

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

ROSSANA ANZOLIN

TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Porto Alegre

2012

ROSSANA ANZOLIN

**TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

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

Porto Alegre

2012

ROSSANA ANZOLIN

**TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para a obtenção
do grau de bacharel em Ciências Jurídicas
e Sociais.

Aprovada em Porto Alegre, em 21 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dra. Carmen Camino
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para minha formação acadêmica, especialmente:

- ao Professor Leandro Dorneles, por sua orientação e seu profissionalismo;
- aos demais Professores, aos Colegas e aos Servidores da UFRGS;
- à Suellen, pelo coleguismo ao longo do curso;
- à Daniella, pela compreensão no trabalho;
- ao Aírton, pelo acolhimento emocional e jurídico;
- à Paula, minha amiga e mãe, pela ajuda de sempre.

“O que é vergonhoso e desumano é usar homens como vis instrumentos de lucro, e não estimá-los na proporção do vigor dos seus braços” (Encíclica *Rerum Novarum*).

RESUMO

Este trabalho estuda as relações de terceirização, especialmente no que diz respeito à responsabilização da Administração Pública. Aborda, inicialmente, as conceituações doutrinárias mais relevantes sobre a terceirização, as antigas legislações e as decisões judiciais acerca do tema. A seguir, trata da evolução da responsabilidade do Estado e da legislação nacional relacionada a ela. Finalmente, analisa as alterações da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e seus reflexos na responsabilidade da Administração Pública.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade. Administração Pública.

ABSTRACT

This study examines the relations of outsourcing mainly concerning the legal accountability of Public Administration. At first, the most significant principles and concepts regarding outsourcing and its earlier laws and legal decisions is considered. Then, the evolution of the responsibility of the State and related national legislation is concerned. Finally, the alterations in the High Labor Court Summary No 331 and its effects in Public Administration responsibility is analyzed.

Key words: Outsourcing. Responsibility. Public Administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 TERCEIRIZAÇÃO.....	10
2.1 Definição de terceirização.....	11
2.1.1 Diferenciação da terceirização de outras figuras jurídicas.....	13
2.2 Características da terceirização.....	14
2.3 Terceirização na legislação.....	16
2.4 Terceirização na jurisprudência.....	22
2.4.1 Súmula n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho.....	23
2.4.2 Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	23
2.4.3 Orientação Jurisprudencial n. 321 SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.	24
2.4.4 Orientação Jurisprudencial n. 383 SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.	24
2.5 Terceirização lícita e ilícita.....	25
2.6 Responsabilidade.....	27
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ENTES INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	29
3.1 Evolução da responsabilidade do Estado.....	30
3.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	31
3.1.2 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.....	32
3.1.3 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado.....	34
3.2 Responsabilidade do Estado na legislação.....	36
3.2.1 Constituições de 1824 e 1891.....	36
3.2.2 Código Civil de 1916.....	37
3.2.3 Constituições de 1934 e 1937.....	37
3.2.4 Constituição de 1946.....	37
3.2.5 Constituições de 1967 e 1969.....	38
3.2.6 Constituição de 1988.....	39
3.2.7 Lei de licitações.....	44
3.2.8 Código Civil de 2002.....	46
4. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 331 DO TST.....	47
4.1 Redação original da Súmula n. 331 do TST.....	47

4.2 Primeira alteração da Súmula n. 331 do TST.....	48
4.2.1 Direitos fundamentais e princípio da proteção.....	49
4.2.2 Acentuação da responsabilidade do Estado.....	50
4.2.3 Abuso de direito.....	51
4.3 Artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/93.....	51
4.4 Ação Direta de Constitucionalidade 16.....	52
4.5 Adequação da Súmula n. 331 do TST.....	55
4.6 Responsabilidade atual da Administração Pública.....	56
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A prática da terceirização está institucionalizada em nosso país. As empresas pretendem, com a sua utilização, reduzir custos e dedicar-se às suas atividades-fim. Os trabalhadores, por seu lado, denunciam os seus efeitos negativos: redução de postos de trabalho, de salários e de direitos sociais, discriminação em relação aos que foram empregados diretamente, maior número de doenças e de acidentes entre os terceirizados, alto índice de empresas infratoras. Dessa forma, são inúmeros os processos ajuizados perante a Justiça do Trabalho por trabalhadores terceirizados, envolvendo a questão da responsabilização pelas obrigações trabalhistas não cumpridas.

A Administração Pública tem utilizado amplamente o recurso da contratação de mão de obra terceirizada, em especial para a “execução de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade” (Decreto n. 2.271/97, art. 1º), sendo também acionada judicialmente em face de descumprimentos das obrigações trabalhistas.

Este trabalho faz um estudo da evolução da responsabilização da Administração Pública, na condição de tomadora de serviços de empresa terceirizada, ante a recente modificação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Súmula n. 331, um dos principais elementos normativos da terceirização atualmente. A partir de pesquisa efetuada na doutrina, na legislação e na jurisprudência, analisa o tema em três capítulos.

Primeiramente, situa o tema da terceirização na história e na legislação pátria, apresentando sua definição, suas características e seu regramento pela jurisprudência. Adiante, aborda a responsabilidade civil dos entes da Administração Pública, com base nas teorias de irresponsabilidade, de responsabilidade subjetiva e de responsabilidade objetiva do Estado, bem como o tratamento do tema pela legislação nacional. Por fim, detém-se na reflexão acerca das alterações da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho ante a Ação Direta de Constitucionalidade 16.

2 TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um fenômeno que está presente em quase todos os países. Ela surge no momento em que há desemprego na sociedade, como ocorre no caso de crises econômicas, em que os empresários buscam diminuir seus custos, principalmente com a mão de obra. Também nos momentos de aumento da demanda, como na Segunda Guerra Mundial, em que as empresas produtoras de armas, sobrecarregadas com a demanda, verificaram que poderiam delegar serviços a terceiros, que dariam suporte ao aumento da produção. No contexto atual, em que a tendência é a especialização em todas as áreas, a terceirização origina novos empregos e novas empresas, possibilitando sua desverticalização, para que possam se dedicar à sua especialidade, deixando a execução das atividades em que não se aprimoraram para terceiros¹.

No Brasil, a ideia de terceirização foi trazida pelo ano de 1950 por multinacionais, que desejavam se preocupar apenas com a essência do seu negócio. Como exemplo, a indústria automobilística ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, realizando a montagem final do veículo a partir da reunião das peças fabricadas por terceiros. Outros exemplos pioneiros de terceirização no Brasil foram: o dispositivo legal que determina que a seguradora não pode fazer a venda do seguro diretamente ao segurado, o que tem de ser feito por corretor autônomo ou corretora (art. 17 da Lei n. 4.594/64²); as empresas de asseio e conservação, que existem desde 1967; os Decretos-leis n. 1.212 e 1.216, de 1966, que permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares; o Decreto n. 62.756/68, que estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra; e o Decreto-lei n. 1.034/69, que tratava de medidas

¹ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-2.

² Art . 17. É vedado aos corretores e aos prepostos:

a) aceitarem ou exercerem empregos de pessoa jurídica de direito público, inclusive de entidade paraestatal;

b) serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros.

Parágrafo único. O impedimento previsto neste artigo é extensivo aos sócios e diretores de empresa de corretagem.

de segurança para instituições bancárias, caixas econômicas e cooperativas de crédito³.

Em 1973, a locação de mão de obra vinha se tornando frequente no Brasil. As empresas objetivavam contratar mão de obra mais barata, sem desrespeitar a legislação trabalhista. Nesse momento surgiu a primeira norma que tratou efetivamente de terceirização: a Lei n. 6.019/74, que regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado de fato, mas sem normatização. Os bancos também passaram a utilizar serviços terceirizados. Em 1983, a Lei n. 7.102 regrou a constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores para o setor financeiro⁴.

2.1 Definição de terceirização

A administração empresarial utiliza o termo “terceirização” para se referir ao processo de descentralização das atividades da empresa, para que sejam desempenhadas por diversos centros de prestação de serviços e não mais numa única instituição. Outras expressões utilizadas são “subcontratação” e “parceria”⁵.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a terceirização, definida pela maioria dos doutrinadores como a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividades-meio, é inseparável da ideia de parceria; as principais vantagens do instituto são: a especialização da empresa contratada, a possibilidade de a empresa tomadora de serviço concentrar-se na execução de suas atividades-fim, a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários e a simplificação da estrutura empresarial⁶.

³ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3-4.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 217.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 213.

Amauri Mascaro Nascimento diz que a terceirização é a subcontratação da produção ou dos serviços, ou seja, é a contratação de terceiro, por uma empresa, para desempenhar parte das suas atividades e que, a princípio, a terceirização é revestida de legalidade jurídica, visto que duas empresas podem firmar um tipo de contrato não vedado por lei⁷.

Ainda segundo Amauri Mascaro Nascimento, a terceirização surgiu da necessidade de especialização, do desenvolvimento de novas técnicas de administração para melhor gestão dos negócios e aumento de produtividade e da redução de custos pelas empresas⁸.

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Süssekind afirma que uma das consequências do casamento da globalização da economia com a liberação do comércio mundial foi a horizontalização da produção de bens ou serviços, através da contratação de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, especializados em determinados segmentos da empresa contratante. Essa terceirização objetivou reduzir os custos da produção e permitir que as empresas concentrem suas pesquisas, planejamentos, investimentos, capacitação e reciclagem do seu pessoal nas atividades caracterizadoras do seu objeto social e nas atividades-meio essenciais ao seu funcionamento⁹.

Também no dizer de Vólia Bomfim Cassar a terceirização é uma das formas encontradas pelos empresários para reduzir seus gastos. Explica essa autora que o mercado interno ficou mais frágil com a globalização e com a crise econômica mundial, obrigando as empresas a uma maior produtividade a menores custos para melhor competir com o mercado externo¹⁰.

Para Vólia Bomfim Cassar, a terceirização de serviços vinculados à atividade-meio é a regra; já a relacionada às atividades-fim, a exceção. A referida autora afirma que é possível a terceirização de serviços ligados à atividade-fim do tomador,

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 236.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 217.

⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 227-228.

¹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 511.

como nos casos de substituição de pessoal regular e permanente ou para acréscimo extraordinário de serviço, nos termos da Lei n. 6.019/74¹¹.

De acordo com Carmen Camino, os serviços essenciais são indelegáveis; já os serviços de mero apoio podem ser delegados a terceiro, que os assume e, para deles se desincumbir, contrata seus próprios empregados. A prestação desses serviços beneficia indiretamente o contratante e atende diretamente os objetivos do contratado. Esse é o fenômeno da terceirização dos serviços especializados de apoio, também chamados acessórios, secundários, periféricos ou vinculados à atividade-meio da empresa¹².

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, atualmente a terceirização está entre os institutos utilizados pela Administração Pública para formação de parceria com o setor privado, com o intuito de realizar suas atividades; a terceirização constituiria uma das formas de privatização (em sentido amplo) para a Administração Pública¹³.

2.1.1 Diferenciação da terceirização de outras figuras jurídicas

Para um entendimento mais preciso do que compreende a figura da terceirização, faz-se necessária a sua diferenciação de outros tipos jurídicos. Amauri Mascaro Nascimento traça algumas diferenças, que passam a ser analisadas.

Terceirização para produção difere de intermediação de mão de obra, visto que ocorre terceirização nas atividades econômicas que são descentralizadas de uma empresa e passam a ser executadas por outras, como no caso das montadoras de automóveis que terceirizam as partes do veículo que são produzidas por outras empresas, chamadas de indústrias de autopeças; já a intermediação de mão de obra é o exercício, por pessoa física ou jurídica, de atividade lucrativa, tendo por objeto a comercialização do trabalho alheio. Existem duas espécies de intermediação: a intermediação para atividades específicas não coincidentes com as que regularmente são desenvolvidas pela empresa, que é tolerada, e a

¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 515.

¹² CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 238.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 212.

intermediação para atividades coincidentes com aquelas que a empresa regularmente exerce, que é recebida com restrições¹⁴.

A terceirização também se distingue de colocação de mão de obra, esta feita por agências de colocação, que selecionam interessados em obter empregos e os encaminham às fontes de trabalho que oferecem vagas¹⁵.

Outro tipo jurídico é a subempreitada, comum na construção civil, mas cabível também em outras atividades, porque caracteriza um contrato de resultados e não de trabalho, uma vez que o pessoal subempreitado de uma pessoa jurídica ou física tem por finalidade executar uma obra, como exemplo a edificação de partes de um prédio¹⁶.

Também não se confundem terceirização e fornecimento de produtos, sendo este o abastecimento contínuo ou eventual de uma empresa por outra cuja atividade é destinada a esse fim, como exemplo o fornecimento de refeições que abastecem um avião¹⁷.

Finalmente, terceirização e rede de produção atuam em dimensões diferentes, sendo aquela uma etapa, um momento desta com a qual não se confunde¹⁸.

2.2 Características da terceirização

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e tomador de serviços; o tomador de serviços contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve como intermediadora entre o tomador e os

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237.

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237-238.

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 238.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 238.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237-238.

trabalhadores, sendo que o vínculo empregatício estabelece-se com a colocadora de mão de obra¹⁹.

Numa relação de terceirização, são necessários dois contratos distintos: um contrato civil de prestação de serviços firmado entre o tomador e o prestador dos serviços e um contrato de trabalho firmado entre o prestador dos serviços e o empregado. Essa relação tem as seguintes características:

A relação de natureza civil tem por objeto o serviço contratado (limpeza, vigilância, manutenção, transporte, etc.).

Contrata-se o serviço, que será feito por qualquer trabalhador (aquele que o obrigado a prestá-lo escalar); e não um trabalhador para prestar o serviço.

Não há nenhuma relação direta de trabalho entre o trabalhador, empregado do prestador do serviço e o contratante-tomador do serviço.

Os contratos civil (entre o tomador e o prestador do serviço) e de trabalho (entre o prestador do serviço e o trabalhador) não se interpenetram, nem se comunicam.²⁰

Diz Arnaldo Süssekind que não basta que o objeto da prestação de serviços possa ser terceirizado: essa prestação deve ser executada sob o poder de comando dos dirigentes ou prepostos de firma terceirizada (e não sob a direção do tomador) e não pode acarretar o pagamento de salário pelo usuário. Na terceirização, a prestação dos serviços deve ser realizada por empregados da empresa contratada, que assume o risco da atividade e exerce diretamente o seu poder de comando²¹. Presente um traço mínimo de subordinação direta do prestador dos serviços ao seu tomador, estabelece-se imediatamente a relação de emprego entre estes. O empreendedor abre mão de comandar diretamente os serviços de apoio ao optar por sua terceirização²². Exceção a essa característica é o trabalho temporário, disciplinado pela Lei n. 6.019/74 (que será analisada no item 2.3), em que ocorre a delegação do poder de comando²³.

Quanto à personalidade da prestação dos serviços, incompatível o instituto com a terceirização, visto que não cabe a vinculação pessoal do empregado com o

¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p.510-511.

²⁰ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 238-239.

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 230-231.

²² CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 239.

²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 228.

tomador. Delegadas as atividades-meio a terceiro, este escolherá os empregados e dirigirá a sua força de trabalho, não podendo haver interferência do tomador dos serviços. Portanto, a obrigação pessoal do trabalhador estabelece-se com o terceiro contratado, e não com o tomador dos serviços²⁴.

2.3 Terceirização na legislação

Na lição de Carmen Camino, a legislação brasileira permite de forma expressa a terceirização dos serviços especializados de vigilância, guarda e transporte de valores (Lei n. 7.102/83), bem como de forma implícita a terceirização dos serviços de asseio e conservação. Essas empresas são prestadoras de serviços por natureza, somente se justificando se admitida a existência de clientes, tomadores de seus serviços²⁵.

Vólia Bomfim Cassar, em breve histórico, afirma que a CLT teve, desde seu texto originário, um pensamento avançado em relação às demais legislações, estabelecendo a única hipótese de subcontratação de mão de obra, a subempreitada, nos termos de seu art. 455²⁶:

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

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

As obras passam por várias fases: algumas fazem parte do curso normal da obra e são realizadas pelo empreiteiro principal (construção de estrutura, andares, etc.); outras são transitórias e específicas e podem ser realizadas por subempreiteiro (rebaixamento teto com gesso, colocação de louça nos banheiros, etc.). O subempreiteiro é um intermediário entre o empregado e seu empregador natural. O

²⁴ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 239-240.

²⁵ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 236-237.

²⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 519.

art. 455 da CLT responsabiliza o empreiteiro principal no caso de inadimplência do subempreiteiro²⁷.

Importante referir que o dono da obra, se não explorar atividade econômica ligada à construção civil, não responderá juntamente com o empreiteiro. Isso ocorre porque se o dono da obra contratasse diretamente o operário para construção ou reforma de seu imóvel, não figuraria como empregador. Entretanto, se a contratação da construção ou reforma ocorrer com o intuito de revenda ou de lucro, o dono da obra será considerado empregador ou empreiteiro principal e terá responsabilidade subsidiária em relação ao subempreiteiro²⁸. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 191 da Seção de Dissídios Individuais-1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho:

191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

O art. 10, §7º, do Decreto-Lei n. 200/67, regulamentado pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 5.645/70 (revogado pela Lei n. 9.527/97²⁹), incentivou a ampliação do fenômeno, visto que objetivava descentralizar as atividades da Administração Pública³⁰:

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

(...)

§7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução

²⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 525.

²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 526-527.

²⁹ Art. 18. Ficam revogados o art. 1º da Lei nº 2.123, de 1º de dezembro de 1953, o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, o **parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**, o § 2º do art. 2º da Lei nº 5.845, de 6 de dezembro de 1972, os incisos III e IV do art. 8º, o art. 23, os incisos IV e V do art. 33, o parágrafo único do art. 35, os §§ 1º e 2º do art. 78, o parágrafo único do art. 79, o § 2º do art. 81, os arts. 88, 89, o § 3º do art. 91, o parágrafo único do art. 101, os arts. 192, 193, as alíneas "d" e "e" do art. 240 e o art. 251 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o art. 5º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, o art. 4º da Lei nº 8.889, de 21 de junho de 1994, os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994.

³⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p.519-520.

indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

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

(...)

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

Posteriormente, a terceirização foi estendida ao setor privado, pelas Leis n. 6.019/74, relativa ao trabalho temporário, e n. 7.102/83, relativa aos vigilantes, sendo seus efeitos restritos; a Lei n. 6.019/74 (arts. 2º e 10) permite contratos de curta duração para situações específicas, já a Lei n. 7.102/83 (art. 3º) limita-se aos trabalhadores ligados à segurança bancária³¹:

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

(...)

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

Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - por empresa especializada contratada;

Pela Lei n. 6.019/74, o trabalhador temporário é empregado da empresa prestadora de serviços e é permitida a terceirização da atividade-fim, sem descaracterizar a intermediação de mão de obra por interposta pessoa; o prazo de duração do contrato de trabalho é de três meses, prorrogável por igual período mediante autorização ministerial. O tomador de serviços responderá solidariamente pelo período que o trabalhador esteve sob suas ordens no caso de falência da empresa de trabalho temporário³². No trabalho temporário, ocorre uma operação triangular, na qual a empresa fornecedora de mão de obra delega o poder de

³¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 520.

³² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 527-529.

comando à sua cliente, a qual dirige a prestação de serviços dos empregados que estão vinculados à empresa terceirizada³³.

O vigilante só pode ser contratado pelas empresas referidas na Lei n. 7.102/83, para evitar que uma pessoa não especializada em métodos de segurança possa contratar um indivíduo despreparado, colocando em risco a sociedade. Nesse sentido, ainda que o vigilante seja subordinado e preste serviços pessoais ao tomador, com este não será formado vínculo de emprego, dada a vedação legal³⁴.

Os casos de terceirização estavam limitados aos referidos dispositivos legais, razão pela qual foi expedida a Súmula n. 256 do TST (que será analisada no item 2.4.1), que reconhecia, nos demais casos de terceirização, a formação de vínculo com o tomador de serviços, inclusive com entes da Administração Pública; entretanto, em 1988, a Constituição Federal vedou o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público, limitando a Súmula n. 256 do TST³⁵:

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

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Dessa forma, ainda que irregular e contrária à lei, a contratação de trabalhadores através de empresa colocadora de mão de obra não acarreta vínculo de emprego com o tomador público; desrespeitado o art. 37, II, da Constituição Federal, a contratação do trabalhador será nula (art. 37, §2º, CF/88³⁶)³⁷.

³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 228.

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 530-531.

³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 520-521.

³⁶ § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 536-537.

Em 1990, a Lei n. 8.036 igualou o empregador formal (empresa colocadora ou intermediadora) ao tomador de serviços que, segundo Vólia Bomfim Cassar, é o empregador real³⁸:

Art. 15. (...)

§1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Em 1991, a Lei n. 8.212, que trata do custeio da Previdência Social, assim dispôs:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei.

(...)

§3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Em 1994, a Lei n. 8.863 ampliou o alcance da Lei n. 7.102/83, permitindo a terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física³⁹:

Art. 10. São consideradas como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 521.

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 522.

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa.

§2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

§3º Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal, as empresas definidas no parágrafo anterior.

§4º As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e demais legislações pertinentes.

Ainda no ano de 1994, a Lei n. 8.949 introduziu o parágrafo único no artigo 442 da CLT, incentivando as terceirizações por meio de cooperativas; o referido dispositivo estabelece que os cooperados não têm vinculação empregatícia (nem com a cooperativa e nem com o tomador de serviços)⁴⁰:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

A presunção legal do dispositivo acima é válida para relação entre um verdadeiro cooperado e uma verdadeira cooperativa; verificada a fraude e preenchidos os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT⁴¹, haverá vínculo de emprego com o tomador de serviços, salvo se pertencente à Administração Pública⁴².

⁴⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 524.

⁴¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§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.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento entende que a terceirização é autorizada por algumas leis, conforme segue:

Há leis que autorizam a terceirização: a empreitada (Código Civil, art. 610), a subempreitada (CLT, art. 455), a prestação de serviços (Código Civil, art. 605), a segurança bancária (Dec.-leis ns. 1.212 e 1.216, de 1966, e 1.304, de 1969), a vigilância ostensiva e o transporte de valores (Leis ns. 7.102, de 1983, 8.863, de 1994, e 9.017, de 1995), o fornecimento de mão de obra (Lei n. 8.036, de 1990, art. 15, §1º), os serviços de telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997, art. 94), os serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública (Lei n. 5.645, de 1970, e Decreto n. 2.031, de 1996) e as cooperativas (CLT, art. 442, parágrafo único)⁴³.

2.4 Terceirização na jurisprudência

Ante o fenômeno da terceirização e a sua parca legislação, o Tribunal Superior do Trabalho tem tentado garantir os direitos dos trabalhadores mediante a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais.

Para Carmen Camino, a jurisprudência ampliou o restrito elenco legal, incluindo entre os passíveis de serem terceirizados, além dos serviços de vigilância e de asseio e conservação, outros serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, nos termos da súmula n. 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho. Diz-se explicitamente que, quando necessários e permanentes, os serviços de apoio que demandam especialização na sua consecução podem ser contratados de terceiros⁴⁴.

De acordo com Arnaldo Süssekind, à exceção das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei n. 6.019⁴⁵, de 3 de janeiro de 1974, o sistema legal não admite a contratação de trabalhadores por interposta pessoa física ou jurídica, que os registra

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁴² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 534-535.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 218.

⁴⁴ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 237.

⁴⁵ A Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, traz no seu artigo 2º: "Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços".

como empregados. Isso não significa a proibição dos legítimos contratos de prestação de serviços; significa que esses contratos, para não configurarem simulação em fraude à lei, deverão ser executados por trabalhadores cujos serviços são prestados sob o poder de comando (diretivo e disciplinar) da pessoa ou sociedade contratada e não da empresa contratante. Essas diretrizes levaram o Tribunal Superior do Trabalho a editar a súmula n. 256, de 1986, posteriormente revista pela súmula n. 331, de 1993, e recentemente modificada (maio de 2011)⁴⁶.

2.4.1 Súmula n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho

Conforme mencionando no item 2.3, a Súmula n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho reconhecia a formação de vínculo com o tomador de serviços, inclusive com entes da Administração Pública, nos casos de terceirização não previstos pelas Leis n^{os} 6.019/74 e 7.102/83, como segue:

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

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n^{os} 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.

Contudo, com a vedação de reconhecimento de vínculo com a Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público pela Constituição Federal de 1988, a Súmula n. 256 do TST restou limitada.

2.4.2 Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Em 1993, devido à retração do mercado interno, à globalização e à necessidade de redução de custos, houve a flexibilização das relações de trabalho,

⁴⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 229.

acarretando a alteração da jurisprudência, com a edição da Súmula n. 331 e o cancelamento da Súmula n. 256, ambas do TST. Houve a ampliação das hipóteses de terceirização, com a inclusão das atividades de conservação, limpeza e outras ligadas à atividade-meio do tomador ou à mão de obra especializada⁴⁷.

A referida súmula será objeto de análise do capítulo 4 deste trabalho, intitulado “Responsabilidade da Administração Pública e a nova redação da Súmula n. 331 do TST”.

2.4.3 Orientação Jurisprudencial n. 321 SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho

A Orientação Jurisprudencial n. 321 SDI-1 do TST veio para regular os casos de terceirização ilícita, determinando o vínculo de emprego com o tomador de serviços, inclusive com entes públicos, para contratações anteriores à promulgação da atual Constituição:

321. 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 03.01.1974, 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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.

2.4.4 Orientação Jurisprudencial n. 383 SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho

A Orientação Jurisprudencial n. 383 SDI-1 do TST, que também trata de casos de terceirizações ilícitas, foi editada com o intuito de reconhecer a equiparação de verbas aos empregados terceirizados, relativamente aos empregados contratados diretamente pelo tomador de serviços:

⁴⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 522-523.

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA 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.

2.5 Terceirização lícita e ilícita

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a ordem justralhista distingue entre terceirização lícita e ilícita, sendo que as quatro situações-tipo de terceirização lícita estão claramente descritas pela Súmula n. 331 do TST:

Em primeiro lugar, situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário (Súmula 331, I).

São as situações expressamente especificadas pela Lei n. 6.019/74. Assim, ou se trata de *necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora* ou se trata de *necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa*.

(...)

Em segundo lugar, “*atividades de vigilância*”, regidas pela Lei n. 7.102/83 (súmula 331, III, *ab initio*).

Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de súmula revisado. A súmula 256 reportava-se aos *casos previstos na Lei n. 7.102/83*, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, *atividades de vigilância*. Isso significa que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos de mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratem serviço de vigilância mediante empresas especializadas (que obedecem às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização.

(...)

O terceiro grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita é o que envolve *atividades de conservação e limpeza* (Súmula 331, III).

(...)

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância inequívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se ajustam, pois, à atividade-fim do tomador.⁴⁸

O autor refere, ainda, que a Súmula 331, III, estatui que a terceirização permanecerá lícita nas três últimas situações-tipo acima enunciadas desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. Excluídas as quatro situações-tipo, a terceirização será ilícita, independentemente de ser a empresa terceirizante licitamente constituída e patrimonialmente idônea⁴⁹.

A Súmula, como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, só aceita como válida a terceirização de atividade-meio. Se for atividade-fim, haverá o reconhecimento de vínculo (não sendo órgão da Administração Pública)⁵⁰.

Classificam-se como atividades-meio aqueles serviços que não coincidem com os fins da empresa contratante e classificam-se como atividades-fim os serviços que coincidem. Exemplificativamente, quando um estabelecimento bancário contrata serviços de vigilância, contrata atividade-meio; quando contrata serviços de caixa, contrata atividade-fim. A terceirização de atividade-meio é permitida enquanto a terceirização de atividade-fim é vedada pela Justiça do Trabalho⁵¹.

O importante é que os trabalhadores não fiquem juridicamente subordinados à empresa contratante; não fiquem sob sua direção e disciplina. O empregador desses trabalhadores é a empresa contratada. A empresa contratante possui responsabilidade subsidiária, e não solidária⁵².

A terceirização que tem por finalidade esconder uma relação de emprego, isto é, a terceirização fraudulenta, é rejeitada pela Justiça do Trabalho, que privilegia a realidade dos fatos em detrimento dos aspectos formais com base no art. 9º da CLT, pelo qual são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar,

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 448-449.

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 450.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 216.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 218-219.

⁵² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 229-230.

impedir ou fraudar a aplicação de preceitos da legislação trabalhista; verifica-se no caso concreto se há subordinação dos serviços terceirizados ao tomador, caso em que forma-se o vínculo de emprego diretamente com este⁵³.

Nesse caso, o terceiro contratado que serviu como “empregador de fachada” não fica isento de responsabilidade, sendo chamado a responder pelos encargos trabalhistas de forma solidária⁵⁴.

Vólia Bomfim Cassar classifica como irregular a terceirização que, embora não seja proibida por lei (daí não ser chamada de ilícita), viole princípios básicos de Direito do Trabalho ou regras administrativas; como exemplo, a terceirização de atividade-fim nos casos em que o vínculo não se forme com o tomador de serviços em virtude do rodízio de trabalhadores (falta de pessoalidade) ou, ainda que os trabalhadores sejam fixos (há pessoalidade), mas a lei impede a formação do vínculo com o tomador (Administração Pública)⁵⁵.

2.6 Responsabilidade

Quando a subcontratação for irregular, haverá responsabilidade solidária entre o tomador e o intermediador da mão de obra, visto que ocorrerá formação de vínculo com o tomador (aplicação dos artigos 186, 927 e 942 do Código Civil⁵⁶); o intermediador responderá porque contratou o trabalhador e o tomador, porque é o real empregador⁵⁷.

Ainda que regular a contratação, poderá ocorrer a responsabilidade subsidiária do tomador. Em regra, o contratante não se exime totalmente das

⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 218.

⁵⁴ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 240.

⁵⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 518.

⁵⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

⁵⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 538.

obrigações trabalhistas ao delegar as atividades-meio em favor de terceiro. Isso porque o tomador poderá ser responsabilizado subsidiariamente em duas situações: quando delegar os serviços a prestador inidôneo, sem o necessário cuidado na escolha (incorrerá em culpa *in eligendo*), e quando se descuidar da fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas assumidos pelo terceiro contratado com seus empregados (incorrerá em culpa *in vigilando*). Logo, a terceirização não é o meio mais fácil de eximir o beneficiário da força de trabalho dos encargos trabalhistas, visto que poderá responder por eventual inadimplência do terceiro contratado⁵⁸.

⁵⁸ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 240.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ENTES INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Celso Antônio Bandeira de Mello define a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” e explica que o Poder Público, como qualquer outro sujeito de direitos, pode causar prejuízo a alguém, o que lhe obriga a recompor os agravos patrimoniais oriundos de ação ou abstenção lesiva⁵⁹.

De acordo com Rafael Maffini, a obrigação de o Poder Público reparar os danos que causar a terceiros decorre do Estado de Direito, que submete o Estado à ordem jurídica, sendo responsabilizável por seus atos e suas condutas, inclusive quanto aos danos a que der causa. Entretanto, não se deve confundir a responsabilidade extracontratual do Estado com o seu dever de indenizar particulares por institutos de sacrifício de direitos subjetivos privados, como no caso de indenização devida em face de uma desapropriação ou de uma servidão administrativa⁶⁰.

Os fundamentos específicos para a indenização decorrente de responsabilidade civil e para indenização decorrente de intervenções na propriedade são diversos: somente há de se falar em “responsabilidade”, no sentido técnico, quando há uma violação a direito subjetivo; quando o prejuízo decorre de um sacrifício, amparado pela ordem jurídica, não há de se falar em responsabilidade do Estado, ao menos em sentido próprio⁶¹. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os casos em que o Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 993.

⁶⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 218.

⁶¹ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 218.

do direito de outrem. Diversamente, consideramos inclusos no tem responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado, orientada para certo fim não necessariamente entrechocante com o direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.⁶²

Os princípios norteadores do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, implicam um tratamento jurídico peculiarizado à responsabilidade extracontratual do Estado, relativamente às normas aplicáveis à responsabilidade extracontratual do Direito Privado (arts. 927 a 954 do Código Civil). Não se pode negar a aplicação, em relação ao Estado, dos preceitos pertinentes à responsabilidade civil tal como ocorre no Direito Privado. Contudo, deve-se levar em conta que existem preceitos de Direito Público que são derogatórios de Direito Privado, de modo que este é aplicável de forma subsidiária apenas⁶³.

3.1 Evolução da responsabilidade do Estado

Do ponto de vista histórico, verifica-se que a responsabilidade do Estado pelos danos causados a outrem nem sempre foi reconhecida. Antigamente, entendia-se que o Estado não poderia ser responsabilizado por estar acima da ordem jurídica. Posteriormente, foi feita distinção entre os tipos de atos do Estado, com o intuito de responsabilizá-lo subjetivamente pelos danos originados por atos de gestão. Atualmente, coexistem as responsabilidades subjetiva e objetiva do Estado. Essa evolução histórica passa a ser analisada.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 996.

⁶³ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 218-219.

3.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

De acordo com Sérgio Severo, por muito tempo, prevaleceu um regime de desequilíbrio nas relações entre o Poder Público e o indivíduo, ainda visto como um súdito, e não como cidadão; conforme demonstrava a expressão “*the king can do no wrong*” (“o rei não erra”), que identificava o representante da soberania, excluía-se do Estado a responsabilidade por atos que pudessem causar danos a particulares, em contraposição a um sistema de imposição estatal perante os súditos⁶⁴.

Rafael Maffini afirma que pela teoria da irresponsabilidade do Estado, estando acima da ordem jurídica, o Estado não podia ser responsabilizado pelos danos causados em face da concretização de suas atribuições. Naquela época de autoritarismo, existia uma confusão entre a figura do Estado e do soberano, sendo este último considerado uma figura divina; quem sofresse prejuízos em razão da atividade do Estado deveria resignar-se, suportando o custo da existência do Estado, sem qualquer proteção aos seus direitos. As poucas exceções à irresponsabilidade do Estado deveriam estar expressas nas leis e eram consideradas benesses outorgadas pelo Estado. Havia, ainda, a possibilidade de responsabilização do próprio agente, se identificado um comportamento seu específico; todavia, essa responsabilização era muito tímida, implicando a não ocorrência do devido reparo ao terceiro prejudicado⁶⁵.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, o princípio da irresponsabilidade vigorou no Estado despótico absolutista. A ideia de responsabilização da Administração Pública era vista como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Expressões como “O Estado sou eu” (“L’État c’est moi”) e “O que agrada ao príncipe tem força de lei” retratam bem aquela época. Os administrados podiam acionar somente o funcionário causador do dano, mas jamais o Estado, que se mantinha distante do problema; havendo a insolvência do funcionário, a ação de indenização restava frustrada na maioria das vezes. Entendia-se que o Estado e o funcionário eram

⁶⁴ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

⁶⁵ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 219.

sujeitos diferentes, pelo que a atuação do funcionário, ainda que extrapolando seus poderes, não obrigava a Administração.⁶⁶

3.1.2 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado

Segundo Rafael Maffini, com a evolução do denominado “Estado de Direito”, passou-se a reconhecer a teoria da responsabilidade do Estado. Esse reconhecimento recebeu grande contribuição do famoso aresto Blanco⁶⁷, em que se reconheceu que o Estado deveria ser responsabilizado e que tal responsabilização deveria receber tratamento jurídico peculiar. A partir de então, a questão passou a ser o modo como o Estado deveria ser responsabilizado⁶⁸.

Sergio Cavaliere Filho também afirma que o aresto Blanco, proferido em 1873, foi o marco para o reconhecimento da responsabilidade do Estado. Os Estados Unidos e a Inglaterra vieram a admitir a responsabilidade civil do Estado somente em 1946 (pelo *Federal Tort Claims Act*) e em 1947 (pelo *Crown Proceeding Act*), respectivamente⁶⁹.

Rafael Maffini afirma que inicialmente, aproveitando-se das teorias privatistas de responsabilidade, adotou-se a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, segundo a qual a configuração do dever de indenizar é condicionada à existência de uma conduta culposa ou dolosa. Esta fase de responsabilidade subjetiva do Estado começa com o momento da responsabilidade por atos de gestão e evolui para o momento da responsabilidade por falta do serviço, como segue:

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 253.

⁶⁷ “O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que fixasse que a responsabilidade do Estado “não é nem geral nem absoluta” e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhece-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1002).

⁶⁸ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 220.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 254.

No primeiro deles, tem-se a (2.1.1) *teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por atos de gestão* (também chamada de “teoria da culpa individual” ou “teoria privatista”), segundo a qual o Estado deveria ser tratado como um particular qualquer, sendo necessário, para fins de responsabilização, que se demonstrasse de modo individualizado a conduta culposa ou dolosa atribuível ao Estado. Tal situação, sobretudo em lesões causadas pela omissão estatal, ensejava severas dificuldades na configuração da responsabilidade do Estado, de sorte que houve uma evolução para um segundo momento, qual seja, o da (2.1.2) *teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por falta (ou falha) do serviço* (também chamada de “teoria da culpa anônima”), segundo a qual se presumia a implementação do aspecto subjetivo (culpa ou dolo), configurador da responsabilização subjetiva do Estado, sempre que houvesse a demonstração da má prestação da atividade estatal, da não prestação da atividade estatal, ou do atraso na prestação da atividade estatal. Tratava-se, pois, de um caso de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa.⁷⁰

Dessa forma, passou-se para fase de uma concepção civilista da responsabilidade estatal, fundada na culpa do funcionário e nos princípios de responsabilidade por fato de terceiro. No entanto, o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. O Estado é pessoa jurídica, não tendo vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica. Nesse sentido, o Estado depende da manifestação de seus agentes. Pela teoria do órgão, idealizada por Otto Gierke, o Estado é concebido como um organismo vivo, que tem suas funções desempenhadas por um conjunto de órgãos; o órgão supõe a existência de uma só pessoa (o próprio Estado), motivo pelo qual o dano causado ao particular imputa-se diretamente à pessoa jurídica de cuja organização o funcionário causador do dano faça parte⁷¹.

Com base nos princípios publicísticos, dispensa-se a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado; a noção civilista é ultrapassada pela ideia francesa denominada *faute du service*, pela qual ocorre a “culpa do serviço” ou “falta de serviço” quando este não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Essa tríplice modalidade traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva. Ou seja: a ausência do

⁷⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 220.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 254-255.

serviço por seu defeituoso funcionamento basta para configurar a responsabilidade da Administração Pública pelos danos causados aos administrados⁷².

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que a responsabilidade por “falta de serviço” é modalidade de responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo). Logo, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal, sendo necessário o elemento tipificador da responsabilidade subjetiva (culpa ou dolo)⁷³. O autor esclarece:

O que cumpre distinguir é a objetividade de *dada conduta*, à qual se atribui o dano, e a objetividade da *responsabilidade*. A primeira é sempre objetiva, pois o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda sê-lo-á ou não.

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.

(...)

É sabido que a culpa relaciona-se com *negligência* (noção antitética à de diligência), imprudência ou imperícia. Donde, a responsabilidade por falta de serviço é, indubitavelmente, responsabilidade subjetiva.⁷⁴

3.1.3 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado

Na última fase da evolução da responsabilidade, chegou-se à responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independentemente de falta ou culpa do serviço. Tal posicionamento foi alcançado com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, visto que, se a atividade administrativa é

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1002-1003.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1003-1004.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1004-1005.

estatal, é exercida em benefício da coletividade, é justo que todos respondam pelos seus ônus, que são custeados pelos impostos⁷⁵.

O fundamento da responsabilidade objetiva biparte-se: no caso de comportamentos ilícitos, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade e também, se o ilícito for comissivo, do princípio da igualdade; no caso de comportamentos lícitos, o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, baseando-se no princípio da igualdade⁷⁶.

Para fundamentação da responsabilidade objetiva do Estado, surgiram as teorias do risco administrativo e do risco integral.

A teoria do risco administrativo atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria é a expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos; é a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos beneficiados pela atividade estatal. Toda lesão a particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público. Deve-se verificar, apenas, a existência de nexos de causalidade entre a ação administrativa e o fato danoso sofrido pelo administrado, visto que inexistindo o nexos, poderá o Estado afastar a sua responsabilidade⁷⁷.

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos em que não há nexos de causalidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior); como exemplo, o acidente de trabalho. Se houvesse a admissão da teoria do risco integral, o Estado teria o dever de indenizar o dano sofrido por particular, em qualquer caso, o que levaria ao abuso⁷⁸. No mesmo sentido, Rafael Maffini entende que não é uníssona a aceitação da existência de teoria do risco integral em nosso País, havendo inúmeras e importantes restrições à sua aplicabilidade⁷⁹.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 256.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1007.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 257.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 258.

⁷⁹ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 220-221.

3.2 Responsabilidade do Estado na legislação

A legislação pátria não passou pela fase de irresponsabilidade do Estado. As primeiras Constituições estabeleciam a responsabilidade subjetiva. Somente a partir da Constituição de 1946 a responsabilidade objetiva foi reconhecida.

3.2.1 Constituições de 1824 e 1891

Sergio Cavaliere Filho entende que não existiu a fase de irresponsabilidade do Estado no Brasil. A Constituição do Império de 1824⁸⁰ e a Constituição Republicana de 1891⁸¹ responsabilizavam os funcionários públicos pelos abusos e omissões em que incorressem no exercício dos seus cargos. Essa responsabilização nunca foi considerada excludente de responsabilidade do Estado, visto que entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos dos seus agentes. Contudo, a responsabilidade era fundada na culpa civil, sendo necessária a comprovação da culpa do funcionário; o Estado só respondia pelos danos se ficasse provada a negligência, imprudência ou imperícia do funcionário⁸².

⁸⁰ Art. 179, XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

⁸¹ Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 258-259.

3.2.2 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916⁸³ foi o primeiro texto legal que tratou especificamente da responsabilidade civil do Estado, consagrando a teoria da culpa como fundamento⁸⁴.

3.2.3 Constituições de 1934 e 1937

As constituições de 1934⁸⁵ e 1937⁸⁶ estabeleceram a responsabilidade solidária da Fazenda Pública federal, estadual e municipal pelos danos decorrentes de culpa dos servidores públicos⁸⁷.

3.2.4 Constituição de 1946

Apenas na Constituição de 1946, a responsabilidade objetiva do Estado foi expressamente acolhida pela ordem jurídica brasileira:

⁸³ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259.

⁸⁵ Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

⁸⁶ Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

⁸⁷ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.

Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho, o artigo não fazia nenhuma referência à culpa do funcionário como condição ensejadora da responsabilidade do Estado; apenas no parágrafo único surgia a menção à culpa determinar a ação regressiva do ente público contra seu servidor. Logo, a ação da vítima contra o Estado prescindia de prova de culpa e dolo⁸⁸.

No mesmo sentido, Sérgio Severo afirma que a partir do art. 194 da Constituição de 1946 configura-se a publicização do regime de responsabilidade pública, com adoção do fator de atribuição objetivo. Ainda que existissem polêmicas doutrinárias derivadas da instituição de um novo regime, afirma-se a responsabilidade objetiva⁸⁹.

3.2.5 Constituições de 1967 e 1969

Sergio Cavalieri Filho afirma que, uma vez introduzida no texto constitucional brasileiro, a responsabilidade objetiva não foi mais retirada. Até mesmo as Constituições de 1967⁹⁰ e 1969⁹¹, outorgadas pelo regime militar, mantiveram a responsabilidade objetiva do Estado. Dessa forma, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, não se cogitando a existência de culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade. Sendo provado que o dano sofrido pelo

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 260.

⁸⁹ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56-57.

⁹⁰ Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

⁹¹ Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, da falta anônima do serviço. Haverá o dever de indenizar da Administração, com base no dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos⁹².

3.2.6 Constituição de 1988

A atual Constituição Federal manteve, como regra geral, a responsabilidade objetiva do Estado, conforme se verifica no seu art. 37, §6º:

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

(...)

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

A definição quanto às pessoas jurídicas de direito público, contida no art. 37, §6º, da Constituição de 1988, é extraída do Código Civil⁹³: União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, demais entidades criadas na forma da lei sob a forma de Direito Público. Tais pessoas responderão independentemente da natureza de sua atividade⁹⁴.

As demais pessoas jurídicas de Direito Público, auxiliares do Estado, bem como as de Direito Privado que, embora alheias à estrutura orgânica central, desempenham funções estatais sob concessão ou delegação explícitas

⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 260.

⁹³ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

⁹⁴ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 222.

(concessionárias de serviço público e delegado de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no exercício de serviço público) acarretam a responsabilidade subsidiária do Estado⁹⁵.

Os agentes públicos cujos comportamentos responsabilizam o Estado são todas aquelas pessoas que tomam decisões ou realizam atividades de alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público, ou seja, havido pelo Estado como pertinente a si próprio. Nessa qualidade compreendem-se desde os mais modestos trabalhadores até as mais altas autoridades que atuam pelo aparelho estatal⁹⁶.

Na opinião de Rafael Maffini, existindo qualquer vínculo funcional que coligue o agente ao Poder Público, será aplicável a responsabilidade objetiva do Estado. Todavia, duas restrições devem ser consideradas: o dano deve ser causado pelo agente quando estiver agindo em nome do Estado (ainda que exorbite suas atribuições legais) e quando estiver desempenhando uma função administrativa (independentemente da natureza do seu vínculo funcional)⁹⁷.

Para a configuração da responsabilidade do Estado, ou das pessoas que atuem em seu nome, deve haver a ocorrência dos seguintes requisitos: conduta do agente, dano e nexo de causalidade⁹⁸.

Cumpra analisar as características da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, existem três situações que precisam ser estudadas: danos por ação do Estado, danos por omissão do Estado e danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado.

No primeiro caso, quando o Estado produz o evento lesivo, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva. O princípio da igualdade é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico lesado, independentemente de a conduta ter sido legítima ou ilegítima. O problema deve ser examinado e decidido em face da

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1008- 1009.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1008.

⁹⁷ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 223.

⁹⁸ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 224-225.

situação do sujeito lesado, e não do comportamento do sujeito ativo. Os comportamentos estatais comissivos que lesam juridicamente a terceiros podem ser atos jurídicos e materiais lícitos e ilícitos⁹⁹.

Na segunda hipótese, quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), quando tinha o dever de atuar, aplica-se a responsabilidade subjetiva. Isso porque, como o Estado não agiu, não é o causador do dano; todavia, deixou de cumprir seu dever legal. Nesse sentido, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre por comportamento ilícito, o qual implica responsabilidade subjetiva (proveniente de culpa ou dolo). Ressalte-se que se o Poder Público provar que não houve omissão culposa ou dolosa, descaberá responsabilizá-lo; a presunção é *juris tantum*. O problema deve ser examinado e decidido em face do comportamento do estatal, e não pelo ângulo do lesado. Os acontecimentos que podem ensejar a responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são fatos da natureza ou comportamento material de terceiros¹⁰⁰.

Por fim, quando o dano decorre de uma situação propiciada por ato comissivo do Poder Público, aplica-se a responsabilidade objetiva, porque, embora a atuação estatal não gere imediatamente o dano, cria a situação que propiciará decisivamente a ocorrência do dano. O caso mais comum é a exposição de terceiros a risco por guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas; como exemplos, o assassinato de um presidiário por outro presidiário e a explosão de depósito militar. A responsabilidade está correlacionada com o risco suscitado; logo, se a lesão sofrida não estiver ligada ao risco, não haverá responsabilidade objetiva¹⁰¹.

Para que o dano seja indenizável, além de estar relacionado a uma conduta lesiva do Estado, deverá ocorrer a lesão a um direito e deverá haver a certeza do dano.

O evento danoso deverá implicar, além de lesão econômica, lesão jurídica à vítima; em outras palavras, além de acarretar perda patrimonial, o dano deverá atingir algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado. Contudo,

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1009-1012.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1012-1017.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1017-1020.

nem sempre será necessário o dano material, como ocorre, algumas vezes, nos casos de dano moral¹⁰².

Além de o dano incidir sobre um direito da vítima, este deverá ser certo, podendo ser tanto atual como futuro. Englobam-se o que se perdeu, o que se deixou de ganhar e o que se ganharia, caso não houvesse ocorrido a lesão¹⁰³.

Nos casos de dano por comportamentos ilícitos, esses dois requisitos são suficientes para a responsabilização estatal. Entretanto, nos casos de comportamentos lícitos, exigem-se, ainda, a especialidade e a anormalidade do dano. O dano especial é aquele que onera a situação particular de certo ou de certos indivíduos, e não da sociedade em geral. Já o dano anormal é aquele que ultrapassa os agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social¹⁰⁴.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, o conceito de nexo causal decorre, primeiramente, das leis naturais. É a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir se a ação ou omissão do agente deu ou não causa ao dano¹⁰⁵.

Além desse elemento naturalístico, o nexo causal exige, ainda, uma avaliação jurídica para verificar a relação entre certo fato e determinado resultado. É um processo técnico de probabilidade, pelo qual devem-se eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano. Nesse sentido, é um conceito jurídico-normativo por meio do qual pode-se verificar quem foi o causador do dano¹⁰⁶.

O nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil: pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode existir responsabilidade sem nexo causal¹⁰⁷.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1020-1022.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1022.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1022-1023.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

Nesse sentido, haverá responsabilização do Estado, subjetiva ou objetiva, quando verificado o nexo causal entre sua conduta, comissiva ou omissiva, e o dano, a direito certo, sofrido por terceiro.

Por fim, para determinação das causas excludentes de responsabilidade do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia os casos de responsabilidade objetiva dos casos de responsabilidade subjetiva.

Relativamente aos casos de responsabilidade objetiva, somente a falta do nexo de causalidade entre o dano e o comportamento comissivo do Estado o eximem de responder. Ou seja, apenas se ausentes os pressupostos (se não produziu a lesão que lhe é imputada, se a situação de risco não existiu ou se foi sem relevo decisivo para a efetivação do dano), o Estado será eximido de responsabilidade¹⁰⁸.

A culpa do lesado não é causa excludente, em si mesma. Isso porque, quando se levanta essa hipótese, verifica-se que o causador do dano foi a dita vítima, e não o Estado. Portanto, a verdadeira causa excludente é a falta de nexo causal. A relevância da culpa do lesado está em ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano¹⁰⁹.

Há, ainda, a hipótese de atenuação da responsabilidade: quando o evento lesivo for fruto da ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado doloso. Não ocorrerá a exclusão da responsabilidade estatal, e sim a atenuação do quantum indenizatório, a ser decidido na proporção da participação de cada um para efetivação da lesão¹¹⁰.

A chamada força maior, força da natureza irresistível, tem relevância apenas para comprovar a ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido; se a lesão foi produzida por força maior, não foi pelo Estado. A não configuração dos pressupostos é que exime o Estado de responder. Já o caso fortuito, sendo um acidente cuja origem é desconhecida, não serve para elidir o nexo

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1023-1024.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1024.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1024.

causal entre a conduta defeituosa do Estado e o dano gerado. O motivo da incorreta ação estatal não tem relevância, pois presente o nexo causal¹¹¹.

No tocante aos casos de responsabilidade subjetiva (aplicável quando o Estado tendo o dever de evitar um dano, dito evitável, omite-se), a ausência de culpa ou dolo a exclui¹¹².

Quando o dano é inevitável, independentemente de qualquer esforço para impedi-lo, o Estado exime-se de responsabilidade. Por isso, a força maior, em regra, exclui a responsabilidade estatal. Por outro lado, a responsabilidade não será afastada quando o Estado, em virtude de caso fortuito, deixar de impedir o dano dito evitável¹¹³.

3.2.7 Lei de licitações

A Lei n. 8.666/93, que trata das licitações, no seu art. 71, §1º¹¹⁴, procura isentar a Administração Pública de responsabilidade sobre encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado.

Embora o mencionado dispositivo seja constitucional, conforme será visto no item 4.3, não consegue eximir totalmente a Administração Pública de responsabilidade, visto que poderão ser configuradas as chamadas culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1025.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1025.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1025.

¹¹⁴ 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.

§2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Conforme Rodrigo Coimbra Santos, ocorre a culpa *in eligendo* quando a responsabilidade é atribuída àquele que escolheu mal a pessoa que praticou o ato. Já a culpa *in vigilando* ocorre quando a responsabilidade é imputada àquele que descuroou da obrigação de vigiar a conduta de outrem¹¹⁵.

Considerando que, por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal¹¹⁶, os entes públicos estão adstritos à realização de licitação pública, e que, por sua vez, o art. 27 da Lei n. 8.666/93¹¹⁷, exige uma vasta documentação para comprovação de regularidade, inclusive quanto a débitos de natureza trabalhista, a possibilidade de ocorrência de culpa *in eligendo* fica reduzida, mas não impossibilitada.

Por outro lado, o art. 58, III, da Lei n. 8.666/93¹¹⁸ confere à Administração a prerrogativa de fiscalizar o contrato, que, conforme Gabriela Verona Pércio, permite acompanhar de perto tudo o quanto se relacione à execução do contrato. Mais do que uma prerrogativa, a fiscalização é um dever da Administração, intransferível e irrenunciável, competindo-lhe zelar para que o fim público seja alcançado¹¹⁹. Nesse sentido, a falha na fiscalização da execução contratual acarreta a responsabilização subsidiária da Administração Pública por culpa *in vigilando*, relativamente a encargos trabalhistas inadimplidos durante a execução do contrato.

¹¹⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 191-192.

¹¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - 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.

¹¹⁷ 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 e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

¹¹⁸ 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;

¹¹⁹ PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos administrativos**: sob a ótica da gestão e da fiscalização. Curitiba: Negócios Públicos, 2010. p. 112-113.

3.2.8 Código Civil de 2002

Por fim, o atual Código Civil, seguindo a Constituição Federal, prevê a responsabilidade objetiva do Estado nos seguintes termos:

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

4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 331 DO TST

Neste capítulo será analisada a redação da Súmula n. 331 do TST, desde sua edição, em 1993, até sua mais recente modificação, em 2011, bem como seus reflexos sobre a responsabilidade da Administração Pública.

4.1 Redação original da Súmula n. 331 do TST

Conforme mencionado no item 2.4.2, em 1993, foi editada a Súmula n. 331 do TST, que ampliou o leque de terceirizações relativamente ao previsto pela Súmula 256 do TST, a qual restou cancelada. A então nova súmula autorizou, além do trabalho temporário e do serviço de vigilância, já previstos pela súmula anterior, os serviços de conservação e limpeza, bem como os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, nos seguintes termos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Ademais, adequou-se ao art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, que veda expressamente a admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público.

4.2 Primeira alteração da Súmula n. 331 do TST

Conforme Ives Gandra da Silva Martins Filho, em virtude de a Lei de Licitações adotar como critério o menor preço, várias distorções relativas à terceirização estavam ocorrendo no âmbito da Administração Pública. As empresas de fachada (empresas que desaparecem do mercado após receberem quantia substancial de recursos ou que não têm condições de honrar a proposta feita para vencer o certame) e os empregados terceirizados permanentes (empregados que trocam de empregador e permanecem no órgão público, caracterizando a personalidade) são exemplos dessas irregularidades¹²⁰.

Diante dessa exploração indevida do trabalhador terceirizado, o Tribunal Superior do Trabalho, em 2000, não obstante a vedação expressa do art. 71, §1º, da Lei de Licitações, alterou a Súmula n. 331. No inciso IV, ficou estabelecido que a responsabilidade subsidiária ali mencionada aplicava-se, também, aos entes públicos:

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

Para justificar essa responsabilidade da Administração Pública no caso de não pagamento das verbas trabalhistas por parte da empresa terceirizada, vários são os fundamentos trazidos pela doutrina.

¹²⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. In: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 65-66.

4.2.1 Direitos fundamentais e princípio da proteção

De acordo com Natália Fantoni, o principal fundamento para a responsabilização da Administração Pública são os direitos fundamentais do trabalhador e o princípio da proteção.

Conforme art. 3º, III e IV, da Constituição Federal¹²¹, a dignidade da pessoa humana e o valor do trabalho são fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa forma, os direitos dos trabalhadores recebem *status* de direitos fundamentais, obrigando todos, entes públicos e privados, a respeitá-los¹²².

Diante dessa qualificação constitucional, o princípio da proteção¹²³ tem grande aplicabilidade no Direito do Trabalho, especialmente no tocante à terceirização de serviços, que pode trazer prejuízos ao empregado, tais como redução da remuneração, perda da identidade e discriminação no ambiente da tomadora.

A redução da remuneração do trabalhador terceirizado dá-se em virtude de que as empresas tomadoras de serviços buscam reduzir seus custos contratando prestadoras de serviços que ofereçam os menores preços, as quais, para suportar essa redução de preços, diminuem os salários de seus empregados. A perda da identidade é outro prejuízo sofrido pelo trabalhador terceirizado: devido à característica essencial da terceirização de ausência de pessoalidade entre o trabalhador e o tomador de serviços, o trabalhador é visto como mero instrumento para a execução de tarefas, podendo ser substituído a qualquer momento e não sendo inserido efetivamente na estrutura do empreendimento. Há, ainda, a discriminação, gerada no ambiente da tomadora, entre trabalhadores terceirizados e

¹²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹²² FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 210.

¹²³ Para Carmen Camino, o princípio da proteção é aquele pelo qual “compensa-se, no plano jurídico, a desigualdade no plano econômico” (CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 96).

empregados efetivos, visto que não há garantia legal de isonomia entre eles. Dessa forma, o trabalhador terceirizado poderá, por exemplo, ter uma jornada de trabalho maior que os próprios empregados efetivos¹²⁴.

Nesse sentido, o trabalhador terceirizado precisa ser eficazmente protegido. Não é razoável deixá-lo desamparado pela inadimplência de seu empregador, havendo um terceiro que se valeu de sua força de trabalho e que possui condições econômicas de pagar as suas verbas trabalhistas. O recebimento do salário é um direito fundamental, que deve ser garantido a todos os trabalhadores. A falta de pagamento do salário afeta a dignidade do trabalhador, que necessita de seu recebimento para sobreviver¹²⁵.

4.2.2 Acentuação da responsabilidade do Estado

De acordo com Mauricio Godinho Delgado, a ideia de irresponsabilidade do Estado é uma das mais antigas e ultrapassadas concepções existentes na vida política, social e cultural, não correspondendo ao Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, quando a Constituição se reportou à noção de responsabilidade do Estado no art. 37, §6º, a chamada responsabilidade objetiva, o fez para acentuá-la, e não para reduzi-la¹²⁶.

Ainda que se entenda não caber a incidência de responsabilidade objetiva à terceirização, não se pode negar a validade da incidência de responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante. Nesse sentido, entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea, ou seja, empresa que se torne inadimplente com relação a débitos trabalhistas, comete culpa *in eligendo*, ainda que a escolha da contratante tenha se dado por licitação. Mesmo que não se admita a

¹²⁴ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 212.

¹²⁵ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 212.

¹²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 468.

incidência da culpa *in eligendo*, caberá a culpa *in vigilando*, isto é, responsabilização pela má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos¹²⁷.

4.2.3 Abuso de direito

Outro fundamento para a responsabilização da Administração Pública é o abuso de direito praticado pela mesma ao tentar isentar-se de qualquer responsabilidade pelas verbas devidas ao trabalhador que prestou serviços em seu benefício, ainda que empregado da empresa prestadora. Tal comportamento configura abuso de direito, sendo proibido, com base na boa-fé objetiva, conforme o art. 187 do Código Civil¹²⁸. Desse modo, embora seja concedido à Administração Pública o direito de terceirizar os serviços de apoio, para se dedicar à sua atividade essencial, não lhe é permitido abusar desse direito, deixando de agir de maneira correta, leal e honesta. Os entes públicos devem seguir o princípio da legalidade, mas também da moralidade, não sendo adequado eximir-se de responsabilidade após ter-se utilizado do trabalho do empregado terceirizado¹²⁹.

4.3 Artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/93

A Administração Pública não se conformou com a responsabilização que lhe foi imputada pela Súmula n. 331 e acusou o Tribunal Superior do Trabalho de fazer *tabula rasa* do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, que assim dispõe:

¹²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 468-469.

¹²⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹²⁹ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 216-217.

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.

Para a Administração Pública, o dispositivo acima torna sem efeito qualquer manifestação do Tribunal Superior do Trabalho que o contrarie, visto que uma súmula não pode se sobrepor a uma lei tida como constitucional. Ademais, sustenta que a Súmula n. 331 do TST viola o princípio legal ao impor uma responsabilidade não prevista em lei. Entende que o Estado remunera a empresa prestadora, não podendo ser condenado por um inadimplemento desta; que a Administração não tem condições e nem o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações pela empresa contratada, que tal imposição retiraria a utilidade da terceirização¹³⁰.

Entretanto, em regra, a Justiça do Trabalho responsabiliza a Administração Pública, de forma subsidiária, com base na Súmula n. 331, IV, do TST. Entende que o art. 71, §1º, da Lei de Licitações não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública terceirizante e que a aplicação da súmula não implica declaração de inconstitucionalidade do dispositivo e nem nega sua vigência; ocorre apenas a interpretação conforme o ordenamento¹³¹.

Em 2007, foi ajuizada ação direta de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, relativamente ao art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93.

4.4 Ação Direta de Constitucionalidade 16

De acordo com o relatório da ADC 16, o Governador do Distrito Federal ajuizou ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de liminar,

¹³⁰ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 218.

¹³¹ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 219.

pretendendo que o art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 fosse declarado válido segundo a ordem constitucional vigente.

Conforme o autor, o referido dispositivo vinha sofrendo ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que frequentemente negava sua vigência. A Súmula n. 331, editada pelo TST teria entendimento oposto ao art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta relativamente a débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

A parte autora pediu a concessão de liminar para determinar que os juízes e Tribunais suspendessem todos os processos que envolvessem a aplicação do inciso IV da Súmula n. 331 do TST, até o julgamento definitivo da ADC, impedindo qualquer nova decisão que afastasse a eficácia do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, bem como suspendessem os efeitos, com eficácia *ex tunc*, das decisões já proferidas.

A liminar foi indeferida em razão da complexidade da causa de pedir em que se fundava a pretensão, bem como de sua gravidade.

Ainda de acordo com o relatório, foram prestadas informações pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que em momento algum foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Em defesa da constitucionalidade, alegou-se que a norma visava resguardar a Administração Pública de ser responsabilizada por dano que não produziu, após seguir todos os comandos legais para efetivar a contratação. Afirmou-se, também, que a Súmula n. 331 do TST ofenderia os princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações públicas e da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo. Ademais, argumentou-se pela necessidade de terceirização para tornar o Estado mais eficiente. Por fim, alegou-se a impossibilidade de se atribuir um dever ao Estado por meio de súmula jurisprudencial, visto que somente a lei pode impor obrigações à Administração Pública e restringir direitos de particulares¹³².

¹³² FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 219-220.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram, em 24/11/2010, por maioria e nos termos do voto do relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), procedente a Ação Direta de Constitucionalidade 16, contra o voto do Ministro Ayres Britto:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

Os ministros acordaram que, reconhecida a constitucionalidade do dispositivo, não se poderia imputar responsabilidade subsidiária automática à Administração Pública, ou seja, não se poderia presumir a existência de culpa do ente público pela ocorrência de inadimplemento salarial por parte da empresa prestadora de serviços ou aplicar a responsabilidade objetiva. Entretanto, reconheceram que a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações não impede o reconhecimento da responsabilidade estatal quando ficar comprovado que ele concorreu para o inadimplemento, isto é, se falhou na fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços junto aos seus empregados terceirizados¹³³.

O único voto que reconheceu a responsabilidade automática da Administração no caso de inadimplemento pela empresa prestadora foi o do Ministro Ayres Britto, proferido nos seguintes termos:

(...) a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de

¹³³ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 220-221.

obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição.

Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

(...)

Daí a Súmula, o enunciado do TST. Estamos diante de uma relação trabalhista, tipicamente trabalhista.

Sendo assim, eu dou pela inconstitucionalidade do artigo 71 e, portanto, pela improcedência da ADC, com todas as vênias.¹³⁴

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal do Trabalho teve de adequar a redação da Súmula n. 331.

4.5 Adequação da Súmula n. 331 do TST

O inciso IV da Súmula n. 331 do TST teve suprimida a expressão “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”, voltando a ter a sua redação original (que vigeu até o ano 2000):

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.

Foram acrescentados os incisos V (que se refere às peculiaridades dos entes estatais) e VI (que se refere à extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas):

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

¹³⁴ Supremo Tribunal Federal. **ADC 16**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 08 dez. 2012. p. 47-49.

obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.¹³⁵

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

4.6 Responsabilidade atual da Administração Pública

Vólia Bomfim Cassar explica que, embora parte da doutrina aplicasse o inciso IV da Súmula n. 331 do TST por entender que o artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 fosse inconstitucional e outra parte aplicasse os artigos 186, 927, 932, III, e 942 do Código Civil, concluindo pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública, seu entendimento era no sentido de que não há colisão entre o art. 37, §6º, da CF/88¹³⁶ e o art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, não devendo a Administração Pública responder pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador¹³⁷.

De acordo com a referida autora, a norma constitucional foi dirigida para os casos de danos causados por pessoas que prestam serviço público. Dessa forma, a responsabilidade objetiva só cabe quando a Administração Pública causar danos a terceiros utilizando seu *ius imperii*; a contratação de empresa prestadora de serviços não caracteriza serviço público, e sim ato de gestão. A responsabilidade subsidiária por culpa *in eligendo* e *in contrahendo* também é incorreta, visto que as licitações

¹³⁵ Importante referir que parte da doutrina discorda da adequação da Súmula n. 331 do TST, relativamente à redação do inciso V, por entender que tal dispositivo não diferencia entes genuinamente públicos de empresas públicas e de sociedades de economia mista, o que acarreta privilégios indevidos a estes últimos ante previsão expressa do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

¹³⁶ Art. 37, § 6º, CF/88 - 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.

¹³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 541-542.

públicas são rígidas, excluindo empresas com débitos fiscais ou trabalhistas; logo, a empresa vencedora preencheu todos os requisitos do edital. Nesse sentido, concorda com o julgamento da ADC 16, que tornou inaplicável o inciso IV da Súmula 331 do TST, em sua antiga redação, salvo se comprovada a culpa *in vigilando* da Administração Pública; não cabe presunção quanto à culpa, ante os princípios da legalidade e da pessoalidade que norteiam a Administração Pública¹³⁸.

Mauricio Godinho Delgado também entende que, com o julgamento da ADC 16, houve a eliminação da ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*, mas ficou preservada a responsabilidade *in vigilando* (omissão de dever fiscalizatório)¹³⁹.

Todavia, respeitada a visão dos autores referidos, a Súmula n. 331, V, não exclui a possibilidade da culpa *in eligendo*, apenas ressalta a culpa *in vigilando*. É o que se infere do texto: "(...) 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 (...)".

Corroborando com este entendimento, segue acórdão que reconhece a culpa *in eligendo*, após o julgamento da ADC 16 e da alteração da Súmula n. 331 do TST:

ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A Lei 8.666/93 não importa óbice ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária de entes da Administração Pública. Hipótese em que a União participou da relação processual e, como tomadora dos serviços, deve responder subsidiariamente pelo pagamento dos créditos trabalhistas do reclamante, na medida em que evidenciada a sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Recurso não provido. (0000624-87.2011.5.04.0661 RO, Redator: DESEMBARGADOR JOSÉ FELIPE LEDUR, TRT4, julgado em 19/09/2012)

No julgamento:

(...) A União firmou contrato com a primeira demandada, Ampla Sul Asseio e Conservação Ltda., para prestação de serviços de contínuo pelo autor, nas dependências da Procuradoria Seccional Federal (fls. 62 e 81). Se a empresa contratada, embora mediante processo licitatório, não adimpliu as obrigações trabalhistas, atingindo direitos de terceiros de boa-fé, tal como o reclamante, a União que com ela pactuou tem responsabilidade pelos danos causados ao empregado. Incidem os arts. 422 e 927, parágrafo único, parte final, do Código Civil. A culpa *in eligendo* pode se verificar mesmo quando a

¹³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p 542.

¹³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 470.

contratação se dá mediante processo licitatório, já que as regras da licitação são definidas pela tomadora dos serviços, a qual deve estabelecer critérios que impeçam ou, pelo menos, desestimulem, a participação de empresas sem condições de cumprir com as obrigações assumidas perante os trabalhadores. De se salientar que a terceirização da mão de obra é faculdade da tomadora. Fossem os serviços executados por pessoal próprio, não haveria o risco de deixar o trabalho a cargo de empresa que não cumpre as obrigações perante os trabalhadores. Assim, a própria opção por terceirizar a mão de obra por intermédio de licitação mal feita também é reveladora da culpa *in eligendo*. Por tudo isso, independentemente (...)¹⁴⁰

O caso concreto merece, agora, uma análise mais rigorosa por parte do julgador, que só poderá responsabilizar a Administração Pública por verbas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços quando ficar comprovado que atuou de forma culposa (por ação ou omissão), contribuindo para o inadimplemento. O juiz deve verificar, com base nas provas juntadas aos autos, se o ente estatal, como tomador dos serviços, deixou de averiguar, no processo de contratação da empresa terceirizada, sua idoneidade econômica ou se deixou de fiscalizar, durante a execução do contrato, o cumprimento das obrigações perante seus empregados terceirizados. Se nenhuma das culpas restar comprovada, não caberá a responsabilização subsidiária da Administração Pública, prejudicando o trabalhador¹⁴¹.

Um aspecto relevante é o ônus de provar a culpa. Embora a regra da responsabilidade civil subjetiva estabeleça que ônus de provar a culpa é da parte que a alega, haverá sua inversão relativamente ao empregado terceirizado. A Administração Pública é quem deverá comprovar que cumpriu as exigências da Lei de Licitações, tanto no momento da escolha quanto durante a execução do contrato. Caso contrário, será responsabilizada subsidiariamente pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa prestadora. Relativamente às provas, importante referir que, para demonstrar a regularidade do processo licitatório e da contratação da empresa

¹⁴⁰ Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. 0000624-87.2011.5.04.0661 RO. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:FYoRjrBrdJkJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurisnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D43474532+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-12-09..2012-12-09+eligendo++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 09 dez. 2012.

¹⁴¹ FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 222.

terceirizada, não basta a mera cópia do contrato; a Administração Pública deverá fazer prova de várias fases da licitação, tais como a qualificação econômico-financeira para habilitação da empresa, a habilitação preliminar, o contrato e suas cláusulas, a prestação de garantia, a efetiva fiscalização da execução contratual e os motivos da rescisão¹⁴².

Em pesquisa jurisprudencial, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 vem sendo cumprida e que, nesse sentido, a tendência do Tribunal Superior do Trabalho é o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública somente quando comprovada sua culpa (*in eligendo* e/ou *in vigilando*):

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, ÀS HIPÓTESES DE CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter

¹⁴² FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 224-225.

fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: **-SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-**. A jurisprudência desta Corte sedimentou entendimento de que também incide a responsabilidade subsidiária do ente público nos casos de celebração de convênio administrativo. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 73-59.2010.5.10.0020, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 28/11/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012)¹⁴³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 PELO STF. SÚMULA Nº 331, INCISOS IV E V, DO TST. 1. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, não impediu que a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa e outras normas jurídicas, reconheça a responsabilidade do ente público pelos débitos trabalhistas da

¹⁴³ Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 73-59.2010.5.10.0020. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2073-59.2010.5.10.0020&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK7IAAL&dataPublicacao=07/12/2012&query=adc%2016%2071>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

empresa prestadora de serviços. 2. A ressalva da Suprema Corte foi sobre a aplicação, de forma irrestrita, do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, isto é, sem o exame da conduta culposa da Administração Pública. 3. Em observância ao decidido pelo STF, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, incluindo os incisos V e VI ao verbete. 4. -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- (Súmula nº 331, inciso V, do TST - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). 5. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional manteve a responsabilidade subsidiária da agravante não pela simples incidência do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, senão pela conclusão de que a agravante incorreu em culpa, pois omissa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **Agravo de instrumento não provido.** (AIRR - 546-08.2011.5.10.0021, Relator Ministro: Emmanoel Pereira. Data de Julgamento: 21/11/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012)¹⁴⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC 16/DF. No julgamento da ADC 16 o STF pronunciou a constitucionalidade do art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual -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-. Na hipótese, depreende-se do acórdão regional que a responsabilidade subsidiária imputada ao ente público não decorreu do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora de serviços, hipótese rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16. Com efeito, ao exame do caso concreto, o Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços face à sua omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e

¹⁴⁴ Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 546-08.2011.5.10.0021. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20546-08.2011.5.10.0021&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK7IAA N&dataPublicacao=07/12/2012&query=adc%2016%2071>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

legais por parte da empresa contratada, caracterizadora da culpa *in vigilando*. Nesse contexto, a decisão regional está em harmonia com o verbete sumular transcrito, a atrair a incidência do art. 896, § 4º, da CLT e a aplicação da Súmula 333/TST como óbices ao conhecimento do recurso de revista e, conseqüentemente, ao provimento do agravo de instrumento. **Agravo de instrumento conhecido e não provido.** (AIRR - 204-04.2011.5.24.0022, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. Data de Julgamento: 04/12/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012)¹⁴⁵

RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA. VERIFICAÇÃO NECESSÁRIA. A Súmula nº 331, item IV, desta Corte, em sua nova redação, consagra o entendimento segundo o qual o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Por outro lado, nos termos do item V acrescentado ao referido verbete sumular, o Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. No caso concreto, o Regional condenou a tomadora dos serviços ao fundamento de que restaram comprovadas as modalidades de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Portanto, uma vez presente a conduta culposa da Administração Pública, resta patente sua condenação subsidiária para responder pelas obrigações trabalhistas. **Recurso de revista não conhecido.** (RR - 7200-41.2012.5.13.0005, Relator Ministro: Emmanoel Pereira. Data de Julgamento: 21/11/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012)¹⁴⁶

Ausentes, no entanto, as provas da conduta culposa do ente público, inviável a sua responsabilização:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16/DF. Condenação subsidiária da Fazenda Pública fundamentada apenas na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela tomadora de serviço ou na responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Carta Magna. Possível violação

¹⁴⁵ Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 204-04.2011.5.24.0022. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20204-04.2011.5.24.0022&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK7IAAP&dataPublicacao=07/12/2012&query=adc%2016%2071>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

¹⁴⁶ Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7200-41.2012.5.13.0005. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%207200-41.2012.5.13.0005&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK7MAP&dataPublicacao=07/12/2012&query=adc%2016%2071>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Agravo de instrumento conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF.** 1. No julgamento da ADC 16 o STF pronunciou a constitucionalidade do art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. 2. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual - *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.* 3. Inviável a responsabilização subsidiária da Fazenda Pública pautada na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela tomadora ou na responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, § 6º, da CF. **Recurso de revista conhecido e provido.** (RR - 2600-26.2009.5.02.0251, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. Data de Julgamento: 04/12/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012)¹⁴⁷

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADC 16/DF. Em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, dotada de eficácia vinculante, não se mostra juridicamente possível reconhecer a responsabilidade objetiva do Poder Público quando arremonta mão de obra, mediante prestadores de serviços, em razão do inadimplemento da contratada, porque não há o ato do agente público a causar prejuízo a terceiros. Assim, ao reconhecer a responsabilidade objetiva da Administração Pública, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o Tribunal Regional de origem dissentiu da orientação emanada da Suprema Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1029-94.2010.5.12.0028. Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa. Data de Julgamento: 04/12/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012)¹⁴⁸

¹⁴⁷ Tribunal Superior do Trabalho. RR - 2600-26.2009.5.02.0251. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202600-6.2009.5.02.0251&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK7pAAU&dataPublicacao=07/12/2012&query=adc%2016%2071>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

¹⁴⁸ Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1029-94.2010.5.12.0028. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201029-4.2010.5.12.0028&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK6qAAE&dataPublicacao=07/12/2012&query=adc%2016%2071>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

Diante do exposto, entende-se que a nova redação da Súmula n. 331 do TST sofreu um retrocesso: ainda que possibilite a responsabilização subsidiária da Administração Pública, poderão existir casos em que, provando o ente público que não incorreu em culpa, o trabalhador não receberá as verbas trabalhistas a que faz jus. Ou seja, a parte mais fraca da relação será a maior prejudicada.

Embora o Estado tenha respaldo legal para esquivar-se da responsabilidade, tal comportamento não é razoável ante a fragilidade do trabalhador. O pagamento do salário deve ser assegurado, na medida em que serve para prover as necessidades básicas e está diretamente relacionado à dignidade da pessoa.

O juiz do Trabalho substituto do TRT-RS, Rafael da Silva Marques, entende que há uma alienação da existência do trabalhador ao tomador quando trabalha, visto que subordina suas vontades, sonhos e desejos durante as oito horas em que fica à disposição do tomador. Por isso, o magistrado entende que há uma dupla apropriação de “mais valia” praticada pelo prestador e pelo tomador. Dessa forma, defende que haja uma responsabilização solidária das empresas, bem como responsabilização penal de sócios e gestores para coibir a exploração do trabalhador:

E por isso que, com o projeto que tramita no Congresso Nacional, e que quer trazer para dentro da legislação a terceirização, que já é amplamente praticada, necessário, se a norma vai permitir esta dupla alienação, que haja responsabilização solidária entre a empresa prestadora e a tomadora no caso de não-pagamento, sem prejuízo de responsabilização penal dos sócios e ou gestores de ambas as empresas.

Esta responsabilização penal poderia ser aos moldes da legislação francesa, artigos 8234-1 e 8243-1 do código do trabalho, dez anos de reclusão e multa (no caso francês de 30 mil euros).

Assim, uma vez havendo real necessidade de determinada atividade especializada, as empresas solicitarão a subcontratação. Do contrário, contratarão elas de forma direta por ser mais simples e menos arriscado.¹⁴⁹

Como visto, a terceirização é uma realidade e necessita de legislação específica, que coíba os abusos e proteja os direitos do trabalhador. Contudo, a instituição da responsabilidade subsidiária automática da tomadora, seja ela pública ou privada, já seria o suficiente para atingir tal finalidade.

¹⁴⁹ MARQUES, Rafael da Silva. **Reflexões sobre a terceirização**. Porto Alegre: TRT4, 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow;jsessionid=BFB3AA03F1206663D501F4F146117032.jbportal-102?cod=523513&action=2&destaque=false&filtros=>>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou estudar as relações de terceirização, especialmente no que diz respeito à responsabilização da Administração Pública. Inicialmente, verificou-se que a legislação é esparsa e insuficiente para tratar de fenômeno tão complexo. Dessa forma, os tribunais têm atenuado essa falta, por meio da edição de súmulas e de orientações jurisprudenciais.

Relativamente à responsabilidade do Estado, verificou-se que houve uma evolução, tanto histórica quanto legal, até o reconhecimento da responsabilidade objetiva, consagrada na Constituição atual.

No tocante à responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento de verbas trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização de serviços, foi visto que havia uma responsabilização “automática” dos entes públicos, com base na Súmula n. 331, IV, do TST. Após muitas controvérsias, foi ajuizada a Ação Direta de Constitucionalidade 16, que declarou a validade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93. Nessa esteira, o Tribunal Superior do Trabalho modificou a redação da Súmula n. 331 para adequá-la à decisão da Suprema Corte.

O novo texto da Súmula n. 331 do TST, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações, restringiu a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, visto que esta deixou de ser “automática” e passou a depender de prova da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* do ente público.

Observa-se, pelas jurisprudências mais recentes, que o Tribunal Superior do Trabalho vem seguindo estritamente a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, de tal sorte que a responsabilidade dos entes públicos só é reconhecida quando comprovada sua culpa nos autos.

Não obstante a previsão legal para a isenção de responsabilidade do Estado, é injusto que o trabalhador tenha sua força de trabalho explorada justamente por quem devia garantir a sua proteção. Na ponderação entre os princípios da legalidade e da proteção, este deve prevalecer.

Por todo o exposto, e considerando a hipossuficiência do trabalhador, torna-se urgente a aprovação de lei que regulamente especificamente a matéria, haja vista o grande número de trabalhadores terceirizados no país, aproximadamente oito milhões. Entende-se que tal diploma legal deverá prever a responsabilidade

subsidiária automática da empresa tomadora de serviços, seja ela pública ou privada, bem como assegurar que eventuais discussões por salários impagos sejam abreviadas, dada sua natureza alimentar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964.** Regula a profissão de corretor de seguros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4594.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970.** Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. **Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983.** Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994.** Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <<http://www.mariz.eti.br/Lei%208863.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997.** Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 16.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 08 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **0000624-87.2011.5.04.0661 RO.** Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:FYoRjrBrdJkJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D43474532+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-12-09..2012-12-09+eligendo++&cliente=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 09 dez. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 191 da Seção de Dissídios Individuais-1.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA191>. Acesso em: 02 dez. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 321 da Seção de Dissídios Individuais-1.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA321>. Acesso em: 03 dez. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 383 da Seção de Dissídios Individuais-1.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em: 03 dez. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 256.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 27 maio 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 27 maio 2012.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FANTONI, Natália. A responsabilidade da administração pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 208-227.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Rafael da Silva. **Reflexões sobre a terceirização**. Porto Alegre: TRT4, 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow;jsessionid=BFB3AA03F1206663D501F4F146117032.jbportal-102?cod=523513&action=2&destaque=false&filtros=>>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *In*: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 59-79.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Contratos administrativos: sob a ótica da gestão e da fiscalização**. Curitiba: Negócios Públicos, 2010.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.