parte, contratando a mão-de-obra necessária. Assim, utilizando-se o empreiteiro dos serviços prestados pelo autor, beneficiou-se igualmente da força laboral despendida, sendo responsável pela contraprestação pecuniária não adimplida corretamente pelo subempreiteiro. Responsabilidade subsidiária que se impõe, por incidência do art. 455 da CLT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDEVIDOS. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios só podem ser deferidos se atendidos os requisitos insertos na Súmula n. 219 e n. 329 do e. TST. (TRT 16. 728200901716002 MA 00728-2009-017-16-00-2, Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Julgamento: 12/07/2011, Data de Publicação: 19/07/2011).

ART. 455 DA CLT. CONTRATO DE SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A teor do Art. 455 da Legislação Obreira, nos contratos de subempreitada, incumbe ao empreiteiro Principal a responsabilidade pela quitação das obrigações derivadas dos contratos de trabalho, acaso não remitidas pelo subempreiteiro. (TRT 7. 2078005920065070004 CE 0207800-5920065070004, Relator: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento: 12/01/2009, TURMA 1, Data de Publicação: 18/02/2009 DOJTe 7ª Região)

decorrentes da subempreitada é solidária. Para exemplificar, seguem as seguintes decisões do TST:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO - DANO MORAL - LESÃO OCORRIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - DEMANDA AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA COMUM ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 - DIREITO INTERTEMPORAL (alegação de violação dos artigos 5º, II, 7º, XXIX e 114, VI, da CF/88, 269, IV, do CPC e 11 da CLT e divergência jurisprudencial).

(...)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (alegação de violação do artigo 2º, §2º, da CLT). (...) Consignado pelo v. acórdão regional ser fato incontrovertido que a relação entre as réis era de contrato de subempreitada e, portanto, a existência de lei imputando a solidariedade da recorrente (artigo 455 da CLT), não há de se falar em ausência de responsabilidade pelas parcelas decorrentes da condenação da real empregadora do reclamante. Recurso de revista não conhecido.

(...)

(TST. RR - 7800200-26.2005.5.09.0672 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 18/12/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 01/02/2013) (grifo nosso)

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - ÔNUS DA PROVA. (...) **CONTRATO DE EMPREITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.** Nos termos da jurisprudência atual, reiterada e pacífica desta Corte, o empreiteiro principal responde de forma solidária pelas obrigações trabalhistas devidas pelo subempreiteiro. Recurso de Revista não conhecido.

(TST RR - 1016-94.2010.5.03.0077 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 26/09/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 28/09/2012) (grifo nosso)

Apenas em 1967 foi editada outra norma que fizesse referência à terceirização, permanecendo até então o art. 455 da CLT como única previsão legislativa sobre o tema. Trata-se do Decreto-Lei 200/67, que se referia especificamente à Administração Pública, e tinha como objetivo descentralizar as atividades do estado. O art. 10, §7º do referido Decreto-Lei estabelece:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

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

Entretanto, tal dispositivo era genérico, sem que fossem delimitadas as atividades cuja terceirização seria permitida. Assim, a regulamentação da matéria foi feita por meio do art. 3º, § único da Lei 5.645/70 (revogado pela Lei 9.527/97), que estabeleceu rol exemplificativo dos serviços albergados pelo art. 10, §7º do Decreto-Lei 200/67:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

(...)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Observa-se que a terceirização passou a ter maior notoriedade primeiramente no serviço público, sempre relacionadas às atividade meio, de mera execução do Estado.

Em 1974 a terceirização alcançou, com mais intensidade, as relações de trabalho no âmbito privado, com a edição da Lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), que permitiu a terceirização nos casos de contratos com duração máxima de três meses, podendo ser prorrogado com autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social. O trabalho temporário é autorizado nos casos de necessidade transitória de substituição dos trabalhadores permanentes da empresa tomadora ou nas situações de acréscimo extraordinário de serviço.

Cumpre trazer à baila os arts. 2º, 3º e 10 da Lei 6.019/74:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

(...)

Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

(...)

Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

Insta asseverar que o trabalho temporário é a única modalidade de terceirização prevista em nosso ordenamento que permite a contratação de trabalhadores para prestar a atividade fim da tomadora, sem que isso des caracterize a intermediação de mão de obra.

Para Martins (2012, p. 193), também é possível a terceirização de atividade fim da tomadora de serviços em outros casos, como acontece na indústria automobilística e na construção civil, contanto que não ocorra fraude. Todavia, tal posicionamento é minoritário, não encontrando muitos adeptos na doutrina e na jurisprudência dominantes.

Outro instrumento normativo de suma importância para a consolidação do modelo de terceirização no setor privado foi a Lei nº 7.102/83, que instituiu a contratação de terceirizados para prestar o serviço de vigilância para o segmento bancário. A grande inovação trazida por esta lei é que a terceirização por ela regulamentada era permanente, e não de curta duração como a do trabalho temporário.

Muito embora primeiramente a Lei 7.102/83 só previsse a terceirização na categoria de vigilantes prestadores de serviços para os bancos, a Lei 8.863/94 ampliou o alcance da referida norma para qualquer tipo de serviços de vigilância. Nesse sentido preleciona Delgado (2012, p. 440):

Registre-se, porém, que o tipo legal da Lei 7.102/83 foi relativamente ampliado pelo próprio legislador. Inicialmente a atividade terceirizada ali prevista limitava-se ao segmento bancário da economia. Anos depois, com as alterações propiciadas pela Lei nº 8.863, de 1994, alargou-se o âmbito de atuação de tais trabalhadores e respectivas empresas. Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial que qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga (art. 10 e seus parágrafos da Lei nº 7.102/83 com alterações da Lei nº 8.863/94).

Com a maior utilização dos contratos de terceirização e, consequentemente, com o aumento de demandas recebidas pelo judiciário trabalhista questionando os termos dessa modalidade de contratação, foi editada, em 1986, a Súmula 256 pelo Tribunal Superior do Trabalho, estabelecendo que, com exceção dos casos previstos nas Leis nº 6.019/74 e nº 7.102/83, seria considerada ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Observe-se que o verbete em tela se aplicava também nos casos de caracterização de vínculo de emprego com a Administração Pública, uma vez que não estabelecia exceções. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, ao prever em seu art. 37, inciso II a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargos ou empregos públicos, impossibilitou a formação de vínculo de emprego direto com a Administração Pública nos casos de contratação irregular de mão de obra pelo Estado, o que acarretou a revogação da Súmula 256 do TST com a edição da Súmula 331 pelo TST em dezembro de 1993, que ampliou as hipóteses de terceirização.

Cumpre ressaltar que o verbete de nº 256 do TST ainda se aplica nos casos de caracterização de vínculo empregatício com a Administração Pública em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Súmula 331 permanece até hoje o dispositivo normativo de maior importância na regulamentação dos contratos de terceirização, e, após algumas modificações, possui a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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

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

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

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

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

A Súmula 331 do TST delimita claramente os contornos da terceirização. De acordo com a inteligência do referido verbete, só é regular a terceirização das

atividades meio da tomadora de serviços, e contanto que não existe pessoalidade e subordinação para com esta. Tais elementos do contrato de trabalho devem estar presentes na relação do empregado para com a empresa interposta, pois é com ela que se forma o vínculo de trabalho. Uma vez caracterizada a fraude na terceirização, ou seja, uma vez existente a pessoalidade e a subordinação direta para com o tomador, a terceirização passa a ser irregular, e o vínculo de emprego é reconhecido diretamente com a empresa tomadora de serviços, que, na prática, é a verdadeira empregadora.

Insta asseverar que, na terceirização, o que está sendo contratado é o serviço, e não o trabalhador. Desta forma, não cabe à empresa contratante escolher ou indicar os empregados de sua preferência, pois assim está caracterizada a pessoalidade para com o empregado. Nesse sentido são os ensinamentos de Di Pietro (2006, p. 233):

Assim, se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades; se a empresa se substitui mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão-de-obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta.

(...)

O que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público.

Entretanto, o item II da Súmula 331 do TST é expresso ao definir que com os órgãos da Administração Pública não é possível a formação de vínculo empregatício nos casos de contratação irregular de trabalhador por meio de empresa interposta. Como já salientado, tal entendimento é reflexo do disposto na Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo e emprego público à prévia aprovação em concurso público.

Muito embora com tal exigência a Carta Maior tenha impossibilitado a contratação de empregados irregulares pelo Estado, visto de outro prisma, essa exigência também estimulou uma maior utilização da terceirização pela Administração Pública, pois como para a realização de um concurso público é necessária uma burocracia enorme, muitos órgãos do Estado acabam terceirizando o maior número de serviços possíveis. Nesse sentido são os ensinamentos de Cassar (2012, p. 536), para quem a exigência de concurso público pela Constituição

Federal fomentou “amplas e irrestritas hipóteses de terceirização por parte do ente público que, necessitando de mão de obra urgente, principalmente nos serviços essenciais à comunidade (hospitais, por exemplo), não poderiam esperar pela criação de cargos por lei ou pelo concurso público”.

Por fim, cita-se a edição do Decreto 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Segundo o § 1º do art. 1º do supracitado decreto, as atividades de conservação, limpeza, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Trata-se de mais um instrumento normativo que consolida o entendimento de que apenas as atividades meio do Estado podem ser terceirizadas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O termo responsabilidade remete à ideia da imputação dos danos decorrentes de um ato ou fato às pessoas legitimadas para responder por tais consequências. Assim, a responsabilidade civil depende da existência de um dano na esfera de relação privada entre as pessoas, podendo ser contratual ou extracontratual.

No caso da responsabilidade civil do Estado, a contratual decorre da celebração de contratos administrativos. Já a extracontratual é oriunda da atividade dos entes públicos, sem que o lesado tenha formalizado qualquer tipo de pacto com o estado. Di Pietro (2012, p. 698) conceitua a responsabilidade extracontratual do estado como “a obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”

Os dispositivos que, em normas gerais, regulamentam o tema estão situados nos arts. 186 e 927 do Código Civil, que prelecionam, *in verbis*:

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

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

No presente trabalho, pretende-se analisar, genericamente, a responsabilidade extracontratual do Estado, discorrendo sobre seu desenvolvimento ao longo do tempo e sua atual abordagem pelo ordenamento jurídico pátrio, para que seja possível adentrar especificamente no estudo da responsabilidade civil da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas nos contratos de terceirização.

3.1 Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade do Estado foi, primeiramente, adotada pelos Estados absolutistas, tendo em vista a soberania atribuída ao monarca, que era considerado infalível e escolhido por Deus. Assim, como não era possível atribuir

erros ao rei, o Estado, liderado por ele, também não cometia vícios, não havendo responsabilidade em decorrência de seus atos para com os súditos.

Posteriormente, a teoria em comento predominou no ocidente em meados do século XIX, consequência da instituição do Estado liberal, no qual a intervenção estatal deveria ser mínima. Com a evolução da concepção do Estado liberal para o Estado de direito, a teoria da irresponsabilidade da Administração Pública foi se tornando defasada, uma vez que se afigura incoerente e contraditório que o Estado, enquanto pessoa jurídica com ampla capacidade de contrair direitos e obrigações, não pudesse ser responsabilizado por seus atos para com os administrados. (Di Pietro, 2012, p. 699).

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade do Estado nunca foi adotada.

3.2 Teoria da responsabilidade subjetiva

Ultrapassada a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, foi adotada a teoria da responsabilidade subjetiva, também chamada por alguns doutrinadores como Di Pietro (2012, p. 699) e Carvalho Filho (2012, p. 545) de teoria civilista da culpa, os quais esclarecem em suas obras que, com o surgimento da teoria em tela, era feita a distinção entre os atos de império e os atos de gestão do Poder Público. Estes seriam os atos estatais em que a Administração Pública estaria em situação de igualdade com o administrado, aplicando-se, portanto, o direito comum a ambas as partes. Já aqueles seriam os atos emanados em função da posição de superioridade e soberania do Estado para com os administrados, utilizando-se de todas as suas prerrogativas e direitos, não gerando qualquer tipo de responsabilização da Administração Pública. Tratava-se de mecanismo para amenizar a teoria da irresponsabilidade.

Entretanto, tal teoria gerava diversas dúvidas e conflitos quando colocada em prática, pois em muitos casos era bastante complicado definir se um ato do Estado era de império ou de gestão, o que acarretou o desuso dessa diferenciação.

No ordenamento jurídico pátrio, a teoria civilista foi adotada no Código Civil Brasileiro de 1916, que prelecionava em seu art. 15, *in verbis*:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a

terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

As expressões “procedendo de modo contrário ao direito” e “faltando a dever prescrito em lei” não deixam dúvidas de que era preciso comprovar a culpa do servidor para que o Estado fosse civilmente responsabilizado.

Já as Constituições de 1934 e 1937, em seus artigos 171 e 158 respectivamente, estabeleciam a responsabilidade solidária entre o funcionário da administração pública causador do dano e o Estado.

3.3 Teoria da responsabilidade objetiva

Posteriormente, foi reconhecida a teoria da culpa do serviço, também denominada de culpa administrativa ou culpa anônima. Trata-se de grande passo evolutivo, pois, para a configuração da responsabilidade civil do Estado, não mais seria necessário identificar o funcionário que causou o dano. Cabia ao lesado comprovar a culpa do serviço administrativo, ou seja, que a prestação do serviço foi defeituosa em decorrência de seu mau funcionamento, de seu retardamento, ou por sua completa ausência. Uma vez demonstrados tais fatores pelo administrado, configurada estava a responsabilidade civil da Administração Pública, baseada na culpa anônima do serviço, independentemente do fato de o dano ser consequência da conduta de um funcionário específico ou não. Cumpre ressaltar que o ônus de prova a culpa do serviço era do administrado.

A responsabilidade objetiva do Estado foi consolidada a partir da inserção da teoria do risco, que tem como base a função exercida pelo Poder Público. Tendo em vista que este agrupa diversas atividades e prerrogativas, o exercício de tais direitos acarretam maiores e mais numerosos danos. Indubitável, portanto, que o Estado está em uma posição de superioridade em relação ao administrado, sendo demasiadamente injusto que uma pessoa eventualmente lesada pela atividade estatal precisasse demandar de vários esforços para ser devidamente reparado (Carvalho Filho, 2012, p. 546).

Assim, a ideia de culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano sofrido pelo lesado. Uma vez comprovada a conduta estatal, o dano sofrido pelo administrado e o nexo entre eles, configurada está a

responsabilidade civil do Estado, independentemente de o serviço público ter funcionado da bem ou mal, de modo eficiente ou retardado. Sobre o tema, preleciona a doutrinadora Di Pietro (2012, p. 701):

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de **nexo de causalidade** entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause **dano específico** (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e **anormal** (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano. (grifos no original)

Insta asseverar que a responsabilidade objetiva do Estado pode decorrer de atividade administrativa lícita ou ilícita. Para Mello (2012, p. 1026), a responsabilidade do Estado por comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, decorre do princípio da legalidade; e, no caso dos ilícitos comissivos, também é decorrência do princípio da igualdade.

No caso dos comportamentos lícitos, bem como nas hipóteses de danos oriundos de situações criadas pelo Estado, ainda que não seja este o autor do dano, a responsabilidade estatal tem como fundamento evitar que alguns suportem danos maiores oriundos da atividade do Poder Público, garantindo assim uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos.

Assim, no caso de condutas lícitas praticadas pelo ente estatal, se tal ação ocasionar um dano acima do esperado para um particular em especial, atingindo a sua esfera juridicamente protegida, cabe a responsabilização do estado.

A teoria do risco é dividida em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A teoria do risco administrativo traz limitações, uma vez que aceita excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal. Assim, por exemplo, se a vítima concorreu para o resultado danoso, a responsabilidade do Estado será atenuada de acordo com a proporção da culpa da vítima. No caso de culpa exclusiva da vítima, o ente público não será responsabilizado.

Já a teoria do risco integral não admite nenhum tipo de excludente ou atenuante, não importando se a culpa decorreu exclusivamente da vítima ou de atividade de terceiro. No direito brasileiro, são raras as disposições que atribuem tal responsabilidade ao Estado. Dentre elas, podemos citar o art. 21, XXIII, d, da

Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que compete à União a responsabilidade civil por danos nucleares, independentemente de culpa.

Outro ponto de suma relevância é que o dano sofrido pelo administrado tem que atingir um direito que lhe é assegurado, um bem jurídico que o conjunto de normas do direito brasileiro lhe confira proteção. O dano ao patrimônio, apenas na esfera econômica do lesado, não enseja a responsabilidade civil do estado. Nesse sentido são os ensinamentos de Mello (2012, p. 1036-1037), *in verbis*:

Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características.

(a) A primeira delas é que o dano corresponda a lesão a um direito da vítima. Quem não fere Direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização.

[...]

Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importante que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

No ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade objetiva do Estado foi inserida na Constituição de 1946, em seu art. 194, o qual estabelecia que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. O parágrafo único determinava que “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

As Constituições seguintes, de 1967 (art. 105) e de 1969 (art. 107), praticamente, reproduziram o supracitado dispositivo.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabeleceu em seu art. 37, §6º que “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”.

As pessoas jurídicas de direito público, definidas no art. 41 do Código Civil Brasileiro, quais sejam, a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica, desde as constituições anteriores, já eram responsáveis objetivamente pelos danos que causassem a terceiros.

A inovação trazida pelo referido artigo da Constituição Federal de 1988 foi a referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Nelas se inserem tanto as empresas públicas e as sociedades de economia mista que prestem serviços públicos, as empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, bem como qualquer pessoa jurídica de direito privado a quem seja delegada a prestação de um serviço público pelo Estado. Cumpre ressaltar que, caso as pessoas jurídicas de direito privado em comento prestem serviços de natureza eminentemente privada e econômica, a responsabilidade será subjetiva, uma vez que apenas a prestação de serviço público tem o condão de gerar a responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002, ao se referir à responsabilidade civil do Estado, regulamentou a matéria em seu art. 43, *in verbis*:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Observa-se que tal dispositivo encontra-se em harmonia com o disposto na Constituição Federal de 1988.

3.4 Responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas

No que tange especificamente à responsabilidade civil do Estado decorrente de suas condutas omissivas, Carvalho Filho (2012, p. 561), Di Pietro (2012, p. 709-710) e Mello (2012, p. 1029) são unâimes no sentido de que a teoria aplicável é a da responsabilidade subjetiva, e não a da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal.

Em geral, quando se fala em responsabilidade civil do Estado por omissão, o dano não foi gerado diretamente pela Administração Pública, e sim por um fato da natureza ou de terceiro, mas que poderia ter sido evitado caso o Estado tivesse agido de forma diligente e eficiente, de acordo com suas obrigações para com os administrados.

Entretanto, não são todos os desastres naturais e todas as condutas de terceiros que ensejam a responsabilização do Poder Público por omissão. Cabe

analisar o dever de agir do ente público, bem como a possibilidade de agir. Trata-se do princípio da reserva do possível, segundo o qual as ações do Estado são limitadas pelo seu orçamento e suas possibilidades.

Assim, conclui-se que apenas as omissões ilícitas ensejam a responsabilização civil do Estado. Caso a omissão seja justificável e dentro dos parâmetros da legalidade, não se configura dano indenizável, pois não seria razoável exigir do Poder Público uma prestação de serviços que ele não tem o dever de fornecer.

Por tais motivos, a doutrina majoritária e a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores defendem a responsabilidade subjetiva do Estado nos danos causados por omissão. Caso contrário, o estado seria responsabilizado por omissão mesmo nos casos em que não tinha condições ou obrigação de evitar o dano.

Para Di Pietro (2012, p. 711), uma vez alegada a omissão do estado como motivo de dano causado ao administrado, há presunção de culpa da administração pública, cabendo a esta a prova de que agiu com diligência.

Insta asseverar ainda que, além do elemento culpa, para a caracterização da responsabilidade civil do Estado por omissão é necessária a presença do nexo direto de causalidade. Assim, a presença de várias outras causas entre o dano e a omissão da administração pública pode excluir ou amenizar a responsabilidade do ente público (Carvalho Filho, 2012, p. 562).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Como já salientado no capítulo 1, a Súmula 331 do TST é a principal norma de regulamentação dos contratos de terceirização. Desde sua edição em 1993, já foram efetuadas algumas modificações em seu texto. Originariamente, o verbete contava com quatro itens, que tratavam a matéria da seguinte forma:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

- I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
- II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).
- III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
- IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Desde sua edição, o item II da Súmula em comento já previa que a contratação irregular de trabalhador através de empresa interposta não gera vínculo com os órgãos da Administração Pública. No que tange à responsabilidade no caso do inadimplemento das verbas trabalhistas, o item IV estabelecia a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Assim, a empresa tomadora só seria compelida a arcar com as verbas trabalhistas nas situações em que a empresa intermediária não honrasse com suas obrigações, de acordo com o benefício de ordem estabelecido pela Súmula 331 do TST.

Tal entendimento se mostra adequado para a situação em análise. O processo de terceirização acaba por mitigar vários dos direitos assegurados ao trabalhador, tendo em vista que o empregado terceirizado, na grande maioria dos casos, tem condições de trabalho inferiores às dos trabalhadores da empresa tomadora de serviços. Trata-se de uma forma de a empresa tomadora baratear os custos com os seus empregados, transferindo os ônus trabalhistas para a empresa prestadora de serviços.

Desta forma, várias garantias como a da equiparação salarial, da norma mais favorável ao empregado e da proteção ao empregado são desrespeitados pelo instituto da terceirização. Como o vínculo de emprego do trabalhador terceirizado é formado com a empresa prestadora de serviços, enquanto o trabalho é prestado em favor da empresa tomadora, não se aplicam as garantias de isonomia entre o terceirizado e o empregado da empresa tomadora. Nesse sentido, podemos destacar o seguinte excerto da doutrina de Cassar (2012, p. 511-512):

Como a legislação brasileira não proíbe nem regula as formas de exteriorização de mão de obra, as práticas foram as mais diversas possíveis, demonstrando gritante abuso de direito (modalidade de ato ilícito – art. 187 do CC).

[...]

Num país onde o desemprego é alarmante e as condições de subemprego crescem a cada trimestre, reduzir os poucos direitos trabalhistas ou sonegar do trabalhador o vínculo com que é seu real empregador é negar-lhe um mínimo existencial, uma vida digna.

[...]

Isto se explica porque a intermediação de mão de obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre os trabalhadores que prestam serviços a uma mesma empresa; do único enquadramento sindical; do único empregador; do mesmo enquadramento legal etc. Isso porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços.

No que se refere especificamente à isonomia salarial entre os empregados terceirizados e os trabalhadores com vínculo direito de emprego com a empresa tomadora, não há a possibilidade de equiparação salarial, pois falta um dos requisitos estabelecidos pelo art. 461² da CLT, qual seja, o mesmo empregador. Assim, é patente a discriminação perpetrada pelo instituto em análise, que rebaixa o valor do trabalho dos empregados terceirizados, dificulta a unidade sindical e limita a aplicação dos direitos trabalhistas.

² Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional. (Incluído pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

No mesmo sentido é a doutrina de Delgado (2012, p. 454):

[...] a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

Assim, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas nos contratos de terceirização, a Súmula 331 do TST compatibilizou da melhor forma os interesses dos trabalhadores e das empresas tomadoras de serviço. Afigurar-se-ia extremamente injusto caso a empresa tomadora não tivesse responsabilidade alguma sobre o pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços.

Como já ressaltado, o processo de terceirização já tem efeitos bastante negativos para o trabalhador, pois é uma forma de burlar licitamente as garantias asseguradas ao empregado, diminuindo o ônus para os tomadores de serviços. A irresponsabilidade de quem efetivamente se beneficia do trabalho dos terceirizados seria mais uma insegurança para estes empregados, que já tem tantos direitos suprimidos.

Por outro lado, como o vínculo de emprego é formalizado com a empresa intermediadora de mão de obra, cabe a ela cumprir as obrigações trabalhistas. Assim, a responsabilização subsidiária da empresa contratante da prestação de serviços assegura o pagamento das verbas trabalhistas, sem suprimir a obrigação principal da empresa intermediária.

A previsão de que o tomador de serviços necessita participar da relação processual e do título executivo judicial assegura a efetivação da ampla defesa e do contraditório, impedindo que tais empresas sejam surpreendidas apenas na fase de execução.

4.1 Previsão de irresponsabilidade da Administração Pública

Com a constante utilização da terceirização por parte da Administração Pública, vários foram os questionamento acerca da responsabilidade civil do Estado pelas verbas trabalhistas nos casos de inadimplemento por parte da empresa contratada. A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, prevê expressamente a irresponsabilidade do Estado em tais casos, conforme se observa no art. 71 e seu §1º, *in verbis*:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Desta forma, é patente o conflito existente entre a redação da Súmula 331 do TST e a do art. 71 da Lei 8.666/93. Enquanto esta prevê a irresponsabilidade do Estado na situação em tela, aquela estabelecia em sua redação originária a responsabilidade subsidiária, sem exceções.

Tendo em vista a celeuma jurisprudencial e doutrinária decorrente da interpretação desses dois dispositivos normativos, o TST editou no ano de 2000 o item IV da Súmula 331, que passou a estabelecer diretamente que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”.

A partir de tal modificação, o entendimento predominante de que a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das verbas trabalhistas dos terceirizados se aplicava ao Estado se consolidou, de forma que os tribunais regionais trabalhistas o aplicavam quase que irrestritamente. Assim, a Administração Pública era condenada automaticamente ao pagamento subsidiário dos ônus trabalhistas quando a empresa contratada não cumpria com suas obrigações. Para exemplificar, cumpre colacionar as seguintes decisões do TST:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TST.

A decisão recorrida se harmoniza com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, consolidada na Súmula nº 331, item IV, que assim dispõe: -O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a Órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)-. O apelo encontra óbice nas restrições contidas na Súmula nº 333 do TST e no artigo 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista **não conhecido**. (...) (TST. PROC. Nº TST-RR-6.843/2000-651-09-00.0. Min. Rel. VANTUIL ABDALA. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 04 de novembro de 2009).

Diante das numerosas decisões dos tribunais trabalhistas nesse sentido³, várias foram as Reclamações encaminhadas ao STF, com fulcro no art. 103-A, §3º da CF/88, que estabelece que da decisão judicial que contrarie a súmula aplicável ou indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao STF que, julgando-a procedente, cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Os fundamentos das referidas reclamações baseavam-se na alegação de que ao aplicar irrestritamente o item IV da Súmula 331 do TST, os tribunais trabalhistas estavam declarando implicitamente a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei 8.666/93, violando o disposto na Súmula Vinculante nº 10 do STF, que estabelece que a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare

³ **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, INCISO IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.**

A Súmula 331, item IV, desta Corte consagra o entendimento segundo o qual - o *inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial* (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)-. **Recurso de revista não conhecido.** (TST. PROCESSO Nº TST-RR-377/2007-016-06-00.6. Rel. Min. EMMANOEL PEREIRA. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 25 de novembro de 2009).

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO JULGADO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. (...) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, INCISO IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A Súmula 331, item IV, desta Corte consagra o entendimento segundo o qual - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)-. **Recurso de revista não conhecido.** (TST. PROCESSO Nº TST-RR-1252/2005-009-06-00.3. Rel. Min. EMMANOEL PEREIRA. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 18 de novembro de 2009).

expressamente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, mas afaste sua incidência ou aplicação, mesmo que em parte, desrespeita a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal.

De fato, o supracitado artigo da Lei de Licitações não deixa margem para dúvidas ao estabelecer que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Entretanto, diante de todas as garantias constitucionalmente asseguradas, tais como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, bem como dos princípios norteadores do Direito do Trabalho que conferem proteção ao trabalhador, isentar o Estado completamente dos ônus trabalhistas dos administrados que lhe prestam serviços, mesmo que através de um contrato de terceirização, vai de encontro com a ordem constitucional sedimentada em nosso ordenamento jurídico.

Cumpre trazer à baila a doutrina de Barros (2013, p 426):

Aliás, examinando a matéria à luz dessa norma, verifica-se que ela realmente exclui a responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas, na hipótese de inadimplência da empresa fornecedora. Esse dispositivo, ao resguardar os interesses do poder público, isentando-o do pagamento dos direitos sociais aos que venham lhe prestar serviços, subverte a teoria da responsabilidade civil e atenta contra a Constituição vigente. Ora, admitir a isenção contida nessa norma implica conceder à Administração Pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV).

A partir de uma primeira análise do dispositivo em comento da Lei 8.666/93, poderia ser feita interpretação no sentido de que a finalidade da lei seria evitar que o direito individual de um trabalhador fosse considerado em detrimento do interesse público. Todavia, o interesse público é consubstanciado no bem maior de seus administrados. A lei deve estar adstrita aos princípios e valores consolidados na ordem constitucional garantista adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sob esse prisma, a previsão de irresponsabilidade do Estado pelo pagamento das verbas inadimplidas aos empregados da contratada subverte o interesse público ao gerar insegurança aos trabalhadores e criar benefício desproporcional à Administração Pública.

Cumpre ainda ressaltar que, como já explanado no capítulo 2, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos causados a terceiros. É o que preleciona o art. 37, §6º da CF/88. Entretanto, trata-se de dano causado por terceiro, a empresa contratada, podendo aplicar-se a teoria cabível nas hipóteses de danos causados por omissão do Estado, qual seja, a da responsabilidade subjetiva. Nesse contexto, muito embora não se trate de dano causado diretamente pelo Poder Público, cabe ao Estado uma proteção mais efetiva do que a simples aplicação da responsabilidade subjetiva, pois o dano causado pela prestadora de serviços decorre diretamente da falta de fiscalização do cumprimento do contrato de terceirização. Ademais, o dano causado atinge a dignidade do sujeito lesado, tendo em vista que este está sendo privado de verbas de caráter alimentar, cuja retenção dolosa constitui crime, nos termos do inciso art. 7º, X da Carta Maior.

O art. 71 da Lei de Licitações não tem o condão de isentar o estado da diligência de fiscalizar o cumprimento dos contratos que celebra. A culpa *in eligendo*, de fato, não pode ser atribuída ao Estado nos contratos de licitação, uma vez que os requisitos que elegem o vencedor do certame são vinculados, adstritos ao que determina a lei. Entretanto, é inequívoca a culpa *in vigilando* quando um trabalhador precisa recorrer ao Poder Judiciário para receber as verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços para o Estado. Se a empresa contratada não está efetuando o pagamento dos seus funcionários em dia, cabe ao contratante zelar pelo cumprimento de tais obrigações por parte da prestadora de serviços. Dificilmente, uma empresa que está sendo devidamente fiscalizada pelo Estado, enquanto contratada por meio de uma licitação, deixará de cumprir com os encargos trabalhistas de seus empregados.

A Lei de Licitações traz dispositivos⁴ que tratam da fiscalização do contrato administrativo pelo estado. O art. 58, III, que confere à administração

⁴ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

[...]

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

pública a prerrogativa de fiscalizar a execução dos contratos celebrados nos termos da Lei 8.666/93, e art. 67 determina como deve ser feita a fiscalização. O art. 78, IV estabelece especificamente que o não cumprimento das determinações emanadas pela autoridade fiscalizadora constitui motivo para rescisão unilateral do contrato.

Sobre o tema preleciona Di Pietro (2012, p. 280):

Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no art. 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores.

O não atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VII), sem prejuízo das sanções cabíveis.

Assim, a fiscalização por parte da Administração Pública das empresas com que celebra contratos de terceirização é a melhor forma de harmonizar tanto os interesses do Estado como dos trabalhadores prestadores de serviços, em respeito aos princípios constitucionais e trabalhistas. Nesse sentido são os ensinamentos de Gemignani (2011, p. 36):

Nesta perspectiva, exigir que a Administração Pública fiscalize o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado não atende apenas ao direito de um indivíduo ou de um grupo de trabalhadores, mas visa proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental e seu significado como valor fundante da república brasileira, nos termos estabelecidos pelo inciso IV do art. 1º da CF/88.

4.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

Tendo em vista as diversas controvérsias jurisprudenciais surgidas a partir da interpretação da Súmula 331 do TST e do disposto na Lei de Licitações, foi proposta pelo Governador do Distrito Federal, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

A ADC nº 16 tinha como objeto o mencionado art. 71, §1º da Lei 8.666/93, que, segundo o autor da ação, era constantemente violado pelo TST, por meio da edição do item IV da Súmula 331, aplicado majoritariamente em todos os tribunais trabalhistas do País.

No julgamento da ação em tela, foi reconhecida pelo STF a constitucionalidade do dispositivo objeto da demanda, uma vez que este não viola a teoria da responsabilidade objetiva do Estado estabelecida por meio do art. 37, §6º da Constituição Federal, pois trata-se de dano causado por terceiro, e não por agente da Administração. Entretanto, a Ministra Cármem Lúcia, em seu voto, ressaltou que não pode prosperar o argumento utilizado pelas Fazendas Públicas de que a Administração Pública não tem como evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas. Como já salientado, cabe ao Poder Público a fiscalização da execução dos contratos administrativos celebrados.

Assim, ficou estabelecido em sede de controle de constitucionalidade que não cabe a condenação subsidiária automática do Estado, em decorrência exclusivamente do mero descumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Para que recaia sobre a Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas inadimplidas, a instrução processual deve comprovar que houve falha na fiscalização do contratado pela contratante.

A melhor forma de compatibilizar o entendimento do STF proferido por meio da ADC nº 16 com os direitos dos trabalhadores cujas verbas não foram pagas seria admitir uma presunção de culpa *in vigilando* do Estado. Uma vez demandada para o pagamento das verbas trabalhistas dos terceirizados, caberia à Administração Pública comprovar que fiscalizou o cumprimento do contrato administrativo, conforme preceitua a Lei de Licitações, para assim afastar a presunção de culpa. Desta forma, seria aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva, com inversão do ônus da prova.

Em função do julgamento da ADC nº 16, o TST modificou a redação do item IV da Súmula 331, e acrescentou os itens V e VI, *in verbis*:

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

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

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

Observa-se que o acima colacionado item V adequou a Súmula 331 ao julgamento proferido pelo STF. Várias foram as críticas feitas por parte dos doutrinadores, tais como Barros (2013, p. 426), para quem a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços funda-se no risco assumido pela Administração Pública ao contratar com empresa inadimplente, beneficiando-se do trabalho dos empregados terceirizados, devendo o Estado responder pelo inadimplemento das obrigações sem restrições.

Já para Cassar (2012, p. 542), para a aplicação da responsabilidade subsidiária ao Poder Público pelo pagamento das verbas trabalhistas dos terceirizados, deve haver prova robusta da culpa *in vigilando*, que não pode ser presumida.

Após a edição do item V da Súmula 331 pelo TST, os tribunais trabalhistas pátrios adequaram seu entendimento para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado quando não comprovada a falha na fiscalização, conforme se observa nos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre

de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. No caso concreto, o TRT *a quo* manteve a condenação subsidiária delineando, de forma expressa, a culpa *in vigilando* da entidade estatal. Ainda que a Instância Ordinária mencione fundamentos não acolhidos pela decisão do STF na ADC nº 16-DF (tais como responsabilidade objetiva ou culpa *in eligendo*), o fato é que, manifestamente, afirmou no *decisum* que houve culpa *in vigilando* da entidade estatal quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. A configuração da culpa *in vigilando*, caso afirmada pela Instância Ordinária (como ocorreu nos presentes autos), autoriza a incidência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (arts. 58 e 67, Lei 8.666/93, 186 e 944 do Código Civil). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.

(TST. AIRR - 160-60.2010.5.10.0005 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 13/03/2013, 3^a Turma, Data de Publicação: 15/03/2013)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA 331, V, DO TST. Constatada contrariedade à Súmula 331, V, do TST, merece provimento o Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido.II - RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA 331, V, DO TST. Em se considerando que o Regional manteve a responsabilidade subsidiária do ente da Administração Pública tão somente sob o fundamento de que fora beneficiário da prestação de serviços, sem ter sido demonstrada culpa decorrente de conduta omissiva na fiscalização do cumprimento do contrato firmado com a empresa prestadora dos serviços, impõe-se a aplicação do disposto na Súmula 331, V, do TST para afastar a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. Recurso de Revista conhecido e provido.

(TST. 750792010505021 750-79.2010.5.05.0521, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 06/02/2013, 8^a Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013)

Assim, consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que para a Administração Pública ser condenada pelo pagamento dos ônus trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização, é necessária a comprovação da culpa *in vigilando* do Estado na fiscalização do cumprimento do contrato administrativo.

Muito embora o STF tenha decidido em sentido contrário, a aplicação da responsabilidade subsidiária, da forma como o item IV da Súmula 331 previa antes da última alteração feita pelo TST, seria a forma mais adequada de harmonizar os interesses de todas as partes envolvidas, quais sejam, o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e o Estado.

Assim, para compatibilizar o que decidido na ADC nº 16 com a proteção conferida ao trabalhador pela Constituição e pelo ordenamento jurídico com um todo, impera-se o estabelecimento de uma presunção relativa de culpa do Estado quando demandado pelo pagamento das verbas trabalhistas dos terceirizados. Caso conferida tal interpretação ao que decidido pelo STF, caberia à Administração Pública comprovar que cumpriu com o seu direito e dever de fiscalizar a execução do contrato, afastando a culpa *in vigilando*. O item V da Súmula 331 seria aplicado com a inversão do ônus da prova, para que os trabalhadores tivessem um mínimo de segurança do adimplemento de seus direitos. Se o Estado demonstrasse que cumpriu com seu dever, a responsabilidade subsidiária seria afastada. Desta forma, o trabalhador não teria a obrigação de provar a omissão do Estado na fiscalização do contrato administrativo, bastando apenas a mera alegação de omissão da Administração Pública. A esta caberia esforçar-se para demonstrar que cumpriu com suas obrigações.

5 CONCLUSÕES

A terceirização trata-se de uma modalidade de intermediação de um serviço através de uma empresa interposta, que fornece os trabalhadores para a empresa contratante. Assim, o vínculo de emprego é formalizado entre os empregados e a empresa prestadora de serviços, uma vez não verificada a pessoalidade e a subordinação para com a empresa tomadora, que é quem de fato se beneficia com o trabalho do terceirizado.

A primeira norma a prever a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro foi o art. 455 da CLT, ao tratar da subempreitada. Entretanto, tal instituto consolidou-se por meio da Administração Pública, uma vez que o Decreto - Lei 200/67 prevê especificamente que as atividades de mera execução do Estado serão preferencialmente realizadas por meio de execução indireta, mediante contrato.

Os serviços terceirizados devem ser apenas as atividades meio da tomadora de serviços. A única modalidade de terceirização de atividade fim é a prevista pela Lei do Trabalho Temporário. Nas outras hipóteses, caso seja constatado que o empregado terceirizado está praticando a atividade fim da tomadora, a terceirização será irregular, formando-se o vínculo de emprego diretamente com a contratante.

Outro fator de suma importância para que a terceirização seja considerada regular é que na relação entre o empregado e a tomadora de serviços não haja pessoalidade e subordinação. Tais características devem estar presentes entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços. Caso contrário, o vínculo de emprego será formado diretamente com a empresa contratante, em decorrência da irregularidade da intermediação da mão de obra.

A terceirização mitiga os direitos dos trabalhadores, tendo em vista que estes ficam impossibilitados de se beneficiar de várias garantias, tais como equiparação salarial, unidade sindical e tratamento isonômico com os empregados da empresa contratante. As normas internas, convenções e acordos coletivos que beneficiem os empregados da contratante não se estendem aos terceirizados, assim como a equiparação salarial, pois falta o requisito do mesmo empregador. Trata-se de uma forma de burlar licitamente vários direitos trabalhistas, indo de encontro aos valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido pelo art. 37, inciso II que para a investidura em cargo ou emprego público seria necessária a prévia aprovação em concurso público. Desta forma, a Constituição Federal vedou a formação de vínculo de emprego dos trabalhadores cuja terceirização efetivada pelo Estado fosse considerada irregular.

Para melhor regulamentação do tema, o TST editou a Súmula 331 em dezembro de 1993. Em sua redação originária, o referido verbete estabelecia que a terceirização irregular não forma vínculo de emprego quando o tomador de serviços é o Estado, em respeito ao disposto no art. 37, II da Carta Maior. Entretanto, estabelecia que a responsabilidade da tomadora de serviços pelo pagamento das verbas inadimplidas pelo contratado seria subsidiária, sem prever exceções nem se referir especificamente às hipóteses em que a Administração Pública é a contratante.

Por sua vez, a Lei nº 8666/93, que regulamenta as licitações públicas e os contratos administrativos, em seu art. 71 §1º preconiza que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas dos terceirizados é do contratado, e que a inadimplência de tais verbas não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

No caso em tela, não se vislumbra a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37 §6º da CF/88, pois o dano é causado por terceiro e não por agente do Poder Público. Trata-se de dano causado por omissão do entre contratante, que não cumpriu com seu dever de fiscalizar a execução do contrato de terceirização pelo contratado.

Nos termos da Lei nº 8666/93, o regime jurídico dos contratos administrativos confere ao Estado a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, bem como de rescindi-lo unilateralmente no caso de descumprimento das determinações da autoridade fiscalizadora.

Mesmo se tratando de dano causado por omissão do Estado, a simples aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, que em tese seria a adequada nos casos de dano oriundo de omissão do Poder Público, não se mostra cabível na situação em tela. A Administração Pública, na qualidade de beneficiária do trabalho prestado pelos terceirizados, tem o dever de fiscalizar o cumprimento do contrato e de zelar pela proteção dos direitos dos trabalhadores, em respeito à dignidade da

pessoa humana e os valores sociais do trabalho. O descumprimento dos encargos trabalhistas por parte do contratado requer do ente público contratante maior proteção do que a mera aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva pode conferir. Insta asseverar que a retenção dolosa do salário constitui crime, nos termos do art. 7º, inciso X da Constituição Federal.

Se o trabalhador necessita do Poder Judiciário para receber suas verbas trabalhistas, é patente a falta de fiscalização por parte do Estado. A previsão de irresponsabilidade constante na Lei de Licitação contraria o interesse público, que se consubstancia no bem maior dos administrados, e vai de encontro aos princípios protetores do trabalhador sedimentados em nossa Constituição.

Tendo em vista que a Súmula 331 estabelecia a responsabilidade subsidiária sem mencionar exceções nem se referir especificamente aos casos em que a Administração Pública era a tomadora dos serviços, vários foram os questionamentos feitos aos tribunais trabalhistas nesse sentido, pois o entendimento esposado pelo TST era incompatível com o exposto no art. 71, §1º da Lei de Licitações.

Para encerrar as dúvidas, o TST editou o item IV da Súmula 331, que passou a prevê expressamente que ao Estado também se aplicava a regra da responsabilidade subsidiária. Trata-se da melhor interpretação conferida ao tema, em consonância com a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, bem como com o dever de fiscalização do pagamento de tais verbas pelo Poder Público.

O entendimento esposado pelo supracitado item IV da Súmula 331 do TST ensejou a propositura de inúmeras reclamações, com fulcro no art. 103-A, §3º da Constituição Federal, bem como da ADC nº 16, que julgou constitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, uma vez que este não viola a teoria da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal, pois se trata de dano causado por terceiro, e não por agente público.

Contudo, em sede de controle de constitucionalidade, ficou consignado que a previsão de irresponsabilidade do Estado pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, embora constitucional, não isenta a Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato administrativo. Desta forma, a

responsabilidade subsidiária do Poder Público só será reconhecida quando comprovada a culpa *in vigilando* do Estado.

Em consequência do julgamento da ADC nº 16, o TST modificou a redação do item IV da Súmula 331 e acrescentou os itens V e VI, esclarecendo que para que o Estado seja condenado subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado, é necessária a comprovação da culpa *in vigilando*.

A omissão do Estado em fiscalizar o cumprimento dos ônus trabalhistas por parte de seus prestadores de serviço, repercutindo diretamente na inadimplência do pagamento de tais verbas aos trabalhadores terceirizados, configura verdadeiro acinte à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho, e à ordem constitucional garantista vigente no País. A previsão de que a inadimplência por parte do prestador de serviços não transfere a responsabilidade do pagamento ao ente contratante confere à Administração Pública benefício injustificável e inaceitável. A aplicação da responsabilidade subsidiária seria a forma mais adequada de harmonizar os interesses de todas as partes envolvidas, quais sejam, o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e o Estado.

Para compatibilizar o que decidido na ADC nº 16 com a proteção conferida ao trabalhador pela Constituição e pelo ordenamento jurídico com um todo, impera-se o estabelecimento de uma presunção relativa de culpa do Estado quando demandado pelo pagamento das verbas trabalhistas dos terceirizados. Assim, caberia à Administração Pública comprovar que cumpriu com o seu direito e dever de fiscalizar a execução do contrato, afastando a culpa *in vigilando*. O item V da Súmula 331 seria aplicado com a inversão do ônus da prova, para que os trabalhadores tivessem um mínimo de segurança do adimplemento de seus direitos. Caso o Estado demonstrasse que cumpriu com seu dever, a responsabilidade subsidiária seria afastada.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 12 fev. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 fev. 2013.

_____. **Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997**. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 25 fev 2013.

_____. **Decreto – Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.

_____. **Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 20 fev. 2013.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 16 fev. 2013.

_____. **Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em 17 fev. 2013.

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

Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso: 13 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 16.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=627165&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADC%20/2016>>. Acesso em 5 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **RO 0207800-5920065070004 CE,** Relator: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento: 12/01/2009, TURMA 1, Data de Publicação: 18/02/2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. **RO 00728-2009-017-16-00-2 MA,** Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Julgamento: 12/07/2011, Data de Publicação: 19/07/2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 7800200-26.2005.5.09.0672,** Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 18/12/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 01/02/2013

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 1016-94.2010.5.03.0077,** Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 26/09/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 28/09/2012

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 6.843/2000-651-09-00.0.** Min. Rel. VANTUIL ABDALA. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 04/11/2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 377/2007-016-06-00.6.** Rel. Min. EMMANOEL PEREIRA. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 25/11/2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1252/2005-009-06-00.3.** Rel. Min. EMMANOEL PEREIRA. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 18/11/2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 160-60.2010.5.10.0005 ,** Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 13/03/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 15/03/2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AI no RR 750-79.2010.5.05.0521,** Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 06/02/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em 30 fev. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 30 fev. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11 ed. São Paulo: LTr, 2012

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

_____. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 5. ed. São Paulo: Atlas 2006.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? **Revista do TST.** vol. 77, nº 1, p. 36-53, jan/mar 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2011-vol.-77>>. Acesso em: 15 jan 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.