

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

DIRSON BRUISMANN

**A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO  
TRABALHO, E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS  
CRÉDITOS TRABALHISTAS NÃO ADIMPLIDOS PELA EMPRESA PRESTADORA  
EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Porto Alegre

2011

DIRSON BRUISMANN

**A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO  
TRABALHO, E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS  
CRÉDITOS TRABALHISTAS NÃO ADIMPLIDOS PELA EMPRESA PRESTADORA  
EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre  
2011

DIRSON BRUISMANN

**A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO  
TRABALHO, E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS  
CRÉDITOS TRABALHISTAS NÃO ADIMPLIDOS PELA EMPRESA PRESTADORA  
EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

---

Prof. Glênio José Wasserstein Hekman

---

Prof. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Aos meus pais, Egídio e Zélia, que me ensinaram os valores básicos da vida, como educação, honestidade e caráter e, apesar das inúmeras dificuldades, sempre se preocuparam com meus estudos.

À minha esposa Ariele, pelo carinho, amor e compreensão, principalmente nesses últimos meses de faculdade.

Ao meu filho Lucas, que deu um novo sentido à minha vida, também pelo carinho e pelo amor incondicional e indispensável à realização deste trabalho.

Ao meu tio Vilar e à minha amiga Vali, que, desde os tempos da saída do 2º Grau, sempre me apoiaram na minha busca por esse sonho de cursar uma faculdade, que tinha que ser pública em razão de inúmeras dificuldades, acima de tudo financeiras.

Por fim, a todos os meus amigos e colegas, pelo incentivo, pela força, pelos conselhos e pelo acolhimento nesta “cidade grande”.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a nova redação da Súmula 331 do TST, levada no aspecto específico da responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas inadimplidos dos trabalhadores recrutados por empresas por ela contratadas mediante regular procedimento licitatório. Primeiramente analisa-se o fenômeno terceirização, expondo suas características, seus conceitos doutrinários, fundamentos, elementos, efeitos jurídicos e sua evolução histórica. A seguir, discorre-se sobre a responsabilidade civil do Estado sob a ótica do Direito Administrativo, abordando os temas da sua responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como as teorias doutrinárias que fundamentam cada uma delas. Por fim, aborda-se a alteração da Súmula 331 do TST e a aplicação da sua nova redação nos julgados trabalhistas envolvendo entes públicos.

Palavras-chave: terceirização, Administração Pública, responsabilidade, Súmula 331.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO .....</b>	<b>9</b>
2.1 Conceito de Terceirização.....	9
2.2 Surgimento .....	12
2.3 Fundamentos .....	17
2.4 Classificação .....	18
2.5 Terceirização Lícita e Ilícita .....	19
2.6 Elementos da Terceirização .....	23
2.6.1 Vínculo jurídico de natureza contratual .....	23
2.6.2 Relação trilateral .....	25
2.6.3 Coexistência de obrigações complexas .....	26
2.6.4 Especialização dos serviços .....	26
2.6.5 Direção do trabalho pela prestadora dos serviços .....	27
2.6.6 Boa-fé entre as partes.....	28
2.7 A terceirização na jurisprudência trabalhista brasileira .....	29
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>34</b>
3.1 Responsabilidade civil .....	34
3.2 Responsabilidade Civil do Estado .....	34
3.3 Evolução da Responsabilidade Civil do Estado .....	36
3.4 Responsabilidade Subjetiva do Estado .....	37
3.4.1 A culpa <i>in vigilando</i> e a culpa <i>in eligendo</i> .....	39
3.5 Responsabilidade Objetiva do Estado.....	42
3.6 Sujeitos que comprometem o Estado.....	44
3.7 Caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade .....	45

3.8 O dano indenizável.....	47
3.9 Causas de exclusão de responsabilidade .....	49
3.10 A responsabilidade do Estado na legislação brasileira .....	51
<b>4 A ATUAL REDAÇÃO DA SUMULA 331 DO TST .....</b>	<b>54</b>
4.1 Antecedentes .....	54
4.2 A Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, do Supremo Tribunal Federal .	58
4.3 A aparente derrota da Súmula 331 do TST e o (re) posicionamento do Judiciário Trabalhista .....	64
4.4 A nova redação da Súmula 331 do TST .....	67
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A terceirização de mão de obra e de serviços já é uma realidade muito presente nas empresas privadas brasileiras e também em entes públicos.

Embora não seja um instituto de natureza trabalhista, mas uma fórmula de administração de mão de obra voltada a uma reestruturação empresarial, sua implementação gerou enormes impactos nas relações trabalhistas, o que obrigou o Direito do Trabalho a desenvolver uma regulamentação especial sobre o tema, visando à preservação do princípio de proteção do trabalhador envolvido na relação.

Além de uma legislação esparsa e pontual tratando do tema, a regra mais recente e mais aplicada ao fenômeno da terceirização é a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação foi recentemente alterada por aquela Corte, em face do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 16, da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Lei de Licitações.

O presente trabalho propõe-se a analisar a recente alteração da Súmula 331 do TST, levada a efeito em face do posicionamento do STF, no aspecto específico da responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas inadimplidos dos trabalhadores recrutados por empresas por ela contratadas mediante regular procedimento licitatório.

Apesar da controvérsia que ainda existe em ações trabalhistas intentadas com objetivo de reconhecimento da responsabilidade estatal, já se pode notar, na jurisprudência trabalhista pós ADC nº 16, uma certa uniformidade nos julgamentos envolvendo o tema.

Primeiramente, serão expostas considerações gerais acerca do fenômeno terceirização, desde conceitos doutrinários, seus fundamentos, elementos, efeitos jurídicos e sua evolução histórica na legislação brasileira, até a atual redação da Súmula 331.

Na segunda parte do trabalho será analisada a responsabilidade civil do Estado sob a ótica do Direito Administrativo. Serão abordados os temas da

responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado, bem como as teorias doutrinárias que fundamentam cada uma delas. Também serão identificados os sujeitos que comprometem o Estado e as hipóteses em que este é isento de responsabilidade.

Por fim, na terceira parte do trabalho, será abordada a alteração da Súmula 331 do TST realizada em maio do corrente ano, contextualizando-a com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16, que declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem, contudo, impedir o judiciário trabalhista de imputar responsabilidade à Administração Pública por créditos trabalhistas inadimplidos de empregados de empresas por ela contratadas mediante licitação, caso verificada a sua culpa in vigilando.

## 2 A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

### 2.1 Conceito de terceirização

A terceirização é um fenômeno que se verifica em quase todos os países, mostrando-se mais intensa e presente em alguns e mais tímida em outros.

A palavra terceirização resulta de um neologismo oriundo da palavra terceiro, que, na cultura do Direito do Trabalho, significa intermediário, interveniente. Não se está tratando aqui de alguém estranho à relação jurídica entre duas ou mais partes. Segundo Maurício Godinho Delgado, esse neologismo “foi construído pela área de administração de empresas, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa”<sup>1</sup>.

De acordo, ainda, com o mesmo autor, para o Direito do Trabalho, “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”<sup>2</sup>. O trabalhador, nesse contexto, é inserido no processo produtivo do tomador de serviços sem que se caracterize vínculo de emprego, configurando-se esse vínculo com a empresa interveniente, gerando uma relação trilateral entre o obreiro, que é o prestador dos serviços, aquele que realiza suas atividades junto à empresa tomadora, a empresa terceirizante, que contrata o obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas respectivos, e a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de trabalho, mas não é empregadora desse trabalhador envolvido nessa triangulação.

Esse modelo de triangulação da relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo de terceirização é muito distinto do clássico modelo empregatício, que se funda numa relação bilateral, ocorrendo, com isso, uma dissociação entre relação econômica de trabalho, firmada com a empresa tomadora, e relação jurídica empregatícia, firmada com a terceirizante.

---

<sup>1</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 414.

<sup>2</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 414.

Alice Monteiro de Barros, por sua vez, conceitua a terceirização como um fenômeno que “consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa a sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio”<sup>3</sup>.

Já para Carlos Alberto Ramos Soares Queiroz, a terceirização

“É uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é a sua atividade-fim, permitindo a estas se concentrarem no seu negócio, ou seja, no objetivo final”<sup>4</sup>.

Vólia Bomfim Cassar, por seu turno, leciona que 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”<sup>5</sup>. (grifos no original)

Ainda, segundo a autora, na terceirização,

“a empresa de mão de obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes. Ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre o tomador e os trabalhadores, sendo que o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra”<sup>6</sup>.

Cinthia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles entendem que, na terceirização

“uma determinada empresa cede a totalidade ou parte das funções que compõem sua atividade-meio (atividades permanentes necessárias, mas não essenciais) para trabalhadores contratados por outra empresa, a prestadora dos serviços. Embora haja prestação de serviços diretamente

<sup>3</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 452.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares. **Manual de Terceirização: como encontrar os caminhos para a competitividade, com flexibilidade empresarial e atendimento do mercado, ganhando da concorrência e satisfazendo os anseios e interesses dos consumidores**. São Paulo: STS Publicações e Serviços Ltda, 1998.

<sup>5</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 492.

<sup>6</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 493.

para a empresa cedente (tomadora dos serviços), o vínculo empregatício se estabelece apenas entre o trabalhador e a empresa prestadora.<sup>7</sup>

A terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando do tema. Surgiu como uma estratégia na forma de administração das empresas, com o objetivo de organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial<sup>8</sup>.

### Segundo Sérgio Pinto Martins, a terceirização

“consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários”<sup>9</sup>.

O mesmo autor ainda acrescenta que a terceirização envolve uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa à atividade-meio de outra, ou seja, a atividade principal (atividade-fim) da empresa terceirizante é fornecer mão de obra necessária à atividade-meio da empresa tomadora<sup>10</sup>.

Ainda segundo o autor, a terceirização é um fenômeno que desverticaliza as empresas, oportunizando que elas se foquem apenas na sua atividade-fim, aquela em que querem se aprimorar, delegando a terceiros a execução de serviços em que não se especializaram<sup>11</sup>.

Portanto, podemos dizer que a terceirização não é um contrato clássico bilateral (onde uma pessoa física presta serviços de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada para outra pessoa física ou jurídica que admite, assalaria e dirige essa prestação de serviços), mas sim, um contrato triangular, já que envolve três personagens bastante distintos: o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços. Ocorre um rompimento com o padrão bilateral da relação de emprego, que é a regra, já que, na relação trilateral, que é a

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 66.

<sup>8</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10 .

<sup>9</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

<sup>10</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

<sup>11</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

exceção e por isso deve ser interpretada de forma restritiva, o trabalhador presta serviços para uma pessoa jurídica (empresa tomadora), mas seu vínculo de emprego se forma com outra (empresa fornecedora de mão de obra)<sup>12</sup>.

Carmen Camino ensina que a terceirização implica a existência simultânea de dois contratos de natureza distinta: o contrato de trabalho entre o trabalhador e a empresa prestadora dos serviços e o contrato civil de prestação de serviços entre esta e a empresa tomadora. Esses contratos não se interpenetram, nem se comunicam<sup>13</sup>.

O objetivo principal da terceirização não é somente a redução de custo, mas também se busca maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa, transformando seus custos fixos em variáveis e possibilitando o maior aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento<sup>14</sup>, podendo, com isso, gerar um barateamento nos preços de seus produtos.

Um exemplo citado por Sérgio Pinto Martins é o da indústria automobilística, onde esta apenas procede na montagem do automóvel, com as peças produzidas por terceiros, segundo padronização por aquela imposta.

## 2.2 Surgimento

A terceirização surge a partir do momento em que há desemprego na sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando passamos por crises econômicas, onde o empresário tenta diminuir seus custos, principalmente com mão de obra. Não se trata de um instituto trabalhista, mas “uma fórmula de administração de mão de

---

<sup>12</sup> COURA, Solange Barbosa de Castro. **O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista.** in Revista Justiça do Trabalho. v 28, n. 333, Setembro de 2011. HS Editora Ltda, Porto Alegre, p. 21.

<sup>13</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho.** 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 238-239.

<sup>14</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

obra adotada em virtude da reestruturação empresarial”<sup>15</sup>, que acabou por gerar enormes impactos nas relações trabalhistas.

Tem-se uma ideia de terceirização no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda. Verificaram que poderiam delegar serviços a terceiros, que dariam suporte ao aumento da produção de armas<sup>16</sup>.

No Brasil, a terceirização é um fenômeno relativamente novo. A CLT faz menção apenas a duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455<sup>17</sup>), englobando ainda a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III<sup>18</sup>).

Afora essas menções celetistas, não houve qualquer destaque ao fenômeno da terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do ramo trabalhista brasileiro. Somente a partir das décadas de 60 e 70 é que a ordem jurídica imprimiu-lhe maior destaque, porém, referindo-se apenas ao segmento público do mercado de trabalho (Administração Direta e Indireta da União, dos Estados e Municípios)<sup>19</sup>.

Sérgio Pinto Martins atribui às multinacionais a primeira noção de terceirização, pois essas não queriam se preocupar com a maneira como seus negócios, produtos e serviços eram realizados, apenas lhes importava sua essência<sup>20</sup>.

Um exemplo que dá é a indústria automobilística, que contrata prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes de automóveis, reunindo essas peças e procedendo apenas à montagem final do veículo.

<sup>15</sup> COURA, Solange Barbosa de Castro. *in Revista Justiça do Trabalho*. Ano 28, n. 333, Setembro de 2011. HS Editora Ltda, Porto Alegre, p. 21.

<sup>16</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

<sup>17</sup> Redação do artigo: “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”.

<sup>18</sup> Redação do artigo: “Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: a) conciliar e julgar: (...) III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice (...)”

<sup>19</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

<sup>20</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3

Empresas que têm por atividade a limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967.

Os Decretos-leis nºs 1.212 e 1.216, de 1966, permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares, gerando a prestação de serviços por empresas de segurança bancária.

O Decreto nº 62.756, de 1968, estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra, revelando, a partir daí, uma certa licitude na contratação de funcionários por meio dessas agências.

Na França, foi editada a Lei nº 72-1, de 3 de janeiro de 1972, que trata do trabalho temporário. A lei definia o *entrepreneur* (empreiteiro ou empresário), que era a pessoa física ou jurídica que colocava provisoriamente à disposição dos tomadores de mão de obra as pessoas assalariadas, que seriam remuneradas para um determinado fim<sup>21</sup>.

De volta ao Brasil, a partir da década de 70 começou a ser incorporado na legislação pátria um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei 6019/74). Essa lei originou-se de um projeto de autoria do Deputado João Alves, cuja justificativa era um enorme contingente de trabalhadores representados, por exemplo, por estudantes, donas de casa, jovens em idade de serviço militar, trabalhadores com mais de 35 anos, cada um com suas dificuldades e peculiaridades intrínsecas a sua situação. Servia, também, àqueles trabalhadores que ainda não se haviam definido por uma profissão e que, pela oportunidade de livre escolha entre várias atividades, poderiam se interessar por uma delas e, afinal, consolidar um emprego permanente. Haveria ainda aqueles que viam uma possibilidade de aumentar seus rendimentos com um trabalho suplementar, sem prejuízo de sua atual ocupação<sup>22</sup>.

Paralelamente a essa evolução legislativa, e tão importante quanto, o segmento privado da economia já vinha, ao longo dos últimos 30 anos, incorporando

---

<sup>21</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

<sup>22</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizando tal exceção de contratação.

O fenômeno da terceirização tem se desenvolvido sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização por parte do legislador pátrio, crescendo à margem da normatividade heterônoma estatal, de certo modo, informalmente. Trata-se de uma certa dissociação da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem esforço legislativo para sanar tal defasagem jurídica<sup>23</sup>.

No âmbito das entidades estatais da União, foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas do setor privado da economia. Tais textos consistem no artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/67 (que dispõe, dentre outras coisas que “(...) a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, devendo “(...) desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta (...)”) e na Lei nº 5645/70, que trouxe exemplos de tais atividades (dos quais podemos citar atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, etc.), relacionadas, exclusivamente a atividades de apoio, a atividades-meio. Isso significava, de certo modo, uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da Administração Pública.

Ambos os textos legais induziam a administração estatal a uma desobrigação da realização de tarefas executivas e instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato.

Porém, o mesmo respaldo jurídico não se deu no setor privado.

De fato, nos anos 70 havia um único diploma legal tratando do tema e, mesmo assim, restrito a contratos de curta duração. Trata-se da Lei nº 6019/74 (Lei do Trabalho Temporário).

Posteriormente, nos anos 80, mais precisamente em 1983, surge a Lei nº 7102, também de efeitos restritos, visto dirigir-se a um específico e delimitado conjunto de trabalhadores, vinculados à segurança bancária.

---

<sup>23</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4

Como podemos ver, esses dois diplomas legais eram muito limitados e restritos em matéria de contratação terceirizada de mão de obra. O primeiro era limitado pela sua duração, não autorizando a contratação permanente de trabalhadores. O segundo, apesar de permitir a contratação de empregados terceirizados de forma permanente, estava restrita a uma determinada categoria profissional, a dos vigilantes.

Merece registro aqui, todavia, que o tipo legal da Lei nº 7.102 foi ampliado pelo próprio legislador, através da Lei nº 8863, de 1994, que abrangeu, como atividade submetida à modalidade de terceirização, a vigilância patrimonial de qualquer instituição (não mais apenas bancária) e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além de transporte de qualquer tipo de carga.

Apesar da escassez de normas autorizativas da terceirização, tal processo acentuou-se e generalizou-se no segmento privado da economia em situações e proporções bem superiores às permitidas pelos diplomas legais suprarreferidos, o que levou os tribunais do trabalho a empenharem esforços na busca de compreensão da natureza do processo terceirizante e da ordem jurídica aplicável.

Merece certo destaque, aqui, outra hipótese de terceirização acrescida ao artigo 442 da CLT pela Lei nº 8949, de 1994, qual seja, a de cooperativa.

Dispõe o preceito celetista que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre esses e os tomadores de serviços daquela”.

A locação de mão de obra vinha se tornando frequente em 1973. As empresas queriam uma mão de obra mais barata, porém, sem desprezar a legislação trabalhista vigente, que visava proteger o trabalhador. Nesse contexto surge a primeira norma que efetivamente tratou da terceirização, a Lei 6019, de 03 de janeiro de 1974, que regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado em larga escala no mercado sem qualquer normatização. O objetivo da lei era regular o trabalho temporário, e não fazer concorrência com o trabalho permanente.

Ante a escassez de hipóteses legais de terceirização de mão de obra, e tendo em vista que essa prática vinha se tornando cada vez mais comum no

mercado laborativo brasileiro, a jurisprudência trabalhista pátria, nos anos de 1980 e 90, passou a preocupar-se com o tema e com os riscos que os trabalhadores corriam no sentido de terem desrespeitados seus direitos trabalhistas, em face da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais quando da prolação de decisões em processos trabalhistas envolvendo terceirização de mão de obra. Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, corroborando com essa nova tendência: a de n. 256, de 1986, e a de n. 331, de 1993, que serão abordadas adiante neste trabalho.

### 2.3 Fundamentos

A terceirização tem suas raízes em fundamentos econômicos básicos. A globalização e a crise econômica mundial levaram o mercado interno a exigir maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo<sup>24</sup>. Em alguns casos, o custo é simplesmente menor, em tempo e dinheiro, para uma empresa contratar alguém para fazer um trabalho ao invés de fazê-lo sozinha<sup>25</sup>.

Para contratar pessoal próprio, a empresa precisa de muito planejamento, além da necessidade constante de treinamento de pessoal, o que demandaria bastante tempo e dinheiro. Isso sem mencionar os custos decorrentes de planos de saúde, alimentação, aposentadoria, etc., a que a empresa estaria obrigada a honrar contratando diretamente todos os seus funcionários.

Ao longo dos últimos 30 anos, o segmento privado da economia passou a incorporar práticas de terceirização da força de trabalho, mesmo não havendo lei alguma que as autorizasse exercer essa prática. Era o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza<sup>26</sup>.

Por conta de tudo disso, o trabalhador teve vários direitos flexibilizados ou até mesmo revogados, em afronta aos princípios norteadores do Direito do Trabalho, quais sejam, o da proteção ao empregado, o da norma mais favorável, o da

---

<sup>24</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 494.

<sup>25</sup> Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/terceirizacao2.htm>>. Acesso em 09/10/2011.

<sup>26</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 416.

condição mais benéfica, o do tratamento isonômico entre os trabalhadores que prestam serviço a uma mesma empresa, o do único enquadramento sindical, o do único empregador<sup>27</sup>.

## 2.4 Classificação

Sérgio Pinto Martins divide a terceirização em três estágios: inicial, intermediário e avançado<sup>28</sup>.

Nos estágios inicial e intermediário estão aquelas atividades que não estão ligadas diretamente à atividade principal da empresa. No inicial estariam as atividades não preponderantes ou não necessárias, como serviços de restaurantes, de creches, de limpeza, de conservação, de vigilância, de transporte, etc. No intermediário já se vislumbra uma certa ligação à atividade principal da empresa, mas essa ligação é indireta. Trata-se da manutenção de máquinas, usinagem de peças, etc, que serão empregadas à confecção do produto final.

No estágio avançado estão as atividades terceirizadas diretamente ligadas à atividade-fim da empresa, como gestão de certos processos como implantação da qualidade total, algumas atividades de pesquisa e desenvolvimento ou, até mesmo, a gestão de outros fornecedores.

De acordo com o autor, a terceirização ainda pode ser externa ou interna, ou seja, as etapas da produção repassadas podem ser executadas dentro ou fora da empresa tomadora.

Vólia Bomfim Cassar divide a terceirização em permanente ou temporária, de atividade-fim ou de atividade-meio, regular ou irregular e voluntária ou obrigatória<sup>29</sup>.

Para a autora, terceirização permanente é “aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (acidental)”; temporária é “a que pode ser

---

<sup>27</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 495.

<sup>28</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12-13.

<sup>29</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 497.

contratada de forma contínua, por necessidade permanente da empresa”; de atividade-fim “é aquela em que os serviços subcontratados se inserem na atividade-fim do tomador; de atividade-meio “ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide sobre serviço ligado à atividade-meio do tomador”; regular é a prevista em lei e também a não prevista, desde que ocorra em atividade-meio e não estejam presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT; irregular é aquela “que fere a lei” ou que é “praticada em fraude ao direito”; voluntária é aquela “em que o empresário escolhe se quer ou não terceirizar” e obrigatória é quando “a lei impõe a contratação de trabalhador por empresa interposta”<sup>30</sup>.

Maurício Godinho Delgado<sup>31</sup> e Alice Monteiro de Barros<sup>32</sup> classificam as terceirizações em lícitas e ilícitas, conforme será visto a seguir.

## 2.5 Terceirização lícita e ilícita

Tendo em vista que inexiste no ordenamento jurídico brasileiro norma vedando a contratação de serviços por terceiros, mister se faz esclarecer diferenças entre terceirização lícita e ilícita. A própria Constituição Federal consagra, em seu art. 170, o princípio da livre iniciativa, mostrando serem lícitos quaisquer serviços que não atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Isso demonstra que nem sempre “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com diretamente com o tomador de serviços” (inciso I da Súmula 331, do TST), exceto se configurada fraude, quando então se aplica o artigo 9º da CLT<sup>33</sup>.

Maurício Godinho Delgado estabelece um contraponto entre empregador aparente e empregador oculto<sup>34</sup>, ou seja, a empresa terceirizante e a tomadora, respectivamente, e explica que, na hipótese de configuração da terceirização ilícita,

<sup>30</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 497-498.

<sup>31</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 423-429.

<sup>32</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 421-427.

<sup>33</sup> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

<sup>34</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 426.

a ordem jurídica considera desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente formando-se o vínculo de trabalho com o tomador de serviços (empregador oculto), incidindo sobre o contrato todas as normas que regem a categoria do obreiro.

A terceirização lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da relação de emprego. A ilegal é a que se refere à locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores<sup>35</sup>.

Ainda segundo o autor, as situações de terceirização lícita estão assentadas claramente no texto da Súmula 331 do TST, constituindo quatro grandes grupos de situações sociojurídicas delimitadas, assim definidas<sup>36</sup>:

- “situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário” (Súmula 331, inciso I), que são aquelas expressamente especificadas pela Lei nº 6019/74 (que estabelece ainda outros requisitos para a admissão de trabalho temporário);

- “atividades de vigilância” (Súmula 331, inciso III, ab initio), regidas pela Lei nº 7102/83. Nesse sentido, a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pela Súmula 256, revisada, ao passo que essa se reportava aos casos previstos na Lei nº 7102/83, e aquela preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significa que hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho, valer-se da terceirização;

- “atividades de conservação e limpeza” (Súmula 331, III), já referidas no texto da Lei nº 5645/70, pioneiras no mercado de trabalho do país a ensejar práticas terceirizantes, mesmo com a antiga Súmula 256 do TST, em pleno vigor, não contemplando a licitude de tais práticas;

- “serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador”, que envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela

---

<sup>35</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

<sup>36</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p 423-424.

circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador (atividade-fim).

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de 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 de serviços<sup>37</sup>.

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.<sup>38</sup> São, portanto, atividades periféricas, referidas, exemplificativamente, na Lei nº 5645/70: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, etc.”, ou atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico (serviço de alimentação aos empregados, por exemplo).

Outro requisito fundamental para a configuração da licitude da terceirização é a ausência de pessoalidade e de subordinação direta na relação entre o trabalhador e o tomador de serviços. A Súmula 331 tem o cuidado de prever esse requisito (item III, in fine), a fim de evitar que o modelo terceirizante seja utilizado de modo fraudulento.

Assim, para o tomador, não deve importar a pessoa que está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade empresarial contratada, sendo irrelevante qualquer substituição de trabalhadores da prestadora<sup>39</sup>. Nesse sentido, Carmen Camino entende haver uma incompatibilidade da terceirização com a vinculação pessoal do empregado ao tomador de serviço, e que,

“Delegadas as atividades de meio a terceiro, é este terceiro quem escolhe seus próprios empregados e dirige a respectiva força de trabalho para

---

<sup>37</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 425.

<sup>38</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 425.

<sup>39</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 174-175.

atingir os seus (dele – terceiro contratado) objetivos de se desincumbir da prestação do serviço que é objeto do contrato mantido com o tomador”<sup>40</sup>.

Segundo a autora, o que se contrata numa relação triangular é um serviço, que será feito por qualquer trabalhador, escalado pela empresa que se obrigou a prestá-lo, e não um trabalhador para realizar o serviço<sup>41</sup>.

Do mesmo modo, na terceirização lícita, não cabe ao tomador fiscalizar, controlar ou organizar as atividades do empregado terceirizado, sendo essas atribuições da empresa prestadora, que é a quem cabe o exercício do poder de comando, tendo em vista que a delegação de serviços a terceiros implica, necessariamente, a transferência do poder de comando a esses, afastando, assim, qualquer possibilidade dos empregados do terceiro contratado trabalharem sob as ordens e orientações do contratante<sup>42</sup>. Por fim, a autora arremata:

“Se presente um mínimo traço de subordinação direta do prestador de serviços ao seu tomador, desaparece a relação mediata tomador-terceiro-prestador e a relação de emprego, pelo princípio da primazia da realidade, estabelece-se imediatamente entre o tomador e o prestador”<sup>43</sup>.

Sobre esse ponto, ainda, Cinthia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles entendem que o elemento subordinação implica ter o empregador “o poder de determinar o que, como, quando e onde produzir, restando ao trabalhador apenas acatar as suas ordens, salvo se manifestamente ilegais”<sup>44</sup>.

Assim, segundo Palma Ramalho, a subordinação nos remete ao poder de comando patronal, que pode ser conceituado como “o poder através do qual o empregador atribui uma função concreta ao trabalhador no âmbito da atividade para a qual foi contratado e adéqua a prestação deste aos seus próprios interesses, ao longo da execução do contrato”<sup>45</sup>. Em caso de terceirização, “o poder de comando

<sup>40</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 240.

<sup>41</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 239.

<sup>42</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 239.

<sup>43</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 239.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 55.

<sup>45</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 419. *apud* OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 55.

deve ser exercido somente pela prestadora de serviços”<sup>46</sup>, para que não haja a formação de vínculo com a tomadora.

Esse poder de comando se manifesta em quatro prerrogativas jurídicas básicas: a) poder de regulamentar a relação de emprego, como estabelecer regulamentos, planos de cargos e salários, etc.; b) poder de dirigir a prestação pessoal de serviço, distribuindo, orientando e fiscalizando o cumprimento das tarefas; c) poder punitivo (disciplinar), manifestando-se, basicamente, através de advertência, suspensão ou despedida por justa causa do empregado; e d) poder de adequação da prestação do serviço às necessidades da atividade, também chamado de *jus variandi* do empregador<sup>47</sup>.

## 2.6 Elementos da Terceirização

Rodrigo Coimbra Santos enumera os elementos da terceirização da seguinte maneira: “(1) vínculo jurídico de natureza contratual (de direito privado ou de direito administrativo); (2) relação trilateral (empresa tomadora, empresa prestadora e trabalhador); (3) coexistência de obrigações complexas; (4) especialização dos serviços; (5) direção do trabalho pela prestadora do serviço; (6) boa-fé entre as partes.”<sup>48</sup>

### 2.6.1 Vínculo jurídico de natureza contratual

No plano jurídico, a terceirização se dá por um vínculo de natureza contratual. O instrumento utilizado é um negócio jurídico, devendo, assim, observar as características de todo e qualquer negócio, quais sejam, aquelas previstas no

---

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 67.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 57.

<sup>48</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 95.

artigo 104 do Código Civil de 2002: “I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

A natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles, como: fornecimento de bens ou serviços, de empreitada, de locação de serviços, de concessão, de consórcio, entre outros<sup>49</sup>.

Apesar das particularidades relativas aos contratos administrativos, o vínculo também tem natureza contratual nos casos de terceirização ocorrida no serviço público. O fato de um dos pólos da relação ser o Estado obriga os contratantes a levarem em conta, além das normas comuns a qualquer contrato, também os princípios peculiares da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988 (legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência).

O ordenamento jurídico garante o respeito mútuo ao que foi contratado entre as partes. Em caso de descumprimento, estão previstas sanções que, no âmbito do direito privado, em regra são nulidades e indenizações, que poderão ser aplicadas tanto no contrato entre o tomador de serviços e o prestador, quanto naquele entre o trabalhador e o prestador.

Além disso, caso reconhecida a nulidade no vínculo entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora, poderá ser declarado o vínculo de emprego do trabalhador terceirizado diretamente com o tomador. Vale dizer aqui que o contrato de trabalho, no plano jurídico, vincula apenas o prestador de serviço e o trabalhador. Entre o prestador de serviços e a empresa tomadora haverá apenas um contrato de natureza civil, não de trabalho. Apenas em caso de descumprimento de alguma formalidade exigida pelo ordenamento jurídico é que se vai estender o vínculo jurídico trabalhista com a empresa tomadora<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 95.

<sup>50</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

## 2.6.2 Relação trilateral

A terceirização pressupõe a existência de três partes: a empresa tomador de serviços, a empresa prestadora de serviços e o trabalhador. Caso não configuradas as três partes, não restará caracterizada a terceirização.

Como dito anteriormente, o vínculo existente entre a empresa prestadora e o trabalhador será de natureza trabalhista, havendo um contrato, portanto, de natureza trabalhista. Entre as duas empresas partes da terceirização haverá um contrato de natureza civil, que, de acordo com Rodrigo Coimbra Santos,

“poderá apresentar a forma de um contrato de prestação de serviços, de empreitada, de locação de serviços, de concessão, de consórcio ou qualquer outra denominação que lhes derem as partes, desde que não exista norma jurídica que nomeie expressamente o contrato”<sup>51</sup>.

Ainda segundo o autor, entre o trabalhador e a empresa tomadora

“haverá uma relação de trabalho em sentido lato, que poderá adquirir várias formas jurídicas: relação de trabalho temporário (Lei 6019/79), relação de trabalho autônoma, sócio cooperativado, empreitada ou subempreitada de labor ou mista, entre outras. Algumas dessas formas de contratação exigem forma especial, como no caso do contrato de trabalho celebrado entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador temporário (Lei 6.019/74, arts. 11 e 12, § 1º), ou em caso de contratos de representação comercial autônoma (Lei 4.886/65, art. 27). Para os sócios de cooperativa deverão ser observados os requisitos da Lei 5.764/71, arts. 3º e 4º, combinados com os requisitos formais para a constituição de sociedades previstos no CC/2002. Com relação à empreitada e subempreitada, deve ser observada a necessidade de contrato por escrito, se o valor do contrato exceder a 10 salários mínimos, conforme os citados CPC, arts. 227 do CC/2002 e 401”.<sup>52</sup>

O autor enfatiza que, se a terceirização for lícita, nessa relação entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços

“haverá apenas uma relação de fato. A prestação material dos serviços ocorre para a tomadora, mas o vínculo jurídico existe apenas entre a

<sup>51</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99.

<sup>52</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99.

prestadora e o trabalhador, desde que sejam observadas as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico. Esse é o posicionamento do TST, por meio da Súmula 331, inc. III, ao afirmar que não forma vínculo de empregado com o tomador a contratação de serviço de vigilância, de conservação e limpeza, bem como, a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta.”<sup>53</sup>

### 2.6.3 Coexistência de obrigações complexas

Sob o ponto de vista jurídico, a terceirização é constituída por um complexo de vínculos obrigacionais, com relações regidas tanto pelo Direito Civil quanto pelo do Trabalho, sem excluir a possibilidade de incidência de norma de outras naturezas<sup>54</sup>.

A obrigação complexa é um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas. Pode ser modificada em seu conteúdo por acordo entre as partes ou em virtude de regulamentação legal, subsistindo, porém, a conexão, ou seja, a interligação conforme o sentido dos diferentes elementos do todo<sup>55</sup>.

Nas obrigações da relação trilateral da terceirização estão interligados os direitos subjetivos do trabalhador, da empresa terceirizada e da empresa tomadora de serviços e, dessa interligação, resulta o elemento da complexidade das obrigações decorrentes da terceirização<sup>56</sup>.

### 2.6.4 Especialização dos serviços

A empresa prestadora de serviços deve ser especializada naquele serviço que pretende prestar, visto que essa especialização é uma das principais finalidades

---

<sup>53</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99.

<sup>54</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 100.

<sup>55</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 101.

<sup>56</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102.

e vantagens da terceirização para a empresa tomadora, tendo em vista que essa busca a maximização de seus lucros, com incremento de produtividade e de qualidade do produto ofertado. Caso não haja essa especialidade, estaremos diante de fortes indícios de intermediação ilegal de mão de obra<sup>57</sup>. É inclusive em decorrência dessa especialização que o trabalhador terceirizado está sujeito a ordens de comando da empresa prestadora de serviços, que é quem entende bem da sua especialidade. Empregados terceirizados não se sujeitam ao poder de comando da empresa tomadora, exceto nos casos de trabalho temporário, nos termos da Lei 6019/74.

### **2.6.5 Direção do trabalho pela prestadora dos serviços**

Para que a terceirização seja válida, é indispensável que não estejam presentes, no caso concreto, os elementos caracterizadores da relação tradicional de trabalho, principalmente o elemento subordinação, que é o principal elemento caracterizador da relação de emprego.

Dentre os direitos e deveres que se correlacionam num contrato de trabalho, temos o direito do empregador de dirigir a prestação de serviços, conforme definição prevista no artigo 2º da CLT, in verbis, “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Esse direito de dirigir a prestação pessoal de serviço, também chamado de direito diretivo, possibilita ao empregador dar ordens ao empregado, que, por sua vez, deve cumpri-las, configurando-se aí a subordinação<sup>58</sup>.

Portanto, numa relação terceirizada, a empresa tomadora não poderá exercer nenhum ato em que reste configurada a direção direta sobre a prestação dos trabalhadores terceirizados<sup>59</sup>. Essa contrata serviços diretamente com uma empresa prestadora de serviços, à qual se dirigirá quando houver reclamações,

---

<sup>57</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 103.

<sup>58</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

<sup>59</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

exigências, sugestões, combinações, etc., durante a execução dos serviços, nunca diretamente ao empregado.

Diante desse panorama, resta cristalino que cabe à empresa prestadora de serviços, na qualidade de empregadora efetiva, contratar, assalariar e dirigir a prestação do trabalho, na forma do artigo 2º da CLT. A empresa tomadora nunca poderá dar ordens diretas aos empregados terceirizados que lhe estiverem prestando serviços, nem controlar o horário e tampouco pagar suas remunerações. Não pode, também, escolher os trabalhadores que prestarão o serviço, uma vez que a prestação pessoal de serviços (pessoalidade) é outro importante elemento caracterizador da relação de emprego<sup>60</sup>.

#### **2.6.6 Boa-fé entre as partes**

A boa-fé é um princípio geral do direito, devendo estar sempre presente em qualquer tipo de relação jurídica, sobretudo numa relação atípica, como a é a relação terceirizada (trilateral), onde os direitos subjetivos de cada parte se entrelaçam de maneira muito complexa, gerando, por conseguinte, vínculos obrigacionais complexos.

Assim, a boa-fé, numa relação terceirizada de trabalho, deve estar presente desde a formação do vínculo jurídico contratual, passando pela execução do serviço e se mantendo inclusive depois de cessada a contratação<sup>61</sup>. É essencial que todas as partes envolvidas numa relação trilateral tenham consciência da necessidade de manutenção da boa-fé de cada uma delas, evitando que sejam frustrados direitos de uma ou de outra em virtude de um descumprimento ou de uma fraude, situações que abarrotam nossos tribunais trabalhistas com reclamações fundadas, sobretudo, na quebra e no desrespeito a esse princípio tão básico, mas muito frágil.

Outro aspecto importante referido por Rodrigo Santos Coimbra é o problema da idoneidade da empresa prestadora de serviços, em especial de sua idoneidade

---

<sup>60</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

<sup>61</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107.

econômica, questão que vai fundamentar muitas decisões de processos trabalhistas, especialmente quanto ao limite de responsabilidade (solidária ou subsidiária) da empresa tomadora na relação havida entre as partes.

Nesse contexto de verificação da idoneidade econômica da empresa prestadora, surge uma controvérsia quanto ao momento em que essa deve ser verificada. Há os que entendem que ela deve ser verificada somente no ato da contratação e, assim, as modificações posteriores ocorridas no patrimônio da prestadora não devem modificar a presunção de boa-fé. Por outro lado, há os que entendem que a boa-fé deve ser constantemente auferida ao longo da execução do contrato, de modo a não dar ensejo a prejuízos ao trabalhador <sup>62</sup>.

Segundo o autor, ainda, o princípio da boa-fé está “intimamente ligado à chamada ordem de colaboração entre as partes”, formadora de uma unidade obrigacional, onde credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, mas sim, mantêm uma relação obrigacional como um todo <sup>63</sup>.

O Código Civil Brasileiro de 2002 <sup>64</sup> consagra a dupla feição do princípio da boa-fé, ou seja, a subjetiva, ligada à conscientização de cada parte de não estar lesando direito alheio ou agindo de forma ilícita, e a objetiva, como regra de conduta <sup>65</sup>.

## 2.7 A terceirização na jurisprudência trabalhista brasileira

Diante das proporções que da terceirização vinha tomando e da sua generalização no mercado laborativo do país, a jurisprudência trabalhista viu-se forçada a encarar o fenômeno com mais atenção, com o intuito de viabilizar a sua prática. Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões das últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou

---

<sup>62</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

<sup>63</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

<sup>64</sup> CC/2002, art. 113: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”; art. 422: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”

<sup>65</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 109.

duas súmulas de jurisprudência uniforme, a de nº 256, de 1986, e a de nº 331, de dezembro de 1993 (esta última revisando a anterior), além de duas orientações jurisprudenciais (ambas da Seção de Dissídios Individuais 1 – SDI-1 –, do TST), para casos específicos de terceirização de mão de obra por ente público, a de nº 321<sup>66</sup>, que prevê a ilicitude da contratação de mão de obra por empresa interposta e a formação de vínculo trabalhista diretamente com o tomador de serviços, e a de nº 383<sup>67</sup>, que, reforçando a idéia de inexistência de vínculo empregatício com a Administração Pública, em face da necessidade de prévia aprovação em concurso público para tanto (Constituição Federal, art. 37, II e § 2º), introduz a idéia de isonomia de direito dos empregados terceirizados às verbas trabalhistas, respeitada a identidade de funções.

Passando-se à análise dos verbetes supramencionados, temos que o texto original da Súmula 256 vedava qualquer prática de terceirização, com exceção daquelas já previstas em lei, ou seja, nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância. Seu texto era o seguinte:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Texto da OJ: “VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988. (nova redação, DJ 20.04.2005) Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88”. Interessante notar que o texto desta OJ é semelhante ao da antiga Súmula 256, apenas acrescentando a possibilidade de reconhecimento de vínculo com a Administração Pública em relação ao período anterior à Constituição de 1988.

<sup>67</sup> Texto da OJ: “TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRES-TADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

<sup>68</sup> Disponível em [http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html). Acesso em 14/11/2011.

Posteriormente, em 1993, essa súmula foi cancelada com a edição de outra, a de nº 331, cujo texto original era o descrito abaixo:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”<sup>69</sup>.

Percebe-se que foram mantidas as hipóteses lícitas de contratação de mão de obra por empresa interposta (trabalho temporário e serviços de vigilância), tendo sido incluídas, ainda, atividades de conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador como formas de contratação sem geração de vínculo, porém, com a ressalva de que não haja pessoalidade nem subordinação direta com esse.

Também foi incluída a impossibilidade de verificação de vínculo empregatício com a Administração Pública, em face do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal (inciso II), bem como a responsabilização subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplência do empregador principal (inciso IV).

---

<sup>69</sup> Disponível em [http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html). Acesso em 14/11/2011.

Mais tarde, no ano de 2000, por meio da Res. 96/2000, publicada no Diário da Justiça de 18, 19 e 20.09.2000, o inciso IV da Súmula 331 sofreu nova revisão, passando a ter a seguinte redação:

“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)”<sup>70</sup>.

É nessa alteração que reside o cerne da questão que será abordada adiante neste trabalho. Por meio dessa nova redação do inciso IV da Súmula 331 do TST, os entes públicos passaram a ser responsabilizados objetivamente pelos inadimplementos de ordem trabalhista de suas empresas contratadas, apesar do disposto no art. 71<sup>71</sup>, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Lei de Licitações.

Por fim, no ano de 2011, por meio da Res. 174/2011, divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27, 30 e 31.05.2011, a Súmula 331 voltou a sofrer alterações, dessa vez mais profundas, como se verá mais adiante neste trabalho, com nova redação dada ao inciso IV e o acréscimo dos incisos V e VI, tendo, como redação atual, a seguinte:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011  
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).  
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da

<sup>70</sup> Disponível em [http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html). Acesso em 14/11/2011.

<sup>71</sup> “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”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em 14/11/2011.

CF/1988).

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Disponível em [http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html). Acesso em 14/11/2011.

## 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 3.1 Responsabilidade civil

O principal objetivo da ordem jurídica é proteger as ações lícitas e reprimir as ilícitas. Para atingir esse objetivo, a ordem jurídica estabelece deveres, que podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou de tolerar<sup>73</sup>.

Segundo definição de Sérgio Cavalieri Filho, dever jurídico é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”<sup>74</sup>. Não se trata de um simples conselho ou advertência, mas sim de uma ordem ou comando, que vai gerar obrigações.

A violação de um dever jurídico configura um ilícito, que vai ocasionar um dano e, conseqüentemente, um dever de indenizar. Aqui surge a responsabilidade civil, que exprime uma idéia de obrigação, de encargo. Só haverá responsabilidade civil se houver a violação de um dever jurídico e dessa violação resultar um dano.

O autor estabelece uma distinção entre responsabilidade e obrigação, chamando essa de “dever jurídico originário” e aquela de “dever jurídico sucessivo”<sup>75</sup>. O dever jurídico originário é a obrigação a que alguém se submete e o sucessivo é a responsabilidade pelo não-cumprimento dessa obrigação.

### 3.2 Responsabilidade Civil do Estado

Celso Antonio Bandeira de Mello, em sua obra Curso de Direito Administrativo, define a responsabilidade civil do Estado como “a obrigação que lhe incumbe de reparar os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e

---

<sup>73</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

<sup>74</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

<sup>75</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”<sup>76</sup>.

Esclarece o doutrinador que a responsabilidade do Estado subordina-se a princípios próprios, compatíveis com as particularidades de sua posição jurídica, sendo, assim, mais extensa que a responsabilidade atribuída às pessoas privadas. Essa responsabilidade mais ampla se justifica na medida em que as funções do Estado ensejam a possibilidade de prejuízos em larga escala, tornando-se limitadas as possibilidades dos administrados de se furtar dessa ação estatal.

Leciona o autor, ainda, que a responsabilidade do Estado não pode ser confundida com a obrigação de indenizar os particulares em caso de necessidade de intervenção em direitos de terceiro, sacrificando-os e convertendo-os em patrimônio, como no caso da desapropriação. Nesse tipo de obrigação, o Estado age autorizado por uma norma que o legitima a interferir num direito alheio.

Nesse caso, não haveria uma violação propriamente dita de um direito alheio, ensejadora da responsabilidade, mas apenas um debilitamento, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não cabendo, portanto, responsabilidade<sup>77</sup>. É o que ocorre, por exemplo, quando há a necessidade de sacrifício de um interesse privado em prol de um interesse público, o que vai gerar indenização, já que ambos os direitos são tutelados pelo Estado, mas não gerará responsabilidade.

Percebem-se aqui duas situações completamente distintas: numa, o Estado age legitimado por uma norma jurídica específica a agir de tal maneira, devendo indenizar o titular de direito por eventual prejuízo. No outro caso, o Estado age lícitamente, porém, dessa ação poderá resultar prejuízo a um direito alheio, indiretamente, cabendo, então, a responsabilização.

---

<sup>76</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 983.

<sup>77</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 984.

### 3.3 Evolução da Responsabilidade Civil do Estado

Por muitos séculos prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado, justificada em teses como, por exemplo, de que o monarca ou o Estado não erram, ou de que o Estado atua para atender o interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso, ou ainda, de que a responsabilização do Estado seria um entrave à execução dos seus serviços, resguardando aos administrados apenas o direito de ação contra o próprio servidor público causador do dano. Sustentava-se a idéia de que o Estado e o funcionário eram sujeitos diferentes.

Essas teorias foram deixando de prevalecer, posteriormente, com o crescente reconhecimento de direitos dos indivíduos perante o Estado e com a difusão da idéia de que o Estado deve também submeter-se ao direito<sup>78</sup>, visto que se trata de um sujeito dotado de personalidade, capaz, portanto, de direitos e obrigações com os demais entes e com seus administrados.

A primeira idéia de possibilidade de responsabilização do Estado surgiu com a classificação dos seus atos como sendo de gestão ou de império. Esses eram insuscetíveis de gerar responsabilização, visto que estreitamente vinculados à soberania, enquanto aqueles se equiparavam aos atos praticados por particulares e, assim, estariam sujeitos à responsabilização quando configurados o dolo ou a culpa do agente, ou no caso de mau funcionamento ou não funcionamento do serviço, o que gerava um ônus injusto à vítima, tendo em vista a necessidade de que tudo isso fosse comprovado.

Mais recentemente, em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, formulou-se a teoria do risco administrativo, segundo a qual, “ante a inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares”<sup>79</sup>. Ou seja, apesar das atividades da Administração estarem voltadas ao atendimento dos interesses de toda a população, podem ocorrer danos a alguns administrados, em razão da conduta comissiva ou

---

<sup>78</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 375.

<sup>79</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 376.

omissiva dos seus agentes, em virtude dos riscos decorrentes de suas atividades administrativas, cabendo ao Estado um dever de ressarcimento.

Essa teoria surge como expressão do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, como uma forma democrática de repartição dos ônus e encargos sociais por todos os beneficiados pela atividade da Administração Pública<sup>80</sup>, surgindo daí a idéia de responsabilidade objetiva.

Também surgiu a teoria do risco integral, que é equivocadamente confundida por alguns autores com a teoria do risco administrativo. Essa teoria impede que o Estado se desincumba de sua responsabilidade caso inexistente o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido, ao que equivale dizer que o Estado é sempre responsável, mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, ainda que a conduta ensejadora do dano não decorra de sua atividade.

Cavaliere Filho, assim como a maioria da doutrina, entende que o Estado não poderá ser responsabilizado quando não existir relação de causalidade entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular<sup>81</sup>, porém, deve exercer suas atividades com a mais absoluta segurança, principalmente quando arriscadas ou perigosas, a fim de preservar a incolumidade de todos os seus administrados, cuja eventual violação o dever de indenizar, independentemente de culpa do Estado.

### **3.4 Responsabilidade Subjetiva do Estado**

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, evoluindo de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, que é

---

<sup>80</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 243.

<sup>81</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 244.

aquela que decorre da “simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso”<sup>82</sup>.

Segundo definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, “responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso”<sup>83</sup>.

O autor não vê necessidade de identificação de uma culpa individual para responsabilizar subjetivamente o Estado. Ocorre o que se chama de “culpa do serviço”, ou “falta do serviço”, quando este não funciona ou funciona mal, o que basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados<sup>84</sup>.

O autor preocupa-se em esclarecer que a responsabilidade do Estado decorrente de ausência do serviço ou o seu mau fornecimento é subjetiva e, como tal, exige um elemento tipificador, a culpa (ou o dolo). Mesmo havendo a presunção de culpa, o que isenta a vítima de comprová-la, ainda assim estaremos diante de uma responsabilidade subjetiva. Haverá, para o autor, responsabilidade objetiva quando a relação causal entre um acontecimento e o efeito produzido for suficiente para caracterizá-la<sup>85</sup>.

O autor ainda sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Pondera que, nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, assim, o autor do dano, só tendo obrigação de indenizar os prejuízos resultantes dos eventos que teria o dever de impedir<sup>86</sup>. Aduz, ainda, que “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado

---

<sup>82</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 992.

<sup>83</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 992.

<sup>84</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 994.

<sup>85</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 994.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1003.

(...) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.

Já Odete Medauar diz que “reina uma certa nebulosidade na doutrina e na jurisprudência quanto à responsabilidade por omissão”<sup>87</sup> e sustenta não ser apropriado o uso do termo “subjetiva”, por entender não ser adequado a ações ou omissões de pessoas jurídicas, mas sim de pessoas físicas.

### 3.4.1 A culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*

A Administração Pública, para contratar qualquer tipo de serviço, necessita de procedimento licitatório. Assim ensina Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação”<sup>88</sup>;

Segundo Rafael Maffini, a realidade dos contratos da Administração Pública é muito diversa da dos celebrados por particulares, na medida em que, na atividade estatal, os interesses envolvidos são indisponíveis, não havendo, assim, a mesma liberdade em contratar que se afigura nos contratos entre particulares<sup>89</sup>. Segundo o autor, em razão do princípio da impessoalidade, “a Administração Pública não pode agir de modo a manifestar preferências ou perseguições, no sentido de privilegiar interessados na contratação perante o Poder Público”<sup>90</sup>.

Bandeira de Mello define a licitação como “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em

<sup>87</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 378.

<sup>88</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 517.

<sup>89</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 155.

<sup>90</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 155.

como elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”. Fundamenta-se na ideia de competição, a ser “travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”<sup>91</sup>. Esses atributos e aptidões são os atinentes à qualificação técnica e econômica do proponente, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme disposição da Constituição Federal (art. 37, XXI)<sup>92</sup>.

Maffini conceitua a licitação como

“um conjunto de atos administrativos, isto é, um processo (ou procedimento) administrativo orientado à obtenção de propostas mais vantajosas, dentre aquelas ofertadas à Administração Pública, com vistas à celebração de vínculos jurídicos contratuais junto a terceiros, particulares ou não”<sup>93</sup>.

O procedimento licitatório tem, como regra, duas fases fundamentais: a da habilitação, onde são demonstrados os atributos suprarreferidos, e a do julgamento, onde é apurada a melhor proposta<sup>94</sup>.

Assim, é por meio do processo licitatório que a Administração Pública verifica a idoneidade econômica do proponente, devendo exigir dele os documentos comprobatórios de inexistência de débitos de qualquer natureza, bem como se é fiel em outros contratos firmados com terceiros e se cumpre as normas trabalhistas em relação a seus empregados. Se a Administração Pública não tiver esse cuidado na hora da contratação, incorrerá na chamada culpa *in eligendo* e estará sujeita à responsabilização subsidiária pelo pagamento de eventuais débitos trabalhistas inadimplidos pela contratada, por exemplo.

Já a culpa *in vigilando*, também ensejadora da responsabilidade subsidiária estatal, é verificada quando a Administração Pública deixa de cumprir com o seu

---

<sup>91</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 517.

<sup>92</sup> Redação do inciso: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

<sup>93</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 158.

<sup>94</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 517.

dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços celebrado com a empresa contratada, inclusive se ela está cumprindo com as obrigações vinculadas aos contratos de trabalho de seus funcionários.

Esse dever da Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços encontra-se expressamente previsto no art. 67 da Lei nº 8666/93, que determina seja essa fiscalização feita por meio de um representante especialmente designado, que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou dos defeitos observados.

Assim, a fim de regulamentar esse dispositivo da Lei de Licitações, foi editada, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Instrução Normativa nº 02/08, que determina, em seus artigos 34 e 36, a necessidade de exigência, pelo Poder Público, que a empresa contratada comprove: a regularidade para como o INSS e FGTS; o pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; o fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; o pagamento do 13º salário; a concessão de férias com o correspondente adicional; a realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; o fornecimento de cursos de treinamento exigidos por lei; o cumprimento das obrigações contidas em convenção ou acordo coletivos ou em sentença normativa em dissídio coletivo; e o cumprimento, enfim, de todas as demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato (art. 34)<sup>95</sup>.

O art. 78 da IN prevê, por sua vez, como motivo para a rescisão do contrato, o não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução, enquadrando-se aí as hipóteses de inadimplementos trabalhistas. A Administração Pública, portanto, tem o dever de determinar a regularização imediata das irregularidades praticadas por sua contratada. O não cumprimento desse dever poderá ensejar a sua responsabilização subsidiária pelos danos sofridos por terceiros.

---

<sup>95</sup> VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriele Neves; AMORIM, Elder Santos; **Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques.** in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 80-81.

### 3.5 Responsabilidade Objetiva do Estado

Para que surja a responsabilidade objetiva do Estado, são necessários os seguintes requisitos<sup>96</sup>: a) ação atribuível ao Estado; b) dano causado a terceiros; c) nexo de causalidade entre eles; e d) ausência de causa excludente de responsabilidade.

Ao contrário da responsabilidade subjetiva, aqui não se faz mais necessário averiguar a culpa ou o dolo do agente causador do dano, ou o mau funcionamento ou a falha da Administração. Necessário se faz a existência da relação de causa e efeito entre a ação e a omissão da Administração e o dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade<sup>97</sup>. Não se questiona nem a licitude ou ilicitude da conduta, muito menos o dolo ou a culpa do agente ou o bom ou mau funcionamento da Administração. Basta comprovar o nexo de causalidade e surge a obrigação de indenizar do Estado.

Nesse sentido, a doutrina registra que

“Para se imputar ao Poder Público a responsabilidade objetiva (teoria do risco-proveito) não é necessário questionar se a atuação do Estado foi legítima ou ilegítima; relevante é verificar a perda da situação juridicamente protegida. Quanto a esse aspecto, o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece: ‘Em matéria de responsabilidade estatal por danos causados pelo próprio Estado, tem razão Sotto Kloss quando afirma que o problema há de ser examinado e decidido em face da situação do sujeito passivo – a de lesado em sua esfera juridicamente protegida – e não em face dos caracteres do comportamento do sujeito ativo’<sup>98</sup>.”

Essa responsabilidade objetiva é calcada em princípios, tais como o próprio sentido de justiça, que obriga o causador do dano a repará-lo e, no caso da Administração Pública, a multiplicidade e a amplitude das suas atividades, somadas

<sup>96</sup> LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **Terceirização e a Responsabilidade do Tomador de Serviços**. In Revista IOB, ano XXI, n. 244. Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 33.

<sup>97</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 376.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 804.

às suas inúmeras prerrogativas de poder ensejam um risco maior de dano a terceiros<sup>99</sup>.

Odete Medauar ainda identifica o princípio da “solidariedade social” a justificar a responsabilidade objetiva da Administração, no sentido de que, em tese, todos os administrados se beneficiam das suas atividades, devendo, portanto, compartilhar dos ressarcimentos dos danos que resultam dessas atividades<sup>100</sup>. Esse princípio decorre de outro, ainda mais abrangente, o princípio da igualdade, que garante uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos resultantes de atividades desempenhadas no interesse de todos.

Para Bandeira de Mello, “responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”<sup>101</sup>, enfatizando que basta a mera relação causal entre o comportamento e o dano para configurá-la.

Ao comentar os fundamentos da responsabilidade do Estado, o autor afirma:

a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

b) No caso de comportamentos ilícitos, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 377

<sup>100</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 377.

<sup>101</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 995/996.

<sup>102</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 997.

### 3.6 Sujeitos que comprometem o Estado

O Estado, como pessoa jurídica que é, não tem vontade nem ação, no sentido psicológico e físico, porém, as tem no sentido jurídico. Ele atua por intermédio de seus prepostos físicos, que são chamados de agentes, imputando-lhe, assim, o querer e o agir desses.

Essa relação de vontade e ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, chamada de relação orgânica<sup>103</sup>, ou seja, aquilo que o agente quis ou fez, supõe-se que o Estado quis ou fez. Como dito anteriormente, não se separam o Estado e o agente, como se fossem representante e representado, mandante e mandatário, pelo contrário, são considerados como uma unidade<sup>104</sup>.

Bandeira de Mello define agentes públicos “todas aquelas pessoas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”<sup>105</sup>.

Odete Medauar define agentes públicos como “todas as pessoas que, mesmo de modo efêmero, realizem funções públicas”<sup>106</sup>. Incluem-se, portanto, nessa qualificação, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como as de Direito Privado concessionárias ou delegatárias de serviços públicos. Porém, nesses casos, a responsabilidade do Estado passa a ser subsidiária, ou seja, depois de esgotadas as tentativas de obter o ressarcimento do dano dessas entidades é que se passará a acionar o Estado, visto que a esse cabia a prestação do serviço que concedeu ou delegou a outros.

---

<sup>103</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 998.

<sup>104</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 998.

<sup>105</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 998.

<sup>106</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 380.

Não importa, para efeitos de responsabilidade estatal, como anteriormente já esclarecido, se o agente agiu culposa ou dolosamente, nem se agiu no campo de suas atribuições funcionais. Só vai importar, e será suficiente para configurar a responsabilidade objetiva do Estado, se a sua condição de agente público foi determinante para a conduta lesiva<sup>107</sup>.

Cabe ainda observar que a responsabilidade da Administração não decorre somente da ação ou omissão de agentes identificados, ou seja, se não for possível identificar o agente, ou se o dano decorrer de uma falha mecânica (fato das coisas), ainda assim persistirá a responsabilidade objetiva do Estado<sup>108</sup>.

### 3.7 Caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade

Celso Antonio Bandeira de Mello discrimina três situações distintas de casos para se verificar a responsabilidade do Estado, a saber<sup>109</sup>: a) casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano, portanto uma conduta positiva, comissiva do Estado; b) casos em que o dano é produzido por uma omissão do Estado, onde se poderia incluir a hipótese de falta de serviço; c) casos em que o Estado atua criando a situação propiciatória do dano.

Na primeira situação, o Estado gera o dano, produz o evento lesivo, na qualidade que tem de detentor do monopólio da força, imposta a seus administrados de forma unilateral, inclusive interferindo em suas esferas jurídicas, o que o torna responsável objetivamente por esse dano, mesmo agindo legitimamente em defesa de um interesse público, já que, pelo princípio da isonomia, haveria a necessidade de reparação em prol de quem foi lesado, a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 999.

<sup>108</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 380.

<sup>109</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 999.

<sup>110</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1001.

Na segunda, quando o dano é causado por uma omissão do Estado, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, visto que, se o Estado não agiu, não pode ser, evidentemente, o autor do dano, cabendo responsabilização, nesse caso, somente se estivesse obrigado a impedir que ocorresse o dano, descumprindo, assim, um dever legal de obstar a ocorrência do dano<sup>111</sup>. Restando configurada essa hipótese, estaremos diante de um comportamento ilícito do Estado, que tinha a obrigação de impedir a ocorrência do dano e não o fez, mantendo-se inerte, omissor.

Diante disso, temos que não basta a simples relação entre a ausência do serviço e o dano sofrido para configurar-se a responsabilidade do Estado. Será necessário averiguar, nesse caso, algo a mais, ou seja, se havia o dever do Estado de evitar o dano, e se este, não o evitando, agiu culposa ou dolosamente<sup>112</sup>. Esses elementos são fundamentais para se atribuir ao Estado a responsabilidade por omissão, visto que não é razoável atribuir objetivamente uma responsabilidade a alguém que não causou o dano e também não estava obrigado a impedir que esse ocorresse.

Cavaliere Filho entende que, inclusive nos casos de omissão do Estado, aplica-se a responsabilidade objetiva.

O autor distingue duas formas de omissão: a genérica e a específica, e aduz que, somente no primeiro caso, é cabível a responsabilidade subjetiva. No caso de omissão específica há o dever “individualizado de agir”, aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado. Esclarece que haverá omissão específica “quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”<sup>113</sup>, exemplificando com um caso de um motorista embriagado que atropela e mata um pedestre. Nesse exemplo, não caberia responsabilizar o Estado por motoristas que dirigem sem condições, pois se trata de uma omissão genérica. Por outro lado, se, antes do atropelamento, o motorista havia sido parado por uma patrulha policial e, mesmo

---

<sup>111</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1003

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1003

<sup>113</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 252.

constatada a embriaguez, fosse liberado, configurar-se-ia uma omissão específica, e caberia a responsabilização do Estado pelo evento danoso que se sucederia<sup>114</sup>.

Em resumo, no caso de omissão, é necessário estabelecer uma distinção entre ter o Estado a obrigação de agir, em razão de um dever específico, ou ter apenas o dever de evitar o resultado<sup>115</sup>. Se tem o dever de agir e se omite, essa omissão será específica e ensejará a responsabilidade objetiva do Estado.

Por fim, na terceira situação acima elencada temos os danos que dependem apenas de uma situação que é propiciada pelo Estado. A ação, nesse caso, também não é do Estado, tal qual relatado na segunda situação, mas ele “produz a situação da qual o dano depende”<sup>116</sup>. Porém, no entendimento de Bandeira de Mello, tais casos assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado, ensejando, assim, a aplicação da responsabilidade objetiva, tendo em vista que há uma ação inicial do Estado, portanto uma atuação positiva, que, sem ser a geradora imediata do dano, entra como sua principal causa<sup>117</sup>. Cita como exemplo os danos a uma vizinhança em razão da explosão de um depósito militar de armas e munições em decorrência de um raio. Apesar de a causa imediata da explosão ter sido um fenômeno da natureza, o dano não teria ocorrido se o depósito não estivesse ali.

O Estado, nesses casos, deve assumir os riscos que cria e a que expõe seus administrados, devendo, porém, haver uma conexão lógica entre essa situação de risco e o elemento causador do dano.

### 3.8 O dano indenizável

Diante do exposto até agora, convém ressaltar aqui que não é qualquer tipo de dano ligado à ação ou omissão do Estado que gerará indenização.

---

<sup>114</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 252.

<sup>115</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 252.

<sup>116</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 999.

<sup>117</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1000.

Bandeira de Mello expõe duas características fundamentais que o dano deve apresentar para que dele nasça o dever do Estado de indenizar. A primeira dessas características é a de que o dano deve corresponder a uma lesão a um direito da vítima<sup>118</sup>, ou seja, não basta uma simples lesão econômica ou patrimonial, mas também uma lesão jurídica, uma lesão a um bem jurídico protegido pelo sistema normativo, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

Ademais disso, o dano juridicamente reparável nem sempre pressupõe um dano econômico. É o que se sucede no caso de um dano moral, por exemplo, cuja necessidade de indenização está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X<sup>119</sup>, não distinguindo se o agravo provém de pessoa de Direito Público ou de Direito Privado.

A outra característica é que o dano, para ser indenizável, além de incidir sobre um direito, deve ser certo, ou seja, não apenas eventual ou possível<sup>120</sup>, podendo, contudo, ser futuro, desde que se tenha certeza de sua ocorrência.

Essas duas características são indispensáveis para que haja responsabilidade do Estado, sendo suficientes em caso de ação ou omissão ilícita, e necessários, mas não bastantes, em caso de comportamentos lícitos.

O autor acrescenta que, no caso de dano decorrente de comportamentos lícitos do Estado, além da necessidade de esse dano ser certo e violador de um direito, ele ainda precisa estar revestido de duas outras características: a especialidade e a anormalidade<sup>121</sup>.

Especial é o dano causado a um indivíduo ou a um grupo específico, não a uma coletividade, e anormal é “aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social”<sup>122</sup>. Pequenos ônus corriqueiros e necessários à vida em coletividade não poderiam ser classificados de

---

<sup>118</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1010

<sup>119</sup> Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>120</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1012.

<sup>121</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1013.

<sup>122</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1013.

anormais, como, por exemplo, a intensificação da poeira numa via pública em obras, que pode acelerar a deterioração da pintura das casas próximas.

Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se exime de responder se não produziu a lesão que lhe é imputada, ou se a situação de risco não existiu ou não concorreu para o dano, ou seja, se não se verificar o nexo de causalidade entre o ato, comissivo ou omissivo, e o dano. Já nos casos de responsabilidade subjetiva, necessário se faz a verificação da existência ou não de culpa ou dolo. Em não havendo nem um nem outro, também restará o Estado isento de responsabilidade<sup>123</sup>.

### 3.9 Causas de exclusão de responsabilidade

Conforme já exposto neste trabalho, a responsabilidade civil do Estado configura-se a partir da verificação do nexo causal entre a ação ou omissão do poder público e o evento danoso. Se a Administração Pública conseguir provar que outro acontecimento ou outra ação foram determinantes para a ocorrência do dano, sem ligação com a atividade administrativa, poderá haver isenção parcial ou total do ressarcimento<sup>124</sup>.

As principais excludentes de responsabilidade do Estado são a força maior, o caso fortuito e a culpa da vítima. Por força maior, entende-se uma força irresistível de fatos da natureza, como, por exemplo, uma inundação, ou a queda de um raio, um tremor de terra, etc.<sup>125</sup>. Persistirá, contudo, a responsabilidade do Estado se este se quedar omissivo quanto à adoção de medidas preventivas que pudessem minar ou, até mesmo, impedir os efeitos danosos.

---

<sup>123</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1013-1015.

<sup>124</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383.

<sup>125</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383..

O caso fortuito, nas palavras de Odete Medauar, “diz respeito a uma falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo”<sup>126</sup>. Nesta hipótese, caberá a responsabilidade se presente o nexo causal.

Celso Antonio Bandeira de Melo também insiste na questão da comprovação do nexo causal. Para ambos os autores, se esse não restar configurado, não haverá responsabilização do Estado.

A chamada culpa da vítima é verificada quando essa contribui, exclusiva ou concorrentemente, para o dano. Se a culpa for exclusivamente da vítima, o Estado não tem responsabilidade alguma pelo dano sofrido; se somente concorreu para o dano, o Estado e a vítima responderão cada um pela sua participação<sup>127</sup>.

Cavaliere Filho cita vários julgados admitindo a culpa concorrente da vítima como fator determinante da redução da responsabilidade do Estado nos casos em que a conduta do lesado se reveste numa concausa eficaz do evento. Abaixo estão transcritos alguns desses julgados, citados pelo autor em sua obra<sup>128</sup>:

“A culpa concorrente da vítima atenua a responsabilidade civil da pessoa jurídica de Direito Público (TJRJ, 3º Gr. Cs., Elnfrs 9.515, rel. Des. Basileu Ribeiro Filho).”

“Pessoa Jurídica – Responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, que admite abrandamentos; a culpa do particular influi, ou para mitigar, ou para excluir a responsabilidade civil do Estado (TFR, 3ª T., j. 12 de dezembro de 1979, DJU 12 de março de 1980, p. 1.295”.

Para Bandeira de Mello, a culpa exclusiva da vítima, a que ele chama de culpa do lesado, não é uma causa excludente de responsabilidade, mas sim de elisão, visto que sequer gera a responsabilidade do Estado, já que não resta configurado o nexo causal<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383.

<sup>127</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 383.

<sup>128</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 250.

<sup>129</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1014.

### 3.10 A responsabilidade do Estado na legislação brasileira

Na legislação brasileira, temos o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, como principal norma jurídica a reger a responsabilidade objetiva do Estado. Reza o dispositivo: “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”.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 43, prevê a responsabilidade objetiva nos seguintes termos: “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”.

Já a Lei 8666/93 (Lei das Licitações), em seu artigo 71, § 2º, prevê a responsabilidade solidária da Administração Pública como o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

O exame do dispositivo constitucional revela que o Estado só responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes e evidencia a adoção explícita da teoria do risco administrativo, através das expressões “seus agentes” e “nessa qualidade”<sup>130</sup>, isto é, a responsabilidade objetiva do Estado fica condicionada ao dano decorrente da atividade administrativa.

Para que se configure a responsabilidade do Estado não se faz necessário que o exercício da função pública seja a causa do evento danoso, basta que a prática do ato lesivo tenha sido em decorrência dela<sup>131</sup>. O mais importante é que haja a relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. Por isso não podemos restringir a atribuição de responsabilidade ao Estado a atos praticados por seus agentes apenas quando estes estiverem efetivamente no exercício da função pública. Mesmo não exercendo a função, terá lugar a responsabilização

---

<sup>130</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 246.

<sup>131</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 247.

do Estado se a conduta ilícita foi em decorrência da qualidade de servidor público do praticante.

Merece destaque neste dispositivo constitucional o fato de ter o constituinte, já desde a Constituição de 1946, estendido a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, abrangendo, portanto, além da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e suas respectivas autarquias, também os entes jurídicos integrantes da Administração indireta ou descentralizada, dotadas de personalidade jurídica privada (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) e os concessionários, permissionários a “autorizatários” de serviços públicos<sup>132</sup>.

A justificativa dos doutrinadores que defenderam a extensão da responsabilidade objetiva do Estado às empresas de direito privado acima referidas era muito lógica: “quem tem os bônus deve suportar os ônus”<sup>133</sup>, ou seja, aquele que participa da Administração Pública, prestando serviços públicos, usufruindo dos benefícios dessas atividades, deve, igualmente, suportar os seus riscos.

O dispositivo constitucional estabelece duas relações de responsabilidade<sup>134</sup>: a objetiva, baseada no nexo causal, e a subjetiva, calcada no dolo ou na culpa. A primeira refere-se à responsabilidade do poder público e seus delegados perante a vítima do dano e, a segunda, à do agente causador do dano perante a Administração.

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, faz-se necessário verificar se prestam serviços públicos para que possam ser enquadradas no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal e, assim, responderem objetivamente pelos danos causados a terceiros<sup>135</sup>. Se não prestam serviços públicos e executam somente atividade econômica, por exemplo, não respondem objetivamente, pelo menos não com base na Constituição Federal, mas sim subjetivamente. Poderão, contudo, responder de

---

<sup>132</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255.

<sup>133</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255.

<sup>134</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 379.

<sup>135</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 379.

maneira objetiva com base no Código do Consumidor (arts. 12 ou 14) se fornecedoras de produtos ou serviços e em relação de consumo<sup>136</sup>.

Temos, ainda, as pessoas jurídicas de direito privado que não são parte da Administração, que prestam serviço público por delegação, concessão ou autorização – visto que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua natureza estatal –, e também as que mantêm com a Administração contrato de prestação de serviço ou de obra pública. Sobre as primeiras e sobre as prestadoras de serviços públicos incide a responsabilidade objetiva nas atividades vinculadas ao serviço público prestado, admitindo-se, entretanto, a responsabilidade solidária da Administração por má escolha do prestador ou por ausência ou falha na fiscalização, desde que se comprove o nexo causal entre a conduta e o dano<sup>137</sup>.

Quanto às obras públicas, se realizadas por empreiteiras privadas contratadas, responde exclusivamente a Administração pela existência da obra. Já em caso de dolo ou culpa da empreiteira na construção, a responsabilidade da Administração e da empreiteira é solidária<sup>138</sup>.

No tocante à relação de responsabilidade entre o agente e a Administração, estamos diante de uma responsabilidade subjetiva, visto que, o direito de regresso resguardado à Administração pelo § 6º exige a averiguação, mediante processo onde seja garantido o contraditório e a ampla defesa, da culpa ou dolo<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 256.

<sup>137</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 379, citando Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, 2. ed., 1995, p.151-152.

<sup>138</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 380.

<sup>139</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 381.

## 4 A ATUAL REDAÇÃO DA SUMULA 331 DO TST

### 4.1 Antecedentes

Conforme já abordado anteriormente, a súmula 331 do TST teve sua redação alterada no ano de 2000, por intermédio de um incidente de uniformização de jurisprudência<sup>140</sup>, do qual resultou a Resolução nº 96/2000, dando nova redação ao seu inciso IV, que passou a imputar, expressamente, a responsabilidade subsidiária também da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, pelo pagamento das obrigações trabalhistas.

Embora essa nova redação tenha exercido enorme impacto sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública brasileira, os entes públicos tomadores de serviço buscaram, desde logo, obter tratamento diferenciado daquele dado às empresas privadas no tocante a sua responsabilização por débitos trabalhistas das empresas fornecedoras de mão de obra inadimplentes, invocando o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93 (Lei das Licitações), 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”.<sup>141</sup>

Isso gerou muita insatisfação por parte dos órgãos públicos, que sempre resistiram acirradamente nas demandas e condenações que sofriam como tomadores de serviços, em todas as reclamações trabalhistas em que eram acionados juntamente com os empregadores por eles contratados após regular licitação. Essa resistência concentrava-se justamente na invocação da ilegalidade de sua responsabilização subsidiária pelos débitos trabalhistas de suas contratadas, por deixar a Justiça do Trabalho de aplicar a literalidade do artigo 71, § 1º da Lei

---

<sup>140</sup> Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, Rel. Min. Milton Moura França, julgado por unanimidade na Sessão do Tribunal Pleno de 11.09.00, DJ 20.10.00.

<sup>141</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em 09/11/2011.

8666/93 e pela conseqüente alegação de que as decisões trabalhistas, ao não aplicarem, de forma automática e absoluta, aquela norma legal, estariam implicitamente considerando-a inconstitucional, sem que essa inconstitucionalidade tivesse sido examinada e decidida pela maioria do Pleno ou do Órgão Especial, conforme o caso, de cada Tribunal, como exige o artigo 97 da Constituição Federal, que prevê a chamada “reserva de plenário”.

No entanto, em suas decisões envolvendo a matéria, os tribunais e juízes do trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho continuavam responsabilizando a Administração Pública tomadora de serviços, aplicando o inciso IV da súmula 331, com base nos fundamentos do Direito do Trabalho, nos princípios da proteção do trabalhador e da responsabilidade objetiva do Estado, prevendo a possibilidade de responsabilização da tomadora de serviços de modo subsidiário pelas obrigações do empregador empresa interposta, desde que tenha participado da relação processual. O nosso Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região firmou, inclusive, entendimento no sentido de que o disposto na Lei 8666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária do ente público, quando tomador de serviços<sup>142</sup>, nos termos da sua Súmula 11, in verbis, “a norma do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da Administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços”.

Muitos recursos extraordinários e agravos de instrumento foram impetrados pelos entes públicos a fim de tentar reverter decisões onde eram condenados subsidiariamente pelos encargos trabalhistas não adimplidos por suas contratadas, argüindo a violação da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal<sup>143</sup>. Porém, a posição do STF era-lhes sempre desfavorável, valendo-se de dois argumentos básicos: o primeiro, de que o § 1º do art. 71 da Lei 8666/93 não foi declarado inconstitucional pela Súmula 331/TST, tanto que nele estava mencionado como em pleno vigor; e o segundo, de que, ainda que o afastamento de sua incidência pelos órgãos fracionários dos Tribunais que proferiram as decisões condenatórias naqueles processos trabalhistas pudesse ter significado, implicitamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade daquele preceito legal,

---

<sup>142</sup> Nesse sentido, exemplificativamente: TRT 4ª Região, RO 0073600-41.2009.5.04.0733, Rel. RICARDO CARVALHO FRAGA, julgado em 01/06/2011.

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

não teria havido ofensa à exigência de “reserva de plenário” estabelecida no art. 97 da Constituição, porque a decisão daquele incidente de uniformização, que redundou na nova redação do item IV da Súmula 331/TST, fora proferida pelo Tribunal Pleno do TST e por unanimidade<sup>144</sup>.

No entanto, ao longo dos últimos anos, foi ganhando força, no STF, a compreensão de que muitos Tribunais estriam proferindo decisões em que deixavam de aplicar determinados dispositivos da legislação infraconstitucional por considerá-los contrários à Constituição, mas sem levarem a questão à apreciação do Pleno ou do Órgão Especial correspondentes, violando, assim, a exigência do art. 97 da Constituição, a chamada “reserva de plenário”. Isso poderia acarretar fosse impedida que essa questão constitucional viesse a ser submetida e julgada pelo STF, por seus canais processuais regulares.

Em virtude disso, acabou por pacificar-se o entendimento de que essas decisões deveriam ser reformadas ou cassadas, conforme o caso, de modo que assegurassem o regular e necessário exame e o decorrente prequestionamento da matéria constitucional<sup>145</sup>.

De fato, com base na cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal, a Ministra Carmen Lúcia, dando provimento a recursos interpostos pelos entes públicos (agravos regimentais), e mudando seu posicionamento, passou a cassar decisões do Tribunal Superior do Trabalho baseadas no inciso IV da Súmula 331, que havia imposto a responsabilidade subsidiária da Administração Pública aos contratos de terceirização<sup>146</sup>.

Esses precedentes acabaram redundando na aprovação da Súmula Vinculante nº 10, com a clara intenção de impedir que órgãos fracionários de Tribunais deixassem de aplicar dispositivos infraconstitucionais sob o pretexto de violação à Constituição, nos termos seguintes:

---

<sup>144</sup> Nesse sentido, Rcl 9894/RO (Min. César Peluso), Rcl 7712/RO (min. Carmem Lúcia) e Rcl 7218/AM (min. Ricardo Lewandowski). Eu seus fundamnetos, o Min. César Peluso e o Min. Ricardo Lewandowski ainda acrescentam que a redação do inciso IV da Súmula 331 fora publicada anteriormente à vigência da Súmula Vinculante nº 10.

<sup>145</sup> Nesse sentido, Recurso Extraordinário 603397, de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgado em 04/02/2010, que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria.

<sup>146</sup> Nesse sentido, Rcl 7901-AM, Rcl 7711 e 7712-RO e Rcl 7868-SE.

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

Essa súmula vinculante veio para coibir a prática dos Tribunais de negarem a aplicação de lei federal por considerá-la inconstitucional, sem, no entanto, explicitarem esse fundamento central, vedando, assim, o acesso do interessado ao Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário (art. 102, III, a e b, da CF/88). Com essa prática, os Tribunais e seus órgãos fracionários estariam impedindo o STF de exercer o seu papel precípua de guarda da Constituição Federal.

Tudo isso, porém, não foi conjuntamente suficiente para modificar a jurisprudência do STF a respeito da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra terceirizada. Houve outra importante alteração no entendimento daquela Corte que se mostrou decisiva na discussão da matéria: a de que não se admitia mais como válido o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo do poder público pelos Tribunais brasileiros, ainda que por seu Pleno ou Órgão Especial, que houvesse se dado em procedimento ou incidente diverso do incidente de declaração de inconstitucionalidade para tanto previsto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Ficou decidido, assim, que a decisão do Plenário do TST que, julgando incidente de uniformização de jurisprudência, afastou a incidência do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93, sem declará-lo inconstitucional, não atendeu à cláusula de reserva de plenário estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal, tornando-se indispensável, a fim de que seja respeitada tal cláusula, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, não podendo ocorrer num mero incidente de uniformização de jurisprudência<sup>147</sup>.

Nesse sentido, vale citar a seguinte ementa:

---

<sup>147</sup> Agravo Regimental na Reclamação nº 10.738 AgR/SE, sessão de 25.11.2010, Rel. Min, Carmen Lúcia, DJ 233, 02.12.2010.

PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 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. (Agravo Regimental na Reclamação nº6.970 AgR/SP, sessão de 24/11/2010, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, Public. 15/02/2011).

#### **4.2 A Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, do Supremo Tribunal Federal**

Em março de 2007, o governador do Distrito Federal ajuizou ação direta de declaração de constitucionalidade do artigo 71, da Lei 8666/93, fundamentando que o referido comando legal tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho na aplicação de sua súmula 331. Apontou que a súmula nega vigência ao parágrafo primeiro do artigo 71, da Lei 8666/93, eis que responsabiliza, subsidiariamente, a Administração Pública, Direta e Indireta, pelos débitos trabalhistas na contratação de qualquer serviço de terceiro especializado.

O Ministro Presidente, Cezar Peluso, relator da matéria, havia sugerido o arquivamento da ADC nº 16, argumentando que o TST não havia declarado a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71, da Lei 8666/93, daí porque não era oportuno ao Tribunal julgar aquela ação. A Ministra Carmem Lúcia, porém, ponderou que o inciso IV da Súmula 331 do TST dera origem a diversas ações e reclamações naquela Corte, o que, a seu ver, justificava o posicionamento do Pleno sobre a matéria.

Diante dessas inúmeras ações e reclamações constitucionais junto ao STF, todas atacando a Súmula 331, do TST, a ação foi conhecida e seu mérito foi julgado procedente, por maioria.

Face ao entendimento fixado na ADC 16, o Pleno do STF deu provimento a inúmeras Reclamações contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331/TST<sup>148</sup>.

Consta do informativo 610 do Supremo Tribunal Federal, os principais argumentos meritórios da ADC 16, in verbis:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - 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 qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do

---

<sup>148</sup> Nesse sentido as reclamações nº 7517 e nº 8150.

contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010.<sup>149</sup>

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16-DF, houve por bem, por maioria (vencido o Ministro Carlos Ayres Brito), considerar constitucional o referido art. 71 da Lei 8666/93, de modo que vede, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação. Porém, esse julgamento não impediu que a Administração Pública continuasse a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, em determinados casos e sob certas circunstâncias, mesmo sendo a terceirização lícita e após regular procedimento licitatório.

Ficou expressamente ressalvado pelos Ministros do STF, conforme se verifica na transcrição dos votos proferidos naquela sessão<sup>150</sup>, que não haveria impedimento ao TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa, pois “o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”, ressalvando, ademais, que o fundamento utilizado pelo TST é a responsabilidade pela omissão culposa da Administração Pública, em relação à fiscalização da empresa contratada (culpa in vigilando), quanto à idoneidade e ao cumprimento ou não dos encargos sociais nos contratos de licitação e prestação de serviços.

Nesse sentido foi o pronunciamento do Ministro-Relator Cezar Peluso, nos seguintes termos:

“Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.”

---

<sup>149</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC%20e%20art.%2071,%20%C2%A7%201%C2%BA,%20da%20Lei%208.666/93%20-%203>. Acesso em 06/11/2011.

<sup>150</sup> Disponível em <http://www.prestjur.com.br/node/3093>. Acesso em 08/11/2011.

Reconheceu, ainda, o mesmo Relator, que o Tribunal Superior do Trabalho tem razão em imputar, em certos casos e sob certas circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, apesar do preceito expresso do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, fundamentando que a Justiça do Trabalho reconhece que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade que está no referido dispositivo, portanto, ele é constitucional. Mas, ainda segundo o Ministro, “isso não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à Administração”, aduzindo se tratar de outra matéria, de “outros fatos examinados à luz de outras normas constitucionais”.

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, seguindo o entendimento do Relator, acrescenta ainda outros fundamentos à decisão, tais como as inúmeras ações de improbidade enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal em que são réis empresas de fachada, constituídas com capital mínimo apenas para participarem de licitações milionárias, desaparecendo do cenário jurídico logo após concluídos os termos do contrato ou até mesmo antes, sem cumpri-los totalmente, deixando um enorme débito trabalhista. Reconhece o Ministro a configuração, aí, da culpa in vigilando e da culpa in eligendo da Administração.

Até mesmo na ala mais resistente à aplicação da responsabilidade subsidiária do Poder Público ficou nítida a preocupação com as conseqüências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse, de forma absoluta e automática, toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado por seu contratante, como foi exposto pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, in verbis:

“Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço. A empresa recebeu, certamente recebeu da administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma

forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, mas que haja essa culpa in vigilando é fundamental (...). Nós tivemos até esse caso aqui mesmo na administração do tribunal, né? (...). Talvez aqui reclame-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS"<sup>151</sup>

Em meio às discussões, a Ministra Cármen Lúcia questionou a legalidade da aplicação de responsabilidade à Administração Pública, à vista da literalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitação, tendo em conta que, segundo argumentou, a Administração somente pode efetuar o pagamento de faturas às empresas contratadas quando comprovado o pagamento prévio de direitos trabalhistas e verbas previdenciárias. Diante do argumento, o Ministro Cezar Peluso reafirmou sua convicção sobre a possibilidade de aplicação desta responsabilidade à luz de uma interpretação sistemática daquele dispositivo com outros dispositivos legais e constitucionais. Disse o Ministro Relator:

"V.exa. está acabando de demonstrar que a administração pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É isso que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela justiça do trabalho, não é a constitucionalidade da norma. A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei."<sup>152</sup>

Diante desses fundamentos, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua composição plenária, a ADC nº 16-DF, com um único voto vencido, com efeito, reputou constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8666/93 e também considerou contrário à Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição Federal o antigo

<sup>151</sup> Disponível em <http://www.prestjur.com.br/node/3093>. Acesso em 08/11/2011.

<sup>152</sup> Disponível em <http://www.prestjur.com.br/node/3093>. Acesso em 08/11/2011.

item IV da Súmula 331 do TST, por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente suscitado para tanto, vedando, assim, a atribuição de responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos por suas contratadas, de forma automática e absoluta, exclusivamente com base no entendimento sumulado. Considerou-se, em suma, inviável a responsabilização automática do ente público pelo puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador por ele contratado, ainda que essa responsabilização se desse de maneira subsidiária.

Houve um consenso no julgamento no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos. Portanto, o Judiciário Trabalhista deverá buscar sempre a verdade real nos seus processos, investigando, com certo rigor, se a inadimplência dos direitos trabalhistas pela empresa contratada teve como causa, direta ou indireta, a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação pelo órgão público contratante.

Para a Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Ivani Contini Bramante, a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93, não impede que seja fixada a responsabilidade da Administração Pública na terceirização, desde que analisado o caso concreto, à luz das circunstâncias e provas produzidas, visando resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, entendendo ser plenamente compatível com a decisão da ADC nº 16, do STF<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** in Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs. Ed. N. 199 – fev 2011, p. 25

### 4.3 A aparente derrota da Súmula 331 do TST e o (re) posicionamento do Judiciário Trabalhista

Como visto no item anterior, a ADC nº 16-DF reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, sem, contudo, permitir que os entes públicos ficassem completamente isentos de qualquer responsabilidade por eventuais débitos trabalhistas inadimplidos por empresas contratadas mediante regular procedimento licitatório. O que se verificou, na verdade, foi um deslocamento da questão para o contexto fático-probatório.

Verifica-se, por conseguinte, que a “derrota” da Súmula 331 do TST é mais aparente do que real<sup>154</sup>. Isso porque, antes do julgamento da referida ADC, a Súmula comandava a responsabilidade do Poder Público, nos casos de terceirização, com fundamento na presunção absoluta de culpa, ou seja, na responsabilidade objetiva, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bastando, única e exclusivamente, o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Afastada, pela ADC nº 16-DF, essa possibilidade de responsabilização objetiva dos entes públicos, a questão foi deslocada para o caso concreto, para o contexto fático-probatório a ser produzido em cada demanda ajuizada junto ao Judiciário Trabalhista. Necessária, pois, a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato de licitação. Assim, as partes e o Juiz devem cuidar das provas, da efetiva atuação culposa, subjetiva, do agente público, no sentido de causar, direta ou indiretamente, o indébito trabalhista para os empregados que lhes tenha prestado serviços intermediados.

Caberá, após, ao Juiz decidir, conforme o seu livre convencimento, desde que motivado e devidamente fundamentado. Se, por fim, restar comprovado que a Administração Pública, por seu agente, concorreu com o descumprimento da legislação trabalhista, atrai para si a responsabilidade pelos débitos decorrentes.

---

<sup>154</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** in *Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs*. Ed. N. 199 – fev 2011, p. 25

Ivani Contini Bramante entende que “há, no caso, uma aparente derrota da Súmula 331, do TST, pois o seu conteúdo não foi suplantado, mas sim o seu modo de aplicação final”<sup>155</sup>. Sustenta, ainda, a Desembargadora, que “havendo nexo causal, não obsta o reconhecimento da responsabilidade do Poder Público, ainda que subsidiária, por conta da aplicação de outras normas previstas no ordenamento jurídico”. Nesse sentido, podemos citar os arts. 27<sup>156</sup>, 58, III<sup>157</sup> e 67, caput e § 1º<sup>158</sup> da própria Lei 8666/93, que comandam a responsabilidade na fiscalização da execução do contrato de licitação.

Com efeito, a Justiça Trabalhista não deixou de imputar responsabilidade à Administração Pública por débitos trabalhistas de suas contratadas, mesmo após o julgamento da ADC nº 16, porém, já é possível verificar que essa imputação está em consonância a referida ADC, ou seja, verificação, no conjunto fático-probatório, da culpa in vigilando da Administração Pública, conforme se depreende da ementa de alguns julgados colacionados abaixo:

**“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO.** Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se

<sup>155</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** in Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs. Ed. N. 199 – fev 2011, p. 27

<sup>156</sup> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal. V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (...)§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido”. (TST, Ag-AIRR-153040-61.2007.5.15.0083, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/01/2011)

**“RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA.** O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos **de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório**. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, não houve a fiscalização, por parte do Estado-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido”. (TST, RR-67400-67.2006.5.15.0102, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de julgamento: 07/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 17/12/2010)

#### 4.4 A nova redação da Súmula 331 do TST

Diante desse novo contexto gerado pelo julgamento da ADC nº 16, explicitado nos itens anteriores, o Tribunal Superior do Trabalho viu-se na obrigação de modificar, mais uma vez, a redação da sua Súmula 331, a fim de adequá-la ao teor da decisão do Supremo Tribunal Federal.

De início, cumpre visualizar a mudança no texto do inciso IV da Súmula 331 do TST, que, com a mudança, passou a ter a seguinte redação:

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

Verifica-se, nesse inciso, que foi suprimida a parte “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”. Na verdade, esta mudança foi transferida para o inciso V, como será visto logo adiante.

De prático, pode ser constatado que o TST manteve o entendimento anterior quanto à responsabilidade subsidiária da empresa privada enquanto tomadora de serviços, logicamente em havendo inadimplemento da empregadora principal, a prestadora de serviços. Ficou evidente, ainda, que o inciso IV passou a tratar apenas das empresas privadas tomadoras de serviços terceirizados, cuja responsabilidade continua sendo subsidiária e automática, desde que tenham participado da relação processual e constem no título executivo judicial.

A outra alteração foi o acréscimo dos incisos V e VI, in verbis:

“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. 8.666/93, 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.”

Por essa alteração é que se percebe o alinhamento do TST aos fundamentos do atual entendimento do STF quanto à responsabilização subsidiária do ente público, relatados e discutidos no julgamento da ADC nº 16, conforme anteriormente explanado neste Capítulo, ou seja, de que é possível a responsabilização dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas contratadas mediante licitação, porém, apenas se restar provado, em cada caso, em cada demanda, que houve culpa no cumprimento dos deveres impostos à Administração Pública pela Lei de Licitações, principalmente a culpa *in vigilando*.

Assim, partindo dos termos do julgamento do STF e da nova redação da Súmula 331 do TST, especialmente do inciso V, podemos concluir que não basta a simples alegação de culpa pela parte reclamante, uma vez que não caberia ao juízo conhecer de ofício de eventual negligência do ente público, mas, sobretudo, precisa ser provada nos autos, ainda que por indícios que revelem a inexistência do cuidado necessário na contratação e na execução do contrato.

Com efeito, como os atos da Administração devem ser pautados na lei, por força do princípio da legalidade, e, uma vez observada a Lei nº 8.666/93 para a licitação e contratação da prestadora, seria impossível se falar na “culpa *in eligendo*” do órgão público.

Quanto à culpa “*in vigilando*”, temos a previsão do art. 67 da Lei de Licitações, onde encontramos o dever de fiscalização do contrato pela Administração Pública.

Diante disso, somente será o caso de condenação da Administração por culpa “*in vigilando*” se o reclamante alegar e demonstrar, ainda que por indícios, que a Administração deixou de fiscalizar o contrato (quando, por exemplo, a Administração não diligencia perante a contratada para a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias) ou que, identificado o problema, o Poder Público não adotou qualquer providência para saná-lo ou para, se

o interesse público permitir, rescindir o contrato com as consequências previstas na Lei nº 8.666/93.

Quanto à questão do ônus da prova, este, no entendimento de Sérgio Pinto Martins<sup>159</sup>, “incumbe àquele que fizer alegações em juízo, a respeito da existência ou inexistência de determinado fato”, nos moldes do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>160</sup>, devendo essa orientação ser complementada pelo art. 333 do CPC<sup>161</sup>. Contudo, apesar de previsão expressa nesse sentido contida na CLT, o que se tem visto na jurisprudência obreira é justamente o contrário, ou seja, a inversão do ônus da prova à Administração Pública, que deverá comprovar nos autos que agiu conforme a lei, que tomou todas as medidas previstas na Lei de Licitações na contratação da empresa terceirizada e durante a execução do contrato, principalmente pertinentes ao adimplemento das obrigações trabalhistas, caso contrário, será responsabilizada subsidiariamente.

Essa inversão do ônus da prova se depreende da própria Lei de Licitações, na medida em que impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar os contratos administrativos, conforme se lê dos art. 58, III, e 67, caput e § 1º, acima transcritos.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme se verifica nas ementas abaixo:

**“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.** Em face do contido no art. 71, parágrafo 1º., da Lei nº 8.666/93, e considerando o pronunciamento do E. STF no julgamento da ADC n. 16, a Administração Pública não responde de forma subsidiária por débito trabalhista com fundamento apenas na responsabilidade objetiva. Tal premissa não afasta a possibilidade de condenação em razão de culpa subjetiva, sendo de se presumir a culpa in vigilando do ente público, quando não demonstrada a efetiva fiscalização de contrato de prestação de serviços, celebrado com base na Lei nº 8.666/93. Inversão do ônus da prova que se adota, em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova. Admitida a culpa do ente público, deve ser mantida a

---

<sup>159</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p 846.

<sup>160</sup> Art. 818, CLT - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

<sup>161</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (...)

condenação subsidiária, com amparo na Súmula nº 331, IV e V.” (RO nº 0000820-19.2010.5.04.0103, 6ª Turma, Rel. José Cesário Figueiredo Teixeira, julgado em 13/10/2011).

**“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** A atribuição de responsabilidade subsidiária Ao tomador de serviços integrante da Administração Pública, frente à integralidade dos créditos decorrentes do contrato de trabalho do autor, decorre da presença de culpa in eligendo e in vigilando, pois se trata de responsabilidade extracontratual com origem na inadimplência da empresa prestadora de serviços. No caso, a União não comprova ter fiscalizado a execução do contrato mantido com a Empresa de Vigilância reclamada, restando caracterizada culpa in vigilando, e responde também por culpa in eligendo, já que contratou empresa inidônea.” (RO nº 0143000-44.2009.5.04.0701, 9ª Turma, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 13/10/2011)

Também nesses trechos de acórdão:

“(…) Nesse particular, o ônus da prova, evidentemente, era da recorrente e não da recorrida, porque quem contrata e tem o dever de fiscalizar a execução do contrato é que tem os meios hábeis a comprovar o cumprimento da obrigação. Desse encargo, porém, não se desincumbiu a recorrente<sup>162</sup>.”

“(…) Ora, a despeito de não ser o mero inadimplemento causa à responsabilidade do ente público, como dispõe, aliás, o já referido dispositivo legal e tal como previsto na nova redação da Súmula 331 do TST, o mais adequado, numa análise em que se ponderam os princípios do direito administrativo e os princípios do direito do trabalho, é que, pelo princípio da aptidão para a prova (que rege o processo trabalhista), a partir de agora, inverta-se o ônus probatório e atribua-se à Administração Pública o dever de demonstrar que de forma efetiva fiscalizou o contrato de trabalho (por exemplo, provar

---

<sup>162</sup> RO nº 0000839-68.2010.5.04.0121, 9ª Turma, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 10/08/2011.

que tomou as medidas cabíveis - aplicação das multas e penalidades previstas no próprio contrato firmado com a empresa por meio de licitação; expedição de ofícios nesse sentido, etc.). Atribuir a prova de ausência de fiscalização (culpa por omissão) da Administração ao empregado não está nada longe de exigir-lhe uma prova diabólica."

Assim, quando a administração não faz prova qualquer nesse sentido, impõe seja condenada subsidiariamente, pela sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A questão, portanto, deverá ser apreciada caso a caso, excluindo-se a responsabilidade subsidiária do ente público quando demonstrada a efetiva fiscalização do contrato<sup>163</sup>."

Portanto, após a recente decisão do STF e a alteração do enunciado da Súmula 331 do TST, a Administração Pública somente poderá ser condenada pelas verbas trabalhistas devida pela empresa contratada, se alegado e comprovado que o Poder Público descumpriu as normas para a licitação e contratação da prestadora ou que houve omissão na verificação e regularização de eventuais irregularidades no cumprimento das obrigações contratuais. Essas questões devem, portanto, ser evidenciadas no processo, o que significa dizer que devem ser enfrentadas de forma expressa no julgamento (sentença ou acórdão), de acordo com as provas constantes nos autos, não bastando a indicação genérica de negligência do Poder Público para a condenação.

---

<sup>163</sup> RO nº 0009700-09.2009-5-04-0661, 5ª Turma, Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, julgado em 08/09/2011.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de emprego, regra geral, é a formada pelo vínculo entre empregador e empregado quando presentes os requisitos da pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade.

Ocorre que surgiu em nosso sistema jurídico, sob forte influência norte-americana, a contratação de trabalhadores que prestam serviços através de empresa interposta, fenômeno conhecido como terceirização.

No seu âmago, sob a ótica da administração, a contratação de terceiros objetiva, de um lado, reduzir custos das empresas tomadoras de serviços, racionalizando os recursos humanos e, de outro, aumentar a especialização, competitividade e produtividade do objeto principal do seu negócio. Constitui, portanto, uma forma de se obter um maior controle sobre o objeto principal da empresa, com a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, bem como a redução do preço final do produto ou serviço por ela prestado.

E, tendo-se em conta a expansão da terceirização na economia brasileira, a Administração Pública também passou a vê-la como uma forma de execução indireta de serviços e meio eficaz de enxugamento dos quadros de pessoal, o que, por si só, reduz muito o custo administrativo.

Diante desse contexto, foi editada a Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que ampliou a liberdade em terceirizar, flexibilizando e, conseqüentemente, viabilizando a terceirização nos serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como outros tipos de serviços especializados que não dizem com a atividade-fim do tomador.

De corrente aplicação pelos tribunais trabalhistas de nosso país, o texto da referida súmula não revela maiores dificuldades quanto ao conteúdo de seu inciso I, que reputa proibida a contratação de trabalhadores por empresa interposta, exceto nos casos de trabalho temporário, na esteira do entendimento da antiga Súmula 256 to TST, hoje cancelada, porém aplicável às situações anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988. De outra forma, a tomadora de serviços e o

trabalhador têm o vínculo de emprego reconhecido nos moldes do que preceituam os artigos 2º e 3º da CLT.

Em seu inciso II, reafirma a impossibilidade de caracterização de vínculo de emprego com os órgãos da administração direta, indireta ou fundacional pela via da terceirização, uma vez que o ingresso nos quadros da Administração Pública por emprego público se dá através de concurso, tal qual previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Conforme seu inciso III, explica a terceirização diferenciando atividades-fim e atividades-meio segundo a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora de mão de obra terceirizada. Assim sendo, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam sua atividade-fim, enquanto as atividades alheias ao seu objeto social são consideradas atividades-meio, desde que não estejam presentes a pessoalidade e a subordinação direta entre tomador e obreiro.

É dizer, quem deve direcionar e fiscalizar o trabalho do empregado é a empresa intermediária e não a tomadora do serviço. O profissional alocado na prestação de serviços não pode exercer suas funções de forma pessoal, tampouco subordinado às ordens e mandamentos da empresa tomadora de serviços, sob pena de se caracterizar o vínculo empregatício. De outra forma, estaríamos diante de simulação com o objetivo de fraudar a legislação trabalhista.

Note-se que os demais elementos caracterizadores da relação de emprego – não eventualidade e onerosidade – não chegam a constituir, para estes casos, marcos definidores para aferição da tipicidade contratual.

Assim, a Administração Pública, mediante a edição do Decreto nº 2.271 de 1997, implementou a possibilidade de contratação de serviços em atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares – execução indireta delineada no Decreto-Lei nº 200/67 -, vedando textualmente a sua vinculação em “atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

Uma vez regulamentada, essa relação triangular entre Estado (tomador), empresa (prestador) e trabalhador, trouxe à baila a problemática dos limites da

responsabilidade do Estado face à inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do prestador em relação ao trabalhador interpostamente contratado, resultando em conflitos que, uma vez judicializados, tiveram na Justiça do Trabalho construções interpretativas diversas.

Dentre as interpretações dominantes sobre o tema, sobressaíram, de um lado, a teoria do risco, com responsabilidade objetiva da Administração (art. 37, § 6º, da Constituição) e, de outro, a irresponsabilidade do Estado, frente ao contido no caput e § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que impõe ao contratado em processo licitatório a inteira responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, sendo que, eventual inadimplência, não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento.

Levada a matéria ao TST para uniformização de jurisprudência, adveio o item IV da Súmula 331, que entendeu por responsabilizar subsidiariamente os órgãos da administração direta e indireta pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador, desde que tenham participado da relação processual e constem do título extrajudicial.

Por sua vez, a inclusão do aludido item no verbete jurisprudencial em comento acarretou irrisignação do Poder Público no sentido de que o TST estaria negando a vigência do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ou mesmo declarando, implicitamente, ser ele inconstitucional. Vertiam o entendimento de que a Justiça do Trabalho não teria competência para criar obrigação subsidiária, na medida em que não existe no ordenamento jurídico previsão alguma para a responsabilização de forma subsidiária do tomador dos serviços, ofendendo frontalmente ao princípio da legalidade insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Então, o Supremo Tribunal Federal (STF), mediante julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 16/DF, declarou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93. Contudo, a despeito da constitucionalidade declarada, o próprio Ministro Presidente daquela Corte, Min. Cezar Peluso, referiu que a declaração de constitucionalidade da referida norma não impediria o TST de reconhecer a responsabilidade da Administração Pública, com base nos fatos de cada causa.

Baseado nesse entendimento, o Pleno do TST modificou o inciso IV da Súmula 331 que, com a nova redação, passou a imputar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, sem mencionar, diretamente, a Administração Pública.

Porém, somados à nova redação do item IV, foram incluído na dita Súmula os itens V e VI, expressamente prevendo que, caso a empresa contratada não quite corretamente os direitos trabalhistas com seus empregados que prestam serviços em órgãos da administração pública direta e indireta, estes respondem subsidiariamente e nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8666/93, especialmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, estando aí incluídas, portanto, as verbas salariais e indenizatórias pertinentes, por força do item VI.

Com base nesse novo entendimento, a atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento de suas contratadas em relação às verbas trabalhistas de seus empregados deixou de ser automática, passando a se fazer necessária a comprovação, em cada caso, de que houve culpa por parte do ente público, seja por má escolha da empresa prestadora (culpa *in eligendo*,) seja por falha na fiscalização do contrato (culpa *in vigilando*).

De fato, não podemos esquecer que os créditos trabalhistas têm natureza alimentar e, portanto, não podem ficar à mercê do inadimplemento das obrigações trabalhistas do empregador, sob pena de se admitir o trabalho escravo. Destarte, é justo que, em tais situações, prepondere o princípio da proteção ao trabalhador e, ainda, pela teoria da culpa extracontratual, o dever geral de não causar dano a outrem.

Ademais, não importa para o Direito do Trabalho se o tomador dos serviços contratou a empresa prestadora invocando apenas o direito civil ou o direito administrativo. É relevante, isto sim, que o tomador se beneficiou com a força de trabalho, o que impende assegurar os direitos trabalhistas ao empregado, sob pena de locupletamento ilícito.

Outrossim, a interpretação literal do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, acabaria por menosprezar o acervo de proteção ao empregado e olvidaria o dever da Administração de pautar seus atos no princípio da moralidade que, segundo o TST, inadmite ausência de corresponsabilidade em condutas omissivas ou comissivas geradoras de prejuízos a terceiros.

Diante desta nova realidade interpretativa, a responsabilidade subsidiária dos entes públicos tomadores de serviços encontra fundamento legal no art. 186 do Código Civil, que, por ser específico e não fazer exceção a quem quer que seja, inclusive à Administração Pública, além de ser posterior ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tem plena aplicação.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Glaucia. ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Niterói: Editora Impetus, 2006.

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

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização**. in Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs. Ed. N. 199 – fev 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acesso em 12/10/2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em 12/10/2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 12/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm)>. Acesso em 12/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 12/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm)>. Acesso em 15/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.102, de 20 de julho de 1983. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm)>. Acesso em 15/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 15/11/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em 15/11/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 12/10/2011.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02\\_30042008.htm](http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm)>. Acesso em 25/11/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 16. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 09/09/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 610, de 22 a 26 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 603397. Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 04/02/2010, DJ 15/04/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6969 AgR. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 17/11/2008, DJ 21/11/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6970 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 15/02/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7218 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 14/02/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7517 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 14/04/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7711 AgR. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 20/09/2010, DJ 21/09/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7712 AgR. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 25/11/2010, DJ 02/12/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7868 AgR. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 25/11/2010, DJ 03/12/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7901 AgR. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 25/11/2010, DJ 02/12/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8134 AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 12/05/2009, DJ 18/05/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8150 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 03/03/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9894 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 16/02/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 10738 AgR. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 25/11/2010, DJ 02/12/2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-AIRR-153040-61.2007.5.15.0083, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. em 15/12/2010, DJ 28/01/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, Rel. Min. Milton Moura França, j. em 11.09.00, DJ 20.10.00.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 321, da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em 14/11/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 383, da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em 14/11/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR-67400-67.2006.5.15.0102, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. em 07/12/2010, DJ 17/12/2010

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 256. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em 14/11/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em 14/11/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0021900-23.2009-5-04-00831, Rel. Flávia Lorena Pacheco, j. em 06/04/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0046600-59.2009-5-04-0024, Rel. Ione Salin Gonçalves, j. em 19/01/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0073600-41.2009.5.04.0733, Rel. Ricardo Carvalho Fraga, j. em 01/06/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0000820-19.2010.5.04.0103, Rel. José Cesário Figueiredo Teixeira, julgado em 13/10/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0000839-68.2010.5.04.0121, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 10/08/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0094600-79.2007-5-04-0018, Rel. Maria Madalena Telesca, j. 12/05/2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0009700-09.2009-5-04-0661, 5ª Turma, Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, julgado em 08/09/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0143000-44.2009.5.04.0701, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 13/10/2011.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARMO, Júlio Bernardo do. **Terceirização ilícita no âmbito das empresas de telecomunicações e a liminar concedida na Reclamação STF nº 10.132 - Paraná**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COURA, Solange Barbosa de Castro. **O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista**. in Revista Justiça do Trabalho. v. 28, n. 333, Porto Alegre: HS Editora Ltda., setembro de 2011.

CUNHA, Bruno Santos. **Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

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

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula nº 331 do TST: poderia ser diferente?** in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **A Súmula nº 331 do TST à Luz da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas**. in Revista Justiça do Trabalho. v. 28, n. 331, Porto Alegre: HS Editora Ltda., julho de 2011.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública: perguntas e respostas sobre a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93**. in Revista do TRT/EMATRA da 1ª Região, n. 46, jan/dez 2009. Rio de Janeiro, 2011.

HAAS, Juliana. **Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do**

**entendimento do Supremo Tribunal Federal.** in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **Terceirização e a Responsabilidade do Tomador de Serviços.** In Revista IOB, ano XXI, n. 244, outubro/2009. Porto Alegre: Síntese, 2009.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelo Créditos Trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2003.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MALAQUIAS, Marcos. **Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF.** in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Comentários à CLT.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Solidária e Subsidiária no Direito do Trabalho – A Culpa In Eligendo e In Vigilando e a Responsabilidade do Empregador.** In Revista IOB, ano XXI, n. 244, outubro/2009. Porto Alegre: Síntese, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

NAHAS, Thereza Christina. **Culpa In Eligendo e In Vigilando e a Responsabilidade do Empregador.** In Revista IOB, ano XXI, n. 244, outubro/2009. Porto Alegre: Síntese, 2009.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. **A Terceirização na Administração Pública e Constitucionalidade do art. 71, Lei n. 8.666/93, Declarada pelo STF (Novembro de 2010).** In Revista LTr, ano 75, março/2011. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares. **Manual de Terceirização: como encontrar os caminhos para a competitividade, com flexibilidade empresarial e atendimento do mercado, ganhando da concorrência e satisfazendo os anseios e interesses dos consumidores.** São Paulo: STS Publicações e Serviços Ltda, 1998.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. **Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações**. In Revista LTr, ano 75, março/2011. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Patrícia Pinheiro. **Terceirização nos serviços públicos**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriele Neves; AMORIM, Elder Santos; **Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, jan/mar 2011. São Paulo: Lex Editora, 2011.

<<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/terceirizacao2.htm>>. Acesso em 09/10/2011.

<[http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em 14/11/2011.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 09/11/2011.

<<http://www.prestjur.com.br/node/3093>>. Acesso em 08/11/2011