UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATÁLIA FANTONI

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS PELA EMPRESA PRESTADORA EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Porto Alegre
2011

NATÁLIA FANTONI

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS PELA EMPRESA PRESTADORA EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

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

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

Porto Alegre

2011

NATÁLIA FANTONI

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS PELA EMPRESA PRESTADORA EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

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

Aprovada em ____de _____ de 2011.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

_____

Prof. Francisco Rossal de Araújo

_____

Prof. Luciane Cardoso Barzotto

Aos meus pais, Clovis e Miriam, que com carinho, dedicação e sabedoria me educaram e me ensinaram, desde cedo, o valor do estudo.

Ao meu namorado, Antônio, pelo amor, parceria, compreensão e incentivo; por dar sentido e trazer felicidade à minha vida; por compartilhar meus sonhos e me ajudar a torná-los realidade.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços em casos de terceirização. Num primeiro momento, analisa-se o instituto da terceirização de serviços, mediante considerações acerca de seu conceito doutrinário e das delimitações promovidas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Nessa senda, examinam-se as hipóteses de terceirização lícita e ilícita e os efeitos jurídicos correspondentes. A seguir, discorre-se sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública e sobre a responsabilidade desta quanto aos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora, sob os pontos de vista publicista e trabalhista. Adiante, expõe-se a controvérsia havida entre o disposto no inciso IV da Súmula 331 e a previsão inserida no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, a solução conferida pelo Supremo Tribunal Federal e seus reflexos nas decisões proferidas pela justiça do trabalho, em especial a alteração da Súmula 331 pelo TST.

Palavras-chave: terceirização; responsabilidade; Administração Pública.

ABSTRACT

This study is about the Public Administration responsibility for the payment of labor appropriations unpaid by a company rendering service in case of outsourcing. Firstly the institution of service outsourcing is analyzed, with considerations about its doctrinaire concept and the boundaries proposed by Digest 331 of the Labor Superior Court. Within this context, legal and illegal outsourcing hypotheses are examined, as well as their corresponding judicial effects. Subsequently, outsourcing is discussed in the scope of Public Administration; furthermore, there is a discussion on its responsibility regarding labor obligations unpaid by the company rendering service, from a publicist and labor point of view. Finally, the controversy between what has been established by subsection IV of Digest 331 and the prevision contained in article 71, § 1st of the Law on Bids, the solution provided by the Supreme Court of Brazil and how it reflects on the decisions pronounced by the labor justice, specially the alteration of the Digest 331 by the Labor Superior Court are presented.

Key-words: outsourcing; responsibility; Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

AgR– Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

Art. – artigo

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

IUJ – Incidente de Uniformização de Jurisprudência

j. – julgado

OJ – Orientação Jurisprudencial

Rcl – Reclamação

Rel. – relator

RITST – Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho

RO – Recurso Ordinário

RR – Recurso de Revista

SDI – Seção de Dissídios Individuais

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

1.1 Conceito de terceirização de serviços para o Direito do Trabalho e primeiros passos da regulamentação do instituto 11
1.2 Terceirização lícita e ilícita 15
1.3 Efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita 24
1.3.1 Tomador pertencente ao setor privado 24
1.3.2 Tomador pertencente ao setor público 26
1.4 Responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços na terceirização lícita 27

2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DE SERVIÇOS

2.1 A prática da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública 30
2.2 Responsabilidade da Administração Pública sob a ótica publicista 33
2.2.1 Noções gerais acerca da responsabilidade do Estado 33
2.2.2 A previsão do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações 36
2.3 Fundamentos da responsabilidade subsidiária da Administração Pública sob a ótica juslaboral 37
2.3.1 Direitos fundamentais do trabalhador e princípio da proteção 38
2.3.2 Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* 43
2.3.3 Responsabilidade objetiva 50
2.3.4 Abuso de direito 53

3 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

3.1 Reclamações no âmbito do Supremo Tribunal Federal 55
3.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 60
3.3 A nova redação da Súmula 331 do TST 64

CONSIDERAÇÕES FINAIS 69

REFERÊNCIAS 73

INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços é hoje uma prática amplamente adotada pelas empresas privadas e pelos entes componentes da Administração Pública Direta e Indireta.

Sob o ponto de vista juslaboral, a terceirização é fenômeno representativo da flexibilização da relação de emprego típica e, não raro, é utilizada de modo fraudulento, no intuito exclusivo de obtenção de mão de obra por menor preço. Por isso a preocupação do Direito do Trabalho com a sua regulamentação e com a proteção do trabalhador inserido nessa dinâmica trilateral.

Atualmente, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho é o instrumento por meio do qual são definidos os aspectos mais essenciais relacionados à terceirização de serviços.

O presente trabalho visa a analisar um desses aspectos, qual seja, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública tomadora de serviços pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados terceirizados em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora.

Trata-se de tema dos mais relevantes e controvertidos em matéria de terceirização. Ocorre que, se de um lado a doutrina e a jurisprudência trabalhistas afirmam com convicção a existência da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, de outro lado essa responsabilidade é veementemente contestada pela Administração.

A celeuma, esclareça-se desde já, será analisada sob o prisma juslaboral. Pretende-se demonstrar a pertinência dos fundamentos com os quais se pretende dar suporte à previsão de responsabilização dos entes estatais tomadores de serviços. Não se deixará de explicitar, porém, o posicionamento publicista acerca da questão, mediante a exposição dos argumentos e dos elementos normativos invocados pela Administração Pública na defesa de sua tese.

Contudo, previamente ao enfrentamento do cerne da questão, imperioso sejam tecidas algumas considerações acerca da terceirização de serviços propriamente dita. A tal se prestará a primeira parte deste trabalho.

Inicialmente, serão expostos os conceitos conferidos pela doutrina trabalhista a esse instituto jurídico, para, a seguir, se percorrer o lapso temporal que permeia a sua evolução normativa, desde as primeiras previsões legais de contratação de mão de obra e serviços por empresa interposta até o advento da Súmula 331.

Com base no disposto na Súmula e nas construções doutrinárias que a respeito dela se desenvolveram, buscar-se-á definir e diferenciar o que configura uma terceirização lícita e uma terceirização ilícita para, na sequência, se expor os efeitos jurídicos que decorrem de uma e outra hipótese.

A segunda parte do trabalho, por seu turno, tratará da responsabilidade da Administração Pública enquanto tomadora de serviços.

Primeiramente, far-se-á uma análise das previsões normativas autorizadoras e regulamentadoras da contratação de empresas prestadoras de serviços pela Administração Pública.

No ponto seguinte, será apresentada a visão publicista a respeito da responsabilidade subsidiária dos entes estatais, especialmente a invocação do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, que contém previsão oposta à contida na Súmula 331 e isenta a Administração Pública de responsabilidade por encargos trabalhistas devidos e não pagos pela empresa prestadora.

A seguir se passará à apreciação do tema sob a ótica juslaboral. Nesse momento, serão expostos os principais fundamentos que embasam e legitimam a atribuição da responsabilidade subsidiária aos tomadores de serviços componentes da Administração Pública Direta e Indireta, quais sejam, os direitos fundamentais do trabalhador, o princípio da proteção, a culpa *in eligendo*, a culpa *in vigilando*, a responsabilidade objetiva e o abuso de direito.

Finalmente, a terceira parte do trabalho visará à exposição do conflito havido entre os posicionamentos trabalhista e publicista no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente o instaurado a partir do ajuizamento da Ação Direta de

Constitucionalidade nº 16, por meio da qual se pretendeu fosse declarado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. É importante referir, desde já, que o acórdão resultante do julgamento da referida ação não foi publicado até o momento. Contudo, se buscará apresentar o que, na essência, restou decidido pelo Supremo, bem como os reflexos dessa decisão no âmbito da Justiça do Trabalho, com destaque para a recente alteração da Súmula 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho.

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

1.1 Conceito de terceirização de serviços para o Direito do Trabalho e primeiros passos da regulamentação do instituto

A relação de emprego típica é uma relação bilateral: envolve duas pessoas – empregador e empregado –, que mantêm um vínculo marcado pelas características da subordinação, pessoalidade, não-eventualidade e onerosidade.

Tal relação, contudo, passou por diversas modificações nos últimos anos, em virtude de uma conjugação de fatores: inovação tecnológica, alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na gestão da mão de obra e nas necessidades dos trabalhadores. Foi nesse contexto, e em uma tentativa de possibilitar à empresa moderna sua adequação a um processo econômico competitivo, que surgiu o debate sobre a flexibilização da relação de emprego tradicional e, consequentemente, sobre a terceirização.[1]

Maurício Godinho Delgado conceitua terceirização como "o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente", inserindo-se "o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente".[2] Segundo o autor, a terceirização caracteriza-se por ensejar

> uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.[3]

---

[1] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 451-452.
[2] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.
[3] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.

Alice Monteiro de Barros, por seu turno, leciona que

> O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio.[4]

Para Vólia Bomfim Cassar, terceirização é

> a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.[5]

Trata-se, continua a autora, de

> mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador. A empresa prestadora de mão de obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes. Ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre o tomador e os trabalhadores, sendo que o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra.[6]

Para Amauri Mascaro Nascimento,

> terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado.[7]

---

[4] TRINDADE, Washington L. da. Os caminhos da terceirização. *Jornal Trabalhista*. Brasília, 17.8.1992, ano IX, n. 416, p. 869 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 452.
[5] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 481.
[6] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 481.
[7] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 600.

Segundo Sérgio Pinto Martins, consiste a terceirização “na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa”.[8]

Como ensina Carmen Camino, o fenômeno da terceirização de serviços implica a existência simultânea de dois contratos de natureza distinta: o contrato de trabalho entre o trabalhador e a empresa prestadora dos serviços e o contrato civil de prestação de serviços entre esta e a empresa tomadora. Esses contratos não se interpenetram, nem se comunicam.[9]

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo abrangência e dimensões relevantes apenas nas três últimas décadas do século XX.

Com efeito, a CLT, em sua redação original, datada da década de 1940, fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III), nada mencionando acerca da terceirização propriamente dita. Tais figuras, no dizer de Delgado, seriam apenas “referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante”.[10]

Em fins da década de 1960 e início dos anos 70, a ordem jurídica passou a instituir referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização – embora ainda não a designando por tal epíteto – por meio do Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, § 7º) e da Lei nº 5.645/70 (art. 3º, parágrafo único). Tais referências, todavia, diziam respeito apenas ao segmento estatal do mercado de trabalho (Administração Direta e Indireta da União, Estados e Municípios). Objetivava-se, a partir desses dispositivos, estimular a prática da descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia.[11]

---

[8] MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.
[9] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 261.
[10] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 408.
[11] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 408.

Na década de 1970 surgiram diplomas normativos que previam e regulavam a contratação de mão de obra por empresa interposta: a Lei nº 6.019/74, denominada Lei do Trabalho Temporário, e a Lei nº 7.102/83, que estabelece normas sobre os serviços de vigilância de estabelecimentos bancários e de transporte de valores, permitindo que eles fossem executados, permanentemente, por empresas especializadas.[12]

Em que pese as hipóteses legais fossem bastante restritas, a contratação de mão de obra e de serviços por empresa interposta se tornava, aos poucos, uma prática um tanto comum no espaço da produção brasileiro. Em razão disso, a jurisprudência trabalhista, nos anos de 1980 e 1990, passou a enfrentar com freqüência significativa o tema, numa busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país[13], o que acabou por levar o Tribunal Superior do Trabalho a editar duas súmulas acerca da matéria: a de nº 256, de 1986, e a de nº 331, de 1993, esta última uma revisão da primeira.[14]

Constava da Súmula 256[15] o seguinte:

> Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta
>
> Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Ou seja: naquele momento, as hipóteses de contratação de mão de obra e serviços por empresa interposta a que se imprimia caráter de legalidade restringiam-se àquelas previstas nas leis nº 6.019/74 e 7.102/83, respectivamente. As demais

---

[12] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 228. Vólia Bomfim Cassar (*Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 487) define a terceirização regulada pela Lei nº 7.102/83 como a única hipótese de terceirização obrigatória, ou seja, aquela em que a lei impõe a contratação do trabalhador por interposta pessoa.

[13] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 409 e 414.

[14] Paralelamente às regulamentações provenientes dos Poderes Legislativo e Judiciário, a terceirização também é objeto de construção normativa do Poder Executivo. Trata-se da Instrução Normativa nº 3, de 1º de setembro de 1997, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário.

[15] Em vigor a partir da Resolução nº 4/1986, DJ 30.09.1986.

adquiriam feição de ilegais e conduziam à conseqüência inarredável de formação de vínculo empregatício diretamente com o pretenso tomador dos serviços.

A Súmula 256 foi revisada, mas plantou a semente daquilo que é o fundamento e que deve ser tido como premissa básica acerca da terceirização: trata-se de fenômeno excetivo no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, permanecendo a relação de emprego bilateral típica como regra.[16] Como adiante será constatado, tal premissa é fundamental para que se realize uma adequada interpretação e aplicação do regramento peculiar que disciplina a matéria, consubstanciado, em sua essência, na Súmula 331 do TST.

A Súmula 256, ademais, já previa aquilo que, ainda hoje, é considerado o desdobramento natural da terceirização tida por ilegal, qual seja, a instituição de vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. Ressalte-se, desde já, que a sua revisora – Súmula 331 – tratou de excetuar dessa regra, como a seguir será visto, os casos em que figura, na condição de tomadora, a Administração Pública.

1.2 Terceirização lícita e ilícita

Nos anos que se seguiram à edição da Súmula 256 pelo TST, a intensificação da prática da terceirização no cenário empresarial e a evolução jurisprudencial que se operou acerca do instituto trouxeram-lhe novos “ares”. Mostrava-se necessária a flexibilização das hipóteses restritas e estanques estabelecidas na Súmula 256 – na verdade, nas leis a que esta remetia – e sua adequação às necessidades da sociedade e da empresa modernas. Aliada a tudo isso estava a promulgação de uma nova Constituição Federal, que trouxe ao ordenamento jurídico pátrio vedação

[16] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 415. Nesse sentido também CASSAR, Vólia Bomfim (*Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 482) e CAMINO, Carmen (*Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 260).

expressa à admissão de trabalhadores por entes estatais sem prévia realização de concurso público (art. 37, II e § 2º[17]).[18]

Foi nesse cenário que, em 1993, o TST editou a Súmula 331[19], que passou a regular a terceirização 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 no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
>
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
>
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Verifica-se que, como pretendido, a Súmula ampliou as hipóteses em que se permite à empresa valer-se da contratação de serviços por empresa interposta: não apenas os serviços de vigilância[20] podem ser terceirizados, mas também serviços de

---

[17] 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;
(...)
§ 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.

[18] Isso já na sua redação original, embora a redação a que se alude neste trabalho seja a atual, dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

[19] Em vigor a partir da Resolução nº 23/1993, DJ 21, 28.12.1993.

[20] Saliente-se que a Súmula 331 se refere a serviços de vigilância de forma genérica, não se restringindo ao segmento bancário.

conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador. Em todos esses casos, portanto, a terceirização será considerada lícita.[21]

Sobre o assunto, leciona Carmen Camino que

> A jurisprudência, na linha flexibilizadora que tem marcado a atuação dos tribunais do trabalho, diante do fato consumado da subcontratação indiscriminada que, a partir da década de oitenta, passou a ser praticada em ordem crescente, especialmente pelas entidades públicas, 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 (...).[22]

A novidade, porém, como é de praxe, trouxe dificuldades.

A primeira reside em definir que espécies de serviços podem ser qualificados como “especializados” e “ligados à atividade-meio do tomador”.

A doutrina define atividades-meio, de forma genérica, como aquelas que não são essenciais, mas tão-somente permanentemente necessárias à consecução da atividade empresarial.[23] São atividades úteis, de suporte, que complementam, melhoram, facilitam o desenvolvimento da atividade-fim da empresa tomadora.

Nas palavras de Delgado,

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

[21] Vólia Bomfim Cassar entende que as terceirizações devem ser classificadas não como lícitas e ilícitas, mas regulares ou irregulares, porque não há lei que as proíba. Para a autora, terceirização regular/irregular é gênero, da qual a legal/ilegal é mera espécie. Assim, a terceirização legal é a autorizada por lei (por exemplo, Lei nº 7.102/83, Lei nº 6.019/74, art. 455 da CLT. Já a regular é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador, ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público. Irregular, por sua vez, é a terceirização que, embora a lei não a proíba (por isso não é ilícita), viola princípios básicos de Direito do Trabalho ou regras administrativas. Por exemplo, no caso da terceirização de atividade-fim nos casos em que o vínculo não se forme com o tomador dos serviços, em virtude de rodízio de trabalhadores (falta de pessoalidade); ou quando, apesar da pessoalidade, a lei impede a formação do vínculo com o tomador – Administração Pública, art. 37, II, CF (*Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 487-489).

[22] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 258.

[23] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 257.

> empresarial do tomador dos serviços, (...) atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento.[24]

Conforme Arnaldo Süssekind, a jurisprudência tem admitido a terceirização dos serviços de restaurante e de preparação de alimentação, de segurança, de conservação e assistência a máquinas, elevadores e outros equipamentos, de assistência médica, jurídica ou contábil, de transporte, de seleção e treinamento de pessoal.[25]

Atividades-fim, em contrapartida, no dizer de Delgado, podem ser conceituadas como

> as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.[26] [27]

Vislumbra-se, enfim, que a caracterização do serviço como "atividade-meio" só poderá ser feita no caso concreto, uma vez que dependerá, sempre, da identificação do objeto social da empresa tomadora.[28]

Sobre o assunto, leciona Amauri Mascaro Nascimento que, ao abandonar a enumeração taxativa das hipóteses autorizadas de terceirização, como fazia a sua antecessora, a Súmula 331 adotou o princípio teleológico da conceituação genérica, tendo como referencial o fim da contratação. O critério, contudo, critica o autor, é insuficiente, e acaba por conduzir as empresas a extrapolar a área na qual é possível terceirizar.[29]

---

[24] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 418.
[25] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 231.
[26] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 418.
[27] Sergio Pinto Martins considera lícita a terceirização de serviços ligados à atividade-fim do tomador, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição Federal, citando como exemplo os casos da indústria automobilística e da construção civil (*Comentários às Súmulas do TST*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 214).
[28] Outra abordagem válida utilizada na busca por uma definição do que seja atividade-fim e atividade-meio baseia-se na distinção entre atividade preponderante e atividade complementar, utilizada pela CLT para fins de enquadramento sindical. Consta do art. 581, § 2º, que "entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional".
[29] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 604.

Também para Jorge Souto Maior o critério adotado pela Súmula 331 para diferenciar terceirização lícita de terceirização ilícita – "atividade-meio" – partiu de pressuposto impreciso, ensejando o surgimento de dúvidas e insegurança jurídica. Questiona ele se

> O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, seria mesmo uma atividade-meio? E, em se tratando de um hospital, o serviço de limpeza pode ser conduzido a um segundo plano de importância? Por outro lado, o que seria, concretamente, atividade-fim? Em uma empresa que produz refrigerantes, pode-se vir a dizer que é a produção do refrigerante que constitui a atividade-fim, mas onde começa e onde termina esse processo produtivo? E quais são, concretamente, as tarefas que lhe integram? Engarrafar o líquido; colocar a tampinha na garrafa; por as garrafas em engradados; fazem parte da atividade-fim?[30]

Na opinião do referido autor,

> No fundo a grande verdade é que o fim das empresas é a obtenção do lucro. Tudo o mais é meio para se atingir o mesmo fim. Neste sentido, todas as atividades permanentes de uma empresa interligam-se de forma indissociável e possuem igual relevância, no contexto mais amplo da estrutura empresarial formada, para a obtenção do empreendimento.[31]

A especialização é outro critério utilizado pela Súmula 331 para a determinação dos serviços passíveis de terceirização.

Com efeito, afigura-se necessário que a empresa prestadora dos serviços tenha uma atividade empresarial própria, ou seja, seja especializada no serviço a que se propõe a prestar[32] (vigilância, limpeza, conservação, conserto de máquinas, etc.). Afinal, somente uma empresa especializada em determinada atividade é capaz de desenvolvê-la com maior rapidez, melhor tecnologia e a preços mais acessíveis, como deseja a empresa tomadora[33], e somente desse modo é que será alcançado o verdadeiro objetivo da terceirização, que é justamente possibilitar que a empresa tomadora, ao delegar a outrem a execução de atividades-meio, concentre seus

---

[30] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol II. São Paulo: LTr, 2008, p. 143.
[31] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol II. São Paulo: LTr, 2008, p. 144.
[32] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol II. São Paulo: LTr, 2008, p. 149.
[33] SILVA, Leonardo. *Jornal dos Trabalhadores no Comércio do Brasil*. Brasília, dez. de 1998, p. 5, *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 228. Nesse sentido também BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 454.

esforços naquilo que é sua vocação principal, com o fim de aperfeiçoar sua atividade produtiva.

Sendo assim, a contratação de empresa que não se afigure especializada em nenhuma atividade, ou seja, que tenha por objeto a prestação de quaisquer serviços, configura-se prática ilícita, porque visa unicamente ao fornecimento de mão de obra mais barata, em fraude à legislação trabalhista, não produzindo nenhum efeito real em termos de eficiência produtiva.[34]

Outro requisito que a Súmula 331 estabelece como fundamental para a qualificação da terceirização como lícita é a ausência de pessoalidade e subordinação direta na relação havida entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

Por pessoalidade entenda-se a característica da relação de emprego que determina que a prestação do trabalho deva ser sempre realizada pela pessoa contratada, com exclusão de qualquer outra.

Sobre o ponto, Carmen Camino entende ser óbvia

> a incompatibilidade da terceirização com a vinculação pessoal do empregado ao tomador. Delegadas as atividades de meio a terceiro, é este terceiro quem escolhe os seus próprios empregados e dirige a respectiva força de trabalho para atingir os seus (dele – terceiro contratado) objetivos de se desincumbir da prestação do serviço que é objeto do contrato mantido com o tomador.[35]

Afinal, conforme leciona a referida autora, “contrata-se o serviço, que será feito por qualquer trabalhador (aquele que o obrigado a prestá-lo escalar); e não um trabalhador para realizar o serviço”.[36] Portanto, “quem escolhe o trabalhador para prestar determinado serviço na empresa contratante é o terceiro contratado e o prestador do trabalho obriga-se pessoalmente com este último e não com aquela”.[37]

Conforme a Súmula 331, também a subordinação direta não se coaduna com a lógica da terceirização de serviços.

---

[34] Nesse sentido MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 158.
[35] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 262.
[36] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 260.
[37] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 262.

De acordo com Cinthia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, o elemento subordinação implica, em síntese, ter o empregador "o poder de determinar o que, como, quando e onde produzir, restando ao trabalhador, apenas, acatar suas ordens, salvo se manifestamente ilegais". Ou seja, traduz-se no poder de comando do empregador sobre o empregado, que pode revelar-se em quatro aspectos: poder regulamentar, poder diretivo, poder fiscalizatório e poder punitivo.[38]

A subordinação, do ponto de vista da titularidade, pode ser qualificada como direta ou indireta.

Segundo Vólia Bomfim Cassar,

> quando uma ordem de comando é feita diretamente pelo patrão, pelos sócios ou diretores da empresa, a subordinação é direta, isto é, sem intermediários. Assim, o sócio que trabalha no negócio comanda seus empregados diretamente. Quando entre o empregado e o patrão existirem intermediários, prepostos, empregados de confiança que recebem e repassam a ordem ou quando a ordem chega ao trabalhador por intermédio de terceiros, trabalhadores ou não, a subordinação será chamada de indireta.[39]

A pretensão da Súmula, ao que parece, foi a de determinar que somente a empresa contratada pode exercer poder de comando sobre o trabalhador, jamais a empresa tomadora. Assim ensina Carmen Camino, ao referir que a delegação dos serviços a terceiro significa delegar também – e necessariamente – o poder de comando, o que implica afastar a possibilidade de os empregados da empresa contratada trabalharem sob as ordens e a orientação do tomador. Assim, se presente um mínimo traço de subordinação direta do trabalhador face ao tomador, a relação de emprego, em razão do princípio da primazia da realidade, estabelece-se imediatamente entre eles.[40]

Luciano Martinez, por seu turno, entende que, nas situações de terceirização, a empresa prestadora coloca trabalhadores à disposição da empresa tomadora e

---

[38] OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 55.
[39] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 253.
[40] CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 261.

outorga a esta parte do seu poder diretivo; a tomadora pode, então, dar ordens de comando ao trabalhador e exigir que a tarefa seja feita a contento. Isso seria a subordinação indireta. A prestadora preservaria consigo o intransferível poder de apenar o trabalhador diante do descumprimento das ordens de comando diretivo exercidas pela tomadora. Esse poder de apenar seria a subordinação direta, cujo exercício pela tomadora a Súmula proíbe.[41]

Na opinião de Vólia Bomfim Cassar, a Súmula foi infeliz ao reconhecer que o vínculo de emprego só se forma se presente a subordinação direta, já que a subordinação é o estado de submissão ou sujeição do trabalhador e quando presente, seja direta, seja indiretamente – desde que atendidos os demais requisitos – tem-se configurada a relação de emprego. Entende ainda que, do ponto de vista estrutural, haverá subordinação do empregador sobre o empregado sempre que este estiver inserido na dinâmica de organização e funcionamento da empresa tomadora dos serviços, independentemente de receber ou não suas ordens diretas.[42]

Sobre o ponto, Luciano Martinez aduz que o conceito de "subordinação estrutural, integrativa ou reticular", caracterizado pela dispensabilidade da ordem direta (da subordinação direta) do empregador para a formação do vínculo entre os efetivos beneficiários dos serviços e contratados, é normalmente invocado diante de situações de terceirização de atividades que, apesar de aparentemente caracterizarem-se como atividades-meio, são estruturalmente ligadas aos propósitos do fim do empreendimento. O conceito visa, enfim, incluir no conceito de empregado todo o trabalhador inserido na dinâmica do tomador dos seus serviços, ainda que apenas colabore indiretamente, mas de forma dependente e habitual.[43]

Observe-se por fim que, no caso do trabalho temporário, diferentemente, a Lei nº 6.019/74 prevê a direta inserção do obreiro no estabelecimento do tomador de serviços, substituindo trabalhador permanente deste ou exercendo serviço acrescido

---

[41] MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.118.

[42] DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. In: Revista *Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 667, Ano 70, n. 06 *apud* CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 507.

[43] MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

extraordinariamente. Ou seja, a lei autoriza que o trabalhador por ela regulado se integre, plenamente, pelo período temporário, da dinâmica própria à entidade tomadora.[44] Nesse caso, então, a empresa tomadora exerce diretamente o poder de comando sobre o trabalhador temporário, sozinha ou conjuntamente com a empresa contratada.

Nas palavras de José Martins Catharino,

> realmente, o empregado da fornecedora, trabalhando para tomadora, onde esta está localizada, não pode deixar de ficar sob a direção da segunda. Não deve, até, ser eliminada a possibilidade da tomadora ser a única subordinante, durante a execução do contrato de empresa, ficando com a fornecedora, apenas, o direito de determinar para qual empresa seu empregado trabalhará. (...) Tanto há conjunção de direito e de poder de dirigir que o art. 13 da Lei nº 6.019/74 prevê a despedida do empregado por "atos e circunstâncias mencionados nos artigos 482 e 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrentes *entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa cliente onde* (aqui a empresa foi considerada como lugar) *estiver prestando serviço*.[45] (grifo do autor)

Sobre o assunto, Süssekind menciona que a Lei nº 6.019/74 estabeleceu uma dinâmica baseada numa relação triangular,

> na qual a empresa fornecedora de mão de obra delega o poder de comando à sua cliente, a fim de que esta dirija a prestação de serviços dos empregados que estão vinculados àquela, mas se obrigam a trabalhar para terceiros.[46]

Ressalte-se, porém, que, apesar de a contratação temporária apresentar uma situação triangular, ela não se confunde com a terceirização. Nesse sentido a lição de Cinthia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles:

> Nesta [terceirização], há delegação de poder de comando da tomadora para a prestadora, que admite, dirige e assalaria os empregados que prestarão serviços para a tomadora; no contrato temporário, não há delegação de poder de comando, pois a empresa tomadora exerce-o diretamente ou o

[44] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 419.
[45] CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 347.
[46] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 228.

> divide com a empresa de trabalho temporário. Na terceirização, o empregado atua somente em atividades-meio, enquanto que, no trabalho temporário, a prestação de serviços cabe em qualquer tipo de atividade. Ainda, a terceirização é ilimitada no tempo, enquanto que o contrato de trabalho temporário dura, a rigor, no máximo, três meses.[47]

Ademais, a contratação temporária é considerada uma excepcionalidade – por isso mesmo temporária –, enquanto a terceirização é um mecanismo de utilização permanente na dinâmica empresarial.

1.3 Efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita

A Súmula 331 também tratou de mencionar quais são os efeitos jurídicos decorrentes de uma terceirização eivada de ilicitude. Eles dependerão, todavia, da qualidade do ente tomador dos serviços: privado ou estatal.

1.3.1 Tomador pertencente ao setor privado

Passemos, inicialmente, à análise da hipótese de ser privada a empresa tomadora.

Conforme os incisos I e III da Súmula, se uma empresa privada contrata trabalhadores por meio de uma empresa interposta para execução de um serviço que não se qualifica como de vigilância, conservação, limpeza ou outro especializado ligado à sua atividade-meio ou, ainda, se sua relação com o obreiro apresenta as características da subordinação direta e da pessoalidade, a conseqüência imediata será a formação de vínculo empregatício com o trabalhador. Ou seja, no caso da empresa privada, a ilicitude da terceirização implica no desfazimento do vínculo laboral com o empregador aparente (empresa interposta),

[47] OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 94.

formando-se o vínculo empregatício diretamente com o empregador oculto ou dissimulado (empresa tomadora dos serviços).

Sobre o ponto, leciona Süssekind que

> Ainda que os contratos previstos no Código Civil hajam sido celebrados para tarefas estranhas às atividades normais da empresa contratante, caberá verificar-se, em cada caso, se os empregados da firma contratada trabalham, de fato, subordinados ao poder de comando da referida empresa. Em caso afirmativo, haverá nítida simulação em fraude à lei trabalhista (art. 9º da CLT), configurando-se o contrato realidade de trabalho entre a empresa contratante e os trabalhadores formalmente vinculados à firma contratada (art. 442, combinado com os arts. 2º e 3º da CLT).[48]

Nesse sentido o entendimento de Carmen Camino, para quem

> adotada a terceirização como forma de fraudar a incidência das normas tutelares, quando utilizado o terceiro como mero "empregador de fachada", sem delegação do poder de comando pelo contratante dos serviços, incide com toda a sua força o preceito do art. 9º da CLT. É nulo de pleno direito o contrato de prestação de serviço mantido com o terceiro e a relação de emprego emerge, à luz do art. 3º da CLT, com o tomador dos serviços fraudulentamente contratados.[49]

Reconhecido o vínculo, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria profissional, a fim de que se possam corrigir as distorções havidas, tendo o empregado direito à isonomia salarial com os demais empregados da tomadora que exercem a mesma função.[50]

Ademais, segundo a referida autora, a empresa contratada, que se prestou à fraude, não fica isenta de responsabilidade. Será chamada a responder pelos encargos trabalhistas de forma solidária à empresa tomadora, na forma disciplinada no art. 942 do Código Civil.[51]

---

[48] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I, 21. Ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 275 *apud* CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 483.
[49] CAMINO, *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 263.
[50] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 419-420.
[51] CAMINO, *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 263.

1.3.2 Tomador pertencente ao setor público

Conforme o inciso II da Sumula 331, se a empresa tomadora é componente da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, não ocorrerá a formação do vínculo empregatício com esta, ainda que irregular a terceirização, uma vez que a Constituição determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, sendo nulos os atos que desobedecerem a tal preceito legal (art. 37, II e § 2º).

Frise-se que essa regra vale apenas para os casos em que o vínculo é posterior à vigência da Constituição Federal de 1988. Para os vínculos cuja formação é anterior a 5 de outubro de 1988, incide o disposto na OJ 321 SDI-1 do TST:

> VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988
> 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/88.

Resta identificar quais serão os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da terceirização ilícita em relação ao período pós-promulgação da Constituição Federal de 1988.

Verificada a ilicitude da terceirização – seja porque a atividade desenvolvida pelo trabalhador não é de vigilância, conservação ou limpeza, nem se qualifica como especializada e ligada à atividade-meio da tomadora, seja porque existe pessoalidade ou subordinação direta na relação havida entre empregado e tomadora –, o empregado permanecerá vinculado à empresa prestadora, que será a responsável principal pelas obrigações trabalhistas, sendo imputada à Administração Pública a responsabilidade – subsidiária ou solidária, dependendo do entendimento que se adote – por estas obrigações.

Além disso, se for o caso, o empregado poderá pleitear equiparação salarial com os empregados da tomadora que exercem as mesmas funções, nos termos da OJ 383 SDI-1 TST, *in verbis*:

> TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974.
>
> 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.

1.4 Responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços na terceirização lícita

A Súmula 331 traz também regra acerca da responsabilidade da empresa tomadora dos serviços pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora, em casos de terceirização lícita.

O inciso IV do enunciado, recentemente alterado, estipulava o seguinte[52]:

> 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.

Conforme estabelecia a Súmula, portanto, a empresa tomadora – seja privada, seja componente da Administração Pública Direta e Indireta – deveria ser responsabilizada subsidiariamente pelas verbas trabalhistas no caso de não serem estas pagas pela empresa prestadora dos serviços.

---

[52] Alteração dada pela Resolução nº 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000. As repercussões advindas com a nova redação serão abordadas adiante.

Por subsidiária entenda-se aquela responsabilidade que vem em reforço ou em substituição, conferindo uma espécie de benefício de ordem: somente em caso de não-pagamento da verba trabalhista por parte do empregador a empresa tomadora será chamada a pagar, e desde que tenha ela participado do processo judicial movido pelo empregado, na qualidade de reclamada.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar,

> a pedra de toque para responsabilizar os contratantes é o art. 9º da CLT, que considera praticado em fraude à lei todo ato que vise impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos previstos na CLT. Desta forma, empregador que sonega direitos trabalhistas de sue empregado comete ato ilícito, e o tomador dos serviços abusa do direito de terceirizar, pois deveria fiscalizar o cumprimento do contrato e escolher melhor as empresas intermediadoras de mão de obra. De acordo com o art. 187 do CC, o abuso do direito equipara-se ao ato ilícito que é o fato gerador da responsabilidade civil (arts. 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil). Por este motivo, mesmo nos casos de terceirização regular o tomador responde subsidiariamente.[53]

Para Sérgio Pinto Martins, a responsabilidade se justifica na medida em que a tomadora foi beneficiada pela prestação dos serviços do empregado. Como não é possível determinar o retorno deste ao *status quo ante*, porque sua energia não pode ser devolvida, deve-se imputar o pagamento devido a quem se beneficiou do trabalho prestado.[54]

Conforme Alice Monteiro de Barros,

> o responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação do credor.[55]

---

[53] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 508-509.
[54] MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 214.
[55] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 456.

A empresa tomadora que pagar as verbas trabalhistas em função da responsabilidade subsidiária terá direito de regresso contra a prestadora, uma vez que se aplicaria, por analogia, a previsão do parágrafo único do art. 455 da CLT[56], que se refere ao empreiteiro principal e ao subempreiteiro.[57]

No que toca à responsabilização subsidiária da empresa tomadora privada, não existem grandes discussões quanto à sua aplicabilidade. Pontualmente, alguns doutrinadores defendem que a responsabilidade prevista na Súmula deveria ter sido a solidária, mais condizente com os princípios protetivos do Direito do Trabalho.[58]

A previsão de responsabilização subsidiária da tomadora componente da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas, essa sim, ensejou grande debate, como será visto na segunda e na terceira parte deste trabalho.

[56] 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.

[57] MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 138.

[58] Por todos, MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 147-165.

2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DE SERVIÇOS

2.1 A prática da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública

A terceirização de serviços foi regulamentada, no âmbito da Administração Pública, já na década de 1960, a partir do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa.[59] Embora não tenha se utilizado do termo terceirização propriamente dito, o referido decreto-lei autorizou a prática desta no setor público, prevendo a possibilidade de a Administração desobrigar-se da execução de tarefas executivas mediante a execução indireta, ou seja, por meio da contratação com terceiros.[60] Pretendeu-se propiciar à Administração uma forma de desincumbir-se de certas tarefas executivas, evitando com isso um aumento desmesurado da máquina administrativa. Nesse sentido o disposto no § 7º do art. 10 do referido Decreto-Lei:

> Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
> § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Conforme assevera André Luiz Paes de Almeida, no que toca ao setor público, “a terceirização surgiu da necessidade do Estado de repensar o seu

[59] O Decreto-Lei 200/67 ainda está em vigor.
[60] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220.

tamanho e sua própria função, a fim de que pudesse prestar serviços de melhor qualidade nas áreas essenciais".[61]

Posteriormente, a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, veio esclarecer – embora em um rol não exaustivo, mas exemplificativo – quais espécies de atividades poderiam ser objeto de execução indireta, ou seja, de execução por empresas privadas contratadas. Assim dispôs o parágrafo único do art. 3º:

> Art. 3º, 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 nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.[62]

As atividades elencadas no rol desse dispositivo, como se vê, dizem respeito a atividades de apoio, instrumentais, acessórias, confirmando que a terceirização de serviços, também no setor público, só pode ocorrer em relação a atividades-meio.

Mais recentemente, o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, dispôs especificamente sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional[63], prevendo aqueles que podem e aqueles que não podem ser objeto de execução por terceiros, valendo-se para tanto, novamente, da noção de atividade-meio no âmbito da pessoa jurídica. Confira-se:

> Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.
> § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.
> § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar

[61] ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito e Processo do Trabalho*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 46.
[62] A Lei nº 5.645/70 continua em vigor, mas o parágrafo único do art. 3º foi revogado pela Lei nº 9.527/97.
[63] O Decreto nº 2.271/97 continua em vigor.

> de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

O dispositivo não deixa dúvidas de que apenas atividades acessórias, instrumentais, complementares – ou seja, atividades-meio – podem ser objeto de execução indireta, ou seja, podem ser terceirizadas.

Ademais, confirma que a terceirização autorizada no setor público é aquela mediante a qual se contrata a prestação de um serviço, e não a que se traduz em mero fornecimento de mão de obra, com vistas a burlar a exigência constitucional de contratação por concurso público. Nesse sentido leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> No âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão de obra [...] não tem guarida, nem mesmo com base na Lei nº 6.019, que disciplina o trabalho temporário, porque a Constituição, no art. 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público. A única hipótese em que se poderia enquadrar a contratação temporária, sem concurso, seria aquela prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição, que prevê a "contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público". Mas esse dispositivo não é autoaplicável. Ele só pode ser aplicado quando disciplinado em lei de cada ente governamental; essa lei é que dirá como se faz a contratação e as hipóteses em que ela será possível.[64]

A contratação desses serviços pela Administração Pública se dará, segundo o disposto no art. 37, XXI[65], da Constituição Federal, por meio de licitação, que hoje é regulamentada pela Lei nº 8.666/93[66].

---

[64] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 218.

[65] 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.

[66] Trata-se de lei cujas normas gerais aplicam-se não apenas no âmbito federal, mas no nacional, ou seja, à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ressalte-se, porém, que não tem fundamento jurídico, no direito brasileiro, a terceirização que tenha por objeto determinado serviço público como um todo. Afinal, como visto, só será lícita a terceirização quando ela implicar a contratação de empresa para prestação de serviços acessórios, de apoio, não atrelados ao núcleo essencial da atividade. Desta sorte, a concessão de serviços públicos não pode ser considerada uma forma de terceirização.[67]

Com efeito, concessão de serviços públicos é o instituto por meio do qual o Estado, após o devido processo licitatório, atribui o exercício de um serviço público a terceiro, que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço[68]. A concessão tem por objeto a delegação a uma pessoa jurídica de todo o complexo de atividades indispensáveis à realização do serviço público, não apenas uma determinada atividade ligada a ele. Em outras palavras: o Estado delega não apenas atividades-meio, mas também a atividade-fim de determinado serviço público. Por isso, a concessão não pode ser considerada modalidade de terceirização. A concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades ligadas ao objeto da concessão (atividades-meio, obviamente).[69]

2.2 Responsabilidade da Administração Pública sob a ótica publicista

2.2.1 Noções gerais acerca da responsabilidade do Estado

Na origem do Direito Público em geral, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado. Entendia-se que o Estado era órgão gerador do direito, cabendo-lhe a

[67] Nesse sentido DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223. Diferente é a opinião de Sérgio Pinto Martins (*A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 152) e de Vólia Bomfim Cassar (*Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 505), que elencam a concessão e a permissão de serviços públicos como modalidades de terceirização praticadas pela Administração Pública.

[68] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, p. 690.

[69] Nesse sentido DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223.

tutela deste; ao exercer essa tutela, o Estado não atentaria contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças.[70]

Várias concepções justificavam tal isenção, dentre as quais: o monarca ou o Estado não erram; o Estado atua para atender ao interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso; a soberania do Estado, poder incontrastável, impede seja reconhecida sua responsabilidade perante um indivíduo.[71]

Com o crescente reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Estado e com a difusão da ideia de submissão do Estado ao direito, essa teoria deixou de prevalecer.[72] Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.[73]

A responsabilidade subjetiva, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, "é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou deixar de impedi-lo quando obrigado a isto".[74] A responsabilidade subjetiva, portanto, pode derivar tanto de uma ação como de uma omissão culposa.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, no conceito do referido autor, é

> a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.[75]

---

[70] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21.
[71] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.
[72] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.
[73] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 986.
[74] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 986.
[75] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 990.

Portanto, quando se fala em responsabilidade objetiva, não se invoca o dolo ou culpa do agente, nem tampouco o mau funcionamento ou falha da Administração. Precisa existir, apenas, a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima.[76]

A responsabilidade objetiva da Administração Pública está prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 37, § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da leitura do dispositivo se conclui que não apenas as pessoas jurídicas componentes da Administração Direta podem ser responsabilizadas objetivamente, mas também as componentes da Administração Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), bem como as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, como as permissionárias e concessionárias de serviços.[77]

A responsabilidade objetiva surgirá em decorrência de um dano provocado por um ato lícito ou por um ato ilícito. Em relação aos atos lícitos, a responsabilidade fundamenta-se na denominada teoria do risco, que encontra amparo no parágrafo único do art. 927 do Código Civil:

> Art. 927, parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A aplicação da teoria do risco em relação à Administração Pública é inequívoca, a tal ponto de se denominá-la, nesta seara, de teoria do risco administrativo.

---

[76] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 388.
[77] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.[78]

Conforme a lição de Rui Stoco,

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar da só ocorrência de lesão causada ao particular por ato da Administração. Não se lhe exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes.[79]

A teoria é expressão concreta do princípio da igualdade, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, considerando que visa a garantir uma equânime repartição dos ônus decorrentes de atos ou efeitos lesivos, de forma a evitar que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos.[80]

2.2.2 A previsão do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações

A responsabilização subsidiária dos entes componentes da Administração Pública Direta e Indireta tomadores de serviços, prevista no inciso IV da Súmula 331, sempre foi contestada por aqueles.

Como visto anteriormente, a Administração Pública, quando pretende contratar uma empresa privada para prestar algum serviço, deve fazê-lo por meio de uma licitação. A licitação é regida pela Lei nº 8.666/93, cujas normas gerais aplicam-se à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Pois essa lei, em seu art. 71, § 1º, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, prevê que a Administração Pública não se responsabilizará pelo pagamento de

---

[78] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252.
[79] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 995.
[80] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 991.

encargos trabalhistas, fiscais e comerciais inadimplidos pela empresa contratada. Confira-se:

> 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.

Ou seja: o referido dispositivo dá tratamento completamente diverso à situação, e é com base nele que a Administração Pública sempre resistiu a sujeitar-se à responsabilização subsidiária prevista na Súmula 331. Utiliza-o como primeiro e maior argumento defensivo em todas as reclamatórias movidas por empregados terceirizados que, diante do não-pagamento das verbas trabalhistas a que têm direito, pela empresa que os contratou, buscam seu adimplemento em face do ente público tomador.

O posicionamento da Administração Pública é no sentido de que o disposto na Lei de Licitações torna sem efeito qualquer manifestação do Tribunal Superior do Trabalho que a contrarie. Sustenta que uma súmula não se sobrepõe a um dispositivo legal, bem como que o art. 71, § 1º é perfeitamente constitucional e, por isso, não se pode lhe negar vigência.

Contudo, como a seguir será visto, a doutrina trabalhista elenca uma série de fundamentos que justificam e legitimam a imputação da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, respaldando a previsão inserida na Súmula 331.

2.3 Fundamentos da responsabilidade subsidiária da Administração Pública sob a ótica juslaboral

São diversos os fundamentos elencados pela doutrina trabalhista para respaldar a atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo

pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços.

Vejamos.

2.3.1 Direitos fundamentais do trabalhador e princípio da proteção

A imputação, à Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços tem, como fundamento primeiro e maior – que embasa, legitima e corrobora todos os demais, que a seguir serão mencionados –, os direitos fundamentais do trabalhador e o princípio da proteção.

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 3º, III e IV, da Constituição Federal. Consequência disso é o fato de os direitos do trabalhador terem, em nosso ordenamento jurídico, *status* de direitos fundamentais.[81]

Os direitos fundamentais compõem o núcleo essencial no sistema jurídico. Vinculam tanto o Poder Público como os privados: todos estão obrigados a respeitá-los. Possuem aplicabilidade imediata e não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional. Os direitos fundamentais se refletem em todas as esferas de relações existentes na vida em sociedade, alcançando também, portanto, as relações trabalhistas.

Em razão da especial atenção concedida ao trabalhador pela Constituição, e considerando-se a premissa da hipossuficiência do empregado perante o empregador, o princípio da proteção do trabalhador tem inquestionável aplicabilidade no direito do trabalho.

O princípio da proteção do trabalhador é aquele em virtude do qual “o direito do trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação

[81] Com efeito, estão elencados no art. 7º da Constituição Federal, o qual está inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores".[82]

No âmbito da terceirização de serviços, a observância do princípio da proteção do trabalhador tem especial razão de ser, em virtude dos potenciais prejuízos que a sua prática pode trazer ao empregado.

Um deles é a redução da remuneração do trabalhador terceirizado. Com efeito, em tese, as empresas delegam a outras a realização de serviços acessórios para poderem voltar-se com mais dedicação à consecução da atividade-fim do seu empreendimento e com isso melhorar a eficiência produtiva e a qualidade dos seus produtos; na prática, contudo, regra geral as empresas adotam a terceirização visando simplesmente à redução dos custos de produção. Tendo esse objetivo, as tomadoras obviamente buscarão no mercado empresas que prestem serviços por preços menores e as prestadoras, consequentemente, em função da competitividade, ofertarão seus serviços por preços cada vez mais reduzidos. Para suportar essa redução de preço sem abrir mão do seu lucro, as prestadoras acabam, invariavelmente, diminuindo a remuneração dos seus empregados, de modo que, ao fim e ao cabo, são estes que acabam por "pagar a conta" da terceirização.[83]

Nesse sentido a lição de Tarso Fernando Genro, para quem a prática da intermediação da mão-de-obra

> transforma o empregado, duplamente, em mera peça de engrenagem produtiva (não escolhe sequer a quem aderir) e faz com que ele seja duas vezes espoliado, submetido àquela tensão de interesses entre duas empresas que buscam lucro e necessitam, pois, intensificar a exploração da sua força de trabalho, cuja mais-valia biparte-se em favor de dois patrões.[84]

Outro prejuízo diz respeito à perda da identidade do trabalhador terceirizado, conseqüência direta de uma das características mais elementares da terceirização,

---

[82] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 29 *apud* OLIVEIRA, Cinthia Machado de; e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 27.

[83] Nesse sentido MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 144-145.

[84] GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 115-116. Frise-se que, no caso, o autor se referia aos efeitos do contrato de trabalho temporário, mas a lógica do seu raciocínio encaixa-se perfeitamente com a hipótese da terceirização de serviços.

qual seja, a ausência de pessoalidade entre o trabalhador e a empresa tomadora. Os trabalhadores terceirizados são inseridos na estrutura empresarial da tomadora como meros instrumentos a serem utilizados para se chegar a um fim; a esta não interessa quem seja o trabalhador, mas somente que alguém preste o serviço contratado. A tomadora determina como quer que a tarefa seja executada e, se não estiver satisfeita com o desempenho do empregado designado pela prestadora, pode pedir a esta, a qualquer momento, que providencie a sua substituição. Assim, a rotatividade de mão de obra é intensa, de modo que os empregados terceirizados não estabelecem vínculos com a empresa tomadora, não se inserem efetivamente na estrutura do empreendimento, não fazem parte dos planos de carreira e, como não são empregados efetivos, na maioria das vezes lhes é negado participar dos treinamentos e programas de incentivo lançados.[85]

Nessa esteira, também se verifica que a partir da terceirização certas atividades antes desempenhadas pela empresa tomadora passam a ser descentralizadas, de modo que categorias profissionais estanques e definidas são eliminadas. Via de conseqüência, o trabalhador terceirizado perde sua referência sindical, ou seja, não mais consegue identificar a categoria à qual pertence.[86]

Ademais, não raro se revela existente o problema da discriminação, gerada no ambiente interno da empresa tomadora, entre os trabalhadores terceirizados e os empregados efetivos.[87] Essa discriminação é conseqüência do fato de que a lei não exige isonomia de tratamento entre estes e aqueles. Sendo assim, exemplificativamente, o trabalhador terceirizado poderá ter que cumprir carga horária de oito horas dentro do ambiente da tomadora, se assim for acordado com a sua empregadora (empresa prestadora), ainda que os empregados da tomadora cumpram apenas uma jornada de seis horas.[88]

Além disso, conforme ensina Jorge Souto Maior, “o fenômeno da terceirização tem servido para alijar o trabalhador ainda mais dos meios de

---

[85] MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 129.
[86] MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 114.
[87] MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 129.
[88] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 513.

produção", já que ele "não se insere no contexto da empresa tomadora; é sempre deixado meio de lado, até para que não se diga que houve subordinação direta entre a tomadora dos serviços e o trabalhador". Ademais, o trabalhador terceirizado não se integra à CIPA e não tem representação sindical no ambiente de trabalho (empresa tomadora), o que o leva a sujeitar-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional.[89]

Entende o referido autor que o padrão jurídico de terceirização criado pelo TST a partir da Súmula 331 visa unicamente a atender uma reivindicação empresarial, resultando num completo desvirtuamento da função histórica do direito do trabalho, que é a proteção do trabalhador. Sustenta que a terceirização não produz nenhum efeito real em termos de eficiência produtiva, servindo unicamente como técnica de precarização das condições de trabalho. Aduz, retratando posicionamento do autor Marco Túlio Viana, que a prática comporta uma imensa gama de desvantagens ao trabalhador: redução de postos de trabalho, aumento da carga da subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação das condições de higiene e segurança e redução de valores salariais.[90]

Em função de todo o exposto, não há dúvida: o trabalhador inserido no contexto da terceirização necessita ser protegido, e eficazmente protegido. Não se pode deixá-lo ao desamparo frente à inadimplência do seu empregador quando é sabido que existe um terceiro que se beneficiou dos serviços prestados e possui capacidade de pagar o que lhe é devido. Nas palavras de Jorge Souto Maior,

> A implementação da terceirização, que se vende como "técnica administrativa", não pode, em hipótese alguma, representar a

[89] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 145-146. Tão fortes as críticas que o autor conclui que, considerando que não cabe ao direito adaptar-se às injustiças e sim servir como instrumento efetivo de combate a todo tipo de redução da dignidade humana, não há como o direito do trabalho abarcar a prática da terceirização.

[90] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 144-145. Sobre o assunto, Lívia Mendes Moreira Miraglia (*A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 131) apresenta pesquisa realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), na década de 1990, que trouxe à baila os seguintes levantamentos acerca da terceirização: redução dos postos de trabalho, dos benefícios fiscais e salariais; deterioração do ambiente de trabalho quanto à segurança e elastecimento da jornada laboral. Em termos relativos percentuais, tem-se que, em 72,5% dos casos, os benefícios sociais das empresas prestadoras são menores que os das empresas tomadoras; em 67,6%, os níveis salariais praticados nas prestadoras são inferiores aos praticados nas tomadoras.

> impossibilidade dos trabalhadores adquirirem e receberem integralmente os seus direitos trabalhistas pelos serviços que prestam.[91]

O recebimento do salário é um direito fundamental do trabalhador e por isso deve ser garantido de todas as formas possíveis. Este é, aliás, um fim a ser perseguido pelo Estado: estabelecer meios que propiciem a plena efetivação desse direito fundamental. Pretender ele eximir-se da responsabilidade pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado contraria, portanto, uma finalidade que lhe compete perseguir, o que deslegitima completamente a sua pretensão.

O salário é o meio de sobrevivência do empregado e seu recebimento é o motivo pelo qual ele aceita prestar sua força de trabalho em favor de outrem. O não-pagamento do salário afeta a dignidade do trabalhador, pois em regra ele tem apenas na remuneração de seu labor os recursos necessários para assegurar o chamado “mínimo existencial”. Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil, nenhuma razão invocada pela Administração Pública para justificar sua irresponsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas àquele que laborou no seu estabelecimento e em seu benefício será suficiente para ilidir sua obrigação.

Existe a previsão do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, é verdade, mas o desrespeito ao princípio da proteção do trabalhador não é algo muito mais repreensível do que o desatendimento daquele dispositivo?

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.[92]

---

[91] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 149.
[92] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *apud* LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços. *Ciência Jurídica do Trabalho*. Ano XI. Nº 70. Jul/2008, p. 34.

É corriqueiro a Administração Pública alegar que a regra de irresponsabilidade prevista na Lei de Licitações está em consonância com o interesse público, pois visa à proteção do patrimônio estatal ao evitar que se remunere novamente um serviço que já foi adequadamente remunerado. Ocorre que o interesse público não justifica que o Estado atue de modo a atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais de indivíduos e ferir a dignidade da pessoa humana. Ademais, se é verdade que o patrimônio que está em jogo pertence a toda a coletividade, também é verdade que o empregado terceirizado prestou seus serviços no âmbito estatal o fez em benefício de toda a coletividade.

Enfim, permitir que o trabalhador fique desamparado frente a uma situação de inadimplência, por parte da empresa que o contratou, contraria todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e afronta seu direito fundamental ao recebimento de uma remuneração pelos serviços prestados.

2.3.2 Culpa in eligendo *e culpa* in vigilando

A Administração Pública, ao contratar empresas do setor privado para prestação de serviços, o deve fazer por meio de licitação. Nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.[93]

O procedimento licitatório consiste, em apertada síntese, num "conjunto de atos administrativos voltados uma determinada finalidade, *in casu*, a melhor contratação".[94] Pauta-se na ideia de competição, "a ser travada isonomicamente

[93] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514.
[94] MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130.

entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir".[95]

Os atributos e aptidões exigíveis no processo licitatório são aqueles atinentes à qualificação técnica e econômica do proponente que se revelem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição.

Desta sorte, através do processo licitatório, a Administração Pública tem não só a possibilidade, mas o dever de averiguar, entre outros requisitos, a idoneidade econômica do proponente. Nesse aspecto, cabe a ela não somente exigir a apresentação de documentos que atestem a inexistência atual de débitos de qualquer ordem em nome do proponente, mas também verificar se este ordinariamente cumpre com as suas obrigações perante terceiros e empregados, obrigações estas de cunho civil, tributário, previdenciário e trabalhista, ou seja, perquerir se a empresa possui histórico de boa pagadora. Descumprindo esse dever de cuidado na escolha da empresa a ser contratada, incorrerá a Administração Pública na denominada culpa *in eligendo*.[96]

A culpa é elemento essencial da responsabilidade civil subjetiva, disciplinada no art. 186 c/c o art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002[97], que assim dispõem:

> 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 indenizá-lo.

---

[95] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514.

[96] Nesse sentido DELGADO (*Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 434), MARTINS (*A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 148), CAMPOS (*A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 97), MAIOR (*Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 151, embora defenda devesse ser solidária e não subsidiária a responsabilidade), CAMINO (*Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 262), MARTINEZ (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206), BARROS (*Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 540), MIRAGLIA (*Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 197).

[97] Vale lembrar que os dispositivos do Código Civil são aplicáveis no âmbito laboral, em razão da subsidiariedade estabelecida pelo art. 8º, parágrafo único, da CLT.

Conforme Sérgio Cavalieri Filho,

> A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.[98]

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a culpa *in eligendo* consiste na "má escolha de uma pessoa a quem é confiada certa tarefa".[99]

Portanto, no caso da terceirização, se a pessoa jurídica contratada por meio de processo licitatório para prestar os serviços não cumpre com suas obrigações trabalhistas perante seus empregados, há forte indício de que houve falha por parte da Administração na eleição daquela, pelo menos no que toca à questão da idoneidade econômica – ou seja, de que houve culpa *in eligendo* –, de tal sorte que se permite imputar ao ente estatal a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas.

A falha no processo de eleição da empresa prestadora ocorre, em geral, no momento da análise dos documentos de habilitação da empresa proponente e do preenchimento das planilhas de custos e formação de preços, bem como no julgamento das propostas.[100]

A teoria da responsabilidade subjetiva determina que, em regra, a culpa deve ser comprovada por aquele que a alega. Ou seja, o sujeito que pretende responsabilizar alguém por um dano ocorrido em razão de uma ação ou omissão culposa deve provar que este alguém realmente agiu ou se omitiu de forma culposa e que sua conduta deu causa ao resultado lesivo. No entanto, a doutrina e a jurisprudência que fundamentam a responsabilidade da Administração Pública prevista na Súmula 331 na culpa *in eligendo* sempre consideraram ser esta culpa

---

[98] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.
[99] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 72.
[100] Conforme VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha e FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31.

presumida[101], de modo que, toda a vez que houvesse inadimplência por parte da empresa prestadora quanto às verbas trabalhistas devidas, presumir-se-ia que o ente estatal atuara indevidamente na escolha desta e, consequentemente, imputar-se-ia a ele a responsabilidade subsidiária pelo seu pagamento. Assim, ao reclamante bastaria comprovar a existência do contrato de prestação de serviços entre a empresa prestadora e o ente estatal e a inadimplência por parte daquela quanto às obrigações trabalhistas.

A nova redação da Súmula 331 do TST, contudo, conforme será visto pormenorizadamente na terceira parte deste trabalho, trouxe novo entendimento a essa questão, abandonando a noção de "culpa presumida" da Administração Pública pelo inadimplemento da empresa prestadora de serviços.

Outro fundamento para a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização baseia-se na ideia de culpa *in vigilando*.[102] Tal espécie de culpa, segundo Caio Mário, existe quando "uma pessoa falta ao dever de velar, ou comete uma desatenção quando tinha a obrigação de observar".[103]

No que toca à terceirização, haveria culpa *in vigilando* do ente estatal quando este deixa de cumprir com seu dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços celebrado com a empresa contratada, o que inclui o dever de verificar se ela está cumprindo com as obrigações concernentes ao contrato de trabalho que mantém com os empregados que laboram no âmbito da Administração, especialmente no que toca ao pagamento das obrigações trabalhistas.

Com efeito, não é possível se admitir que a Administração Pública não mantenha, após a eleição e contratação da empresa prestadora dos serviços, nenhum dever de vigilância quanto ao fiel e regular cumprimento do pacto, tanto o de direito civil, celebrado com a empresa contratada, como o de trabalho, celebrado

---

[101] Conforme CAMPOS, José Ribeiro de. *A Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora dos Serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 96-97.

[102] Nesse sentido DELGADO (*Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 434), CAMPOS (*A Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora dos Serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 97), CASSAR (*Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 511), CAMINO (*Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 262), MARTINEZ (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206), BARROS (*Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, fl. 540), MIRAGLIA (*Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 197).

[103] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 71.

entre esta e o empregado. Cabível, aqui, uma analogia com os casos de concessão de serviços públicos, embora não seja se trate, como visto, de modalidade de terceirização.

Quando realiza uma concessão, ao Estado é assegurado o poder-dever de inspeção e fiscalização da execução do contrato. Isto é, o concedente está qualificado para manter-se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço. Assim, poderá e deverá verificar se o concessionário está atendendo de modo satisfatório e desejável às obrigações assumidas, acompanhando, inclusive por meio do exame de livros, registros e assentamentos, as providências tomadas e a lisura delas no que toca ao implemento dos encargos da concessão.[104]

Nesse sentido leciona Diógenes Gasparini:

> Pelo controle, sempre presente mesmo que não expresso em lei ou regulamento, a Administração Pública competente mantém-se permanentemente informada sobre o comportamento de quem executa serviços dados à sua cura, como o são os seus concessionários e permissionários.[105]

O poder-dever de controle e fiscalização pelo Estado-concedente está previsto nos arts. 3º e 29, I, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. O art. 30 prevê ainda que, "no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária". Nesse sentido o art. 31, V, da mesma lei, que, ao tratar dos encargos da concessionária, menciona o de "permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis".

Assim, adotando-se o raciocínio utilizado na hipótese de concessão de serviços públicos, razoável sustentar que na terceirização também existiria o dever, por parte da Administração Pública, de fiscalizar tanto se a prestação dos serviços

---

[104] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 717.
[105] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 295.

está se dando de forma regular pela empresa contratada, como se essa empresa está adimplindo suas obrigações trabalhistas perante os empregados que prestam esses serviços. Veja-se que o art. 6º do Decreto nº 2.271/97 aponta nessa direção, ao estabelecer que a Administração Pública deverá eleger um gestor do contrato de prestação de serviços firmado com a empresa privada, ao qual incumbe acompanhar e fiscalizar a execução desse contrato, *verbis*:

> Art. 6º. A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.

Sobre o dever de controle da Administração Pública na terceirização de serviços, Antonieta Pereira Vieira, Henrique Pereira Vieira, Madeline Rocha Furtado e Monique Rafaella Rocha Furtado referem que

> A Administração, ao iniciar o processo de contratação dos seus serviços, preocupa-se muito com a fase licitatória e muitas vezes se esquece de que se não houver um bom gerenciamento desses contratos poderá ser responsabilizada solidariamente e/ou subsidiariamente referente aos encargos previdenciários e trabalhistas.[106]

Conforme os autores, a Administração tem dificuldade em entender que deve acompanhar esse contrato, observando se a empresa vem cumprindo com todas as exigências habilitatórias dispostas no edital, como, por exemplo, o recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários dos seus empregados que lhe estão prestando serviço. A própria Lei de Licitações, em seu art. 55, XIII[107], prevê que as condições de habilitação e qualificação exigidas no processo licitatório devem

---

[106] VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; e FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 30.

[107] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

obrigatoriamente ser mantidas pela empresa eleita durante toda a execução contratual.[108]

O entendimento aqui, como ocorria com relação à culpa *in eligendo*, era, até a superveniência da alteração da Súmula 331 pelo TST em 2011, o de se presumir a culpa por parte do ente estatal. Nesse sentido o voto condutor do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297751[109], do TST, *verbis*:

> INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93.
> Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, **não se pode deixar de lhe imputar**, em decorrência desse seu comportamento omisso ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. (Grifo nosso)

Interessante registrar que o Governo Federal, no intuito de exercer um controle mais efetivo sobre a empresa prestadora de serviços no que toca ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, instituiu, por meio da IN MPOG/SLTI nº 02/2008, posteriormente alterada pelas INs nº 03, 04 e 05/2009, a denominada "conta vinculada para a quitação de obrigações trabalhistas". Essa conta seria criada em instituição bancária oficial, aberta em nome da empresa prestadora,

---

[108] VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; e FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 30.

[109] Esse Incidente de Uniformização de Jurisprudência resultou na alteração do inciso IV da Súmula 331 do TST, no ano de 2000.

especificamente para que esta efetuasse os depósitos referentes ao pagamento dos encargos trabalhistas da mão de obra por ela contratada para prestar serviços no âmbito da Administração. Na conta seriam depositados valores referentes ao 13º salário, férias e abono de férias, adicional do FGTS para as rescisões sem justa causa, impacto sobre férias e 13º salário, referente à remuneração mensal do contrato. A conta seria bloqueada para movimentação. Ao fim, porém, o Tribunal de Contas da União entendeu não haver amparo legal à criação dessa conta vinculada, uma vez que a Lei nº 8.666/93 impede que se exija das empresas prestadoras outra garantia contratual além das previstas nesse diploma. Entendeu o TCU que a conta criaria encargos adicionais às empresas prestadoras, os quais acabariam sendo repassados às tomadoras, aumentando o preço dos serviços, bem como que sua existência poderia acabar por reforçar a responsabilidade subsidiária da Administração.[110]

De fato, a criação da conta vinculada não se faz necessária se a Administração acompanhar de forma sistemática a execução do contrato, por meio do gestor de contratos a que se refere o art. 6º do Decreto 2.271/97.

2.3.3 Responsabilidade objetiva

Há entendimento no sentido de ser objetiva a responsabilidade da Administração Pública inserta na Súmula 331, ou seja, independente de uma atuação culposa desta.[111]

Com efeito, considerando-se que o inciso IV da Súmula 331 prevê uma conseqüência jurídica para os casos de terceirização lícita, é possível entender-se tal previsão como uma responsabilização objetiva por ato lícito, com base na teoria do risco administrativo.

---

[110] VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; e FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 39.

[111] DELGADO (*Curso de Direito do Trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009), CAMPOS (*A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 98), MAIOR (*Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 151), BARROS (*Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 540).

Nesse caso, entende-se que a Administração Pública, ao celebrar contrato com uma empresa para que esta preste determinado serviço no âmbito estatal, assume os riscos atrelados a essa contratação, dentre eles o de uma eventual e futura inadimplência por parte da empresa prestadora perante seus empregados. A assunção do risco seria uma contrapartida às vantagens e facilidades advindas da prática terceirizante, o que se revela perfeitamente natural, uma vez que todos os negócios trazem consigo a lógica do custo-benefício.

Nesse sentido o entendimento de Ari Pedro Lorenzetti, para quem a responsabilidade da Administração é conseqüência natural dos riscos advindos da contratação da prestadora, e advirá do simples fato desta empresa não ter satisfeito os créditos trabalhistas e não mais ter condições de fazê-lo. Assim, é irrelevante perquerir se ela tinha idoneidade financeira quando da contratação ou os motivos pelos quais deixou de cumprir suas obrigações trabalhistas no tempo devido. Estaria incluída, portanto, nos riscos da atividade do tomador a garantia da remuneração dos trabalhadores que lhe prestaram serviços, ainda que estes tenham sido obtidos por intermédio de outra empresa.[112]

Ademais, deve-se levar em consideração o fato de que o serviço foi prestado no interesse e em benefício do Estado – e, em última análise, da sociedade –, não se admitindo que o empregado suporte sozinho os prejuízos decorrentes do inadimplemento da prestadora.

Frise-se, por fim, que não cabe, com o fim de afastar a responsabilidade da Administração, alegar que o ato que deu origem ao dano foi praticado pela empresa prestadora e, portanto, somente a esta pode ser imputado o dever de pagamento. Afinal, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, há determinados casos em que a ação danosa propriamente dita não é efetuada por um agente do Estado, contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. São hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano, ou seja, hipóteses em que sua atuação é o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento

[112] LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003, p. 286 *apud* LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços. In: *Ciência Jurídica do Trabalho*. Ano XI. Nº 70. Jul/2008, p. 28.

lesivo. Tais casos assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação da responsabilidade objetiva.[113] Na terceirização, é exatamente isso que ocorre: o Estado, ao contratar a prestadora, fez nascer a situação a partir da qual, posteriormente, produziu-se o dano, qual seja, a contratação de um trabalhador para prestar seus serviços no âmbito da tomadora.

Em síntese, a responsabilidade objetiva implica dever de indenizar por parte da Administração Pública independentemente de uma ação ou omissão culposa desta. Ou seja: verificando-se que a empresa prestadora não pagou as verbas trabalhistas devidas ao empregado que laborou no âmbito do ente estatal, surge o dever da Administração em adimpli-las, como conseqüência automática e inarredável.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública, sob a modalidade de risco administrativo, foi expressamente elencada como fundamento da responsabilidade subsidiária do ente estatal pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora no voto condutor do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297751, antes referido. Confira-se:

> (...) Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

Na terceira parte do trabalho, ver-se-á que, nesse ponto, houve significativa mudança de entendimento por parte do Tribunal Superior do Trabalho, sendo a atual redação da Súmula 331 no sentido da impossibilidade de atribuir responsabilidade objetiva à Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.

---

[113] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 1001-1002.

2.3.4 Abuso de direito

Pretender a Administração isentar-se de qualquer responsabilidade pelas verbas devidas ao trabalhador que, embora contratado pela empresa prestadora, prestou serviços em seu benefício e no seu estabelecimento, configura verdadeiro abuso de direito.[114]

Na teoria geral da responsabilidade civil, o abuso de direito pode ser entendido como o exercício inadmissível, anormal, antifuncional de um direito. Tal ocorrerá quando o agente ultrapassar os limites impostos pela boa-fé, pelo fim econômico ou social do direito ou pelos bons costumes, de maneira manifesta.[115]

A teoria encontra respaldo legal no art. 187 do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

> 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.

Segundo Maurício Godinho Delgado, é inegável o despontar da teoria do abuso do direito em contextos de frustração de créditos trabalhistas por empresas contratadas para execução de serviços. Conforme o autor,

> O abuso do direito surgiria à circunstância de os contratos laborais terem firmado (ou se mantido) em virtude do interesse empresarial do tomador da obra ou serviço – portanto, do exercício do direito deste – convolando-se em abuso pela frustração absoluta do pagamento (se não acatada a responsabilização subsidiária do tomador originário pelas verbas do período de utilização do trabalho).[116]

Com efeito, proíbe-se, com amparo no princípio da boa-fé objetiva, o comportamento contraditório no exercício de um direito (*venire contra factum*

---

[114] Nesse sentido DELGADO (*Curso de direito do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 455), CASSAR (*Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 509), LORA (Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços. *Ciência Jurídica do Trabalho*. Ano XI. Nº 70. Jul/2008, p. 27).

[115] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 170.

[116] DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 455.

proprium[117]), sob pena de considerar-se abusivo esse exercício. Desta sorte, embora seja assegurada à Administração a possibilidade de delegar a empresas privadas a execução de atividades especializadas, acessórias, de apoio, a fim de concentrar esforços em sua atividade essencial – enfim, embora lhe seja concedido por lei o direito de terceirizar certos serviços –, não lhe é dado abusar desse direito e exercê-lo de maneira contrária à boa-fé objetiva, entendida esta como a conduta adequada, correta, leal, honesta. Logo, não pode a Administração Pública contratar essas empresas num primeiro momento e, em momento posterior, diante da superveniência do não-pagamento, por parte dessas, das obrigações trabalhistas perante seus empregados, pretender eximir-se de qualquer responsabilidade, quando notoriamente se beneficiou diretamente da força de trabalho daqueles.[118]

Afinal, a Administração Pública deve pautar seus atos atenta não apenas ao princípio da legalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente prejuízo a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica.[119]

Para Jorge Souto Maior, tendo em vista o disposto no art. 187 do Código Civil, realizar negócios jurídicos cujo propósito é afastar-se de responsabilidade pelo adimplemento de direitos de terceiros, evidentemente, não pode ser considerado como ato lícito. Segundo o autor, eventual cláusula do contrato firmado entre as empresas, que negue qualquer tipo de solidariedade, é nula de pleno direito, pois sua aplicabilidade pode impedir o adimplemento de obrigações trabalhistas (art. 9º, da CLT).[120]

---

[117] A locução *venine contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.

[118] Nesse sentido LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços. *Ciência Jurídica do Trabalho*. Ano XI. Nº 70. Jul/2008, p. 27 e SOUZA, Carlos Magno de. Terceirização, interesse público e o *venire contra factum proprium*. *Revista do Direito Trabalhista*. Ano 16. Nº 10. Out/2010, p. 10.

[119] Nesse sentido manifestou-se o TST no Incidente de Uniformização da Jurisprudência nº 297751.

[120] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 151-152.

3 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

3.1 Reclamações no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Como visto na primeira parte deste trabalho, a redação do inciso IV da Súmula 331 foi alterada pelo Tribunal Superior do Trabalho no ano de 2000, para nela fazer constar expressamente que a imputação da responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento por parte da prestadora de serviços, também era possível em relação aos tomadores componentes da Administração Pública Direta e Indireta.

Os entes estatais, contudo, sempre defenderam a inaplicabilidade dessa previsão, sustentando que ela iria de encontro ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), o qual prevê que a inadimplência da empresa contratada, relativamente aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Além disso, quando instada a se defender nos processos trabalhistas movidos por empregados inseridos no contexto da terceirização, costuma argumentar a Administração Púbica que a Súmula viola o princípio da legalidade, na medida em que a responsabilização subsidiária somente poderia ser instituída por lei; que o Estado remunera a empresa contratada pela prestação do serviço, não podendo ser responsabilizado pelo inadimplemento que somente a esta pode ser imputado; que a Administração não tem condições nem o dever de acompanhar o regular cumprimento das obrigações pela empresa contratada e, se assim não fosse, não teria utilidade a terceirização.

No entanto, salvo raríssimas exceções, os juízes do trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho decidiam pela responsabilização subsidiária da Administração Pública tomadora dos serviços, nos termos do inciso IV da Súmula 331, com base nos fundamentos elencados na

segunda parte deste trabalho – princípio da proteção, culpa *in eligendo*, culpa in *vigilando*, responsabilidade objetiva, abuso de direito. Posicionavam-se no sentido de o disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações não afastava a responsabilidade subsidiária dos entes estatais tomadores de serviços, bem como que a aplicação da Súmula não implicava declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, nem tampouco negativa de vigência a este, mas apenas a sua interpretação em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.[121]

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal não se pronunciava sobre a questão. Os recursos extraordinários ajuizados pelos entes estatais na tentativa de reverter decisões condenatórias dos tribunais não eram admitidos, sob o fundamento de que a matéria envolvia questão eminentemente infraconstitucional – suposta negativa de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações –, bem como porque a mera alegação de ofensa indireta à Constituição não autorizava a interposição daquela espécie recursal.[122]

Nessa senda, a via encontrada pela Administração Pública para submeter a controvérsia à apreciação do Supremo Tribunal Federal foi a reclamação.

A reclamação é uma espécie de ação constitucional, a ser ajuizada no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, que visa à preservação da competência destes tribunais e à garantia da autoridade de suas decisões, como prevêem os arts. 102, I, "l" e 105, I, "f", da Constituição Federal[123]. No âmbito do STF, conforme dispõe o art. 103-A, § 3º, da Carta[124], a reclamação

---

[121] Nesse sentido, a título exemplificativo: TRT 4ª Região, RO nº 0094600-79.2007.5.04.0018, Rel. Maria Madalena Telesca, j. em 12/05/2010.

[122] Nesse sentido: AI 409572 AgR, AI 453737 AgR, AI 468657 AgR, AI 457865 AgR, AI 431286 AgR, AI 429849 AgR, AI 524958 AgR, AI 525020 AgR, AI 507214 AgR, AI 580049 AgR, AI 617362 AgR. A modificação desse entendimento veio no Recurso Extraordinário 603397 (Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 04/02/2010, DJ 15/04/2010), no qual se reconheceu haver repercussão geral sobre a questão atinente a eventual conflito existente entre o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e a previsão inserida no inciso IV da Súmula 331 do TST.

[123] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.
Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I - processar e julgar, originariamente:
f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

[124] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos

também é cabível quando ato administrativo ou decisão judicial contrariar súmula vinculante aplicável ou indevidamente a aplicar.[125]

Com efeito, o argumento utilizado pelos entes estatais para justificar a propositura da reclamação perante o Supremo era o de que os tribunais afastavam a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mediante a invocação do inciso IV da Súmula 331 do TST, sem reconhecer a inconstitucionalidade daquele dispositivo (o que só seria possível mediante a submissão da questão ao plenário ou ao órgão especial da corte, como determina o art. 97[126] da Constituição Federal), afrontavam a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

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

Havia divergência entre os ministros do STF acerca da questão.

Alguns entendiam que não se configurava a aludida afronta à Súmula Vinculante nº 10, argumentando que o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações fora apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho quando do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297751/96, do qual resultou a alteração da redação do inciso IV da Súmula 331, e que, em face disso, não seria necessário que a controvérsia fosse levada à apreciação do órgão especial ou do plenário em todos os casos em que se pretende a aplicação da referida Súmula. Teria havido, enfim, quando da alteração do inciso IV da Súmula 331, a devida observância à regra da reserva de plenário pelo TST.[127]

---

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

[125] DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 555-564.

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

[127] Nesse sentido: Rcl 6.969, Rcl 7.847, Rcl 8.134.

Outros se posicionavam no sentido da existência de violação à Súmula Vinculante nº 10, sustentando que o TST, ao operar a alteração do inciso IV, não teria enfrentado – ao menos não expressamente – o conflito entre o disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações e a Constituição da República. É que o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar um incidente de uniformização (arts. 156 a 158 do RITST), objetiva dirimir uma divergência jurisprudencial existente entre seus órgãos fracionários ou consolidar o entendimento por eles adotado, não declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, fim de uma argüição de inconstitucionalidade (arts. 244 a 249 do RITST). O art. 97 da Constituição Federal, que institui a denominada "cláusula de reserva de plenário", exige que haja a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou dispositivo normativo; decisão de tal gravidade não poderia ser feita por meio de incidente de uniformização de jurisprudência. Aduzem os ministros que se posicionam nessa corrente que o TST afastou a incidência do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, esvaziou sua força normativa, negou-lhe vigência implicitamente. Contudo, isso somente poderia ser feito se, previamente, o plenário daquela corte tivesse declarado sua inconstitucionalidade de forma expressa. Não o fazendo, o TST estaria violando a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte precedente:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666/1993. INCISO IV DA SÚMULA TST 331. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS ORIUNDOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO TOMADOR DOS SERVIÇOS. AFRONTA À AUTORIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 10 DEVIDAMENTE CONFIGURADA. ARTIGO 103-A, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Acórdão que entendeu ser aplicável ao caso o que dispõe o inciso IV da Súmula TST 331, sem a conseqüente declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a observância da cláusula da reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. 2. Não houve no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96 a declaração formal da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei

> 8.666/1993, mas apenas e tão-somente a atribuição de certa interpretação ao mencionado dispositivo legal. 3. Informações prestadas pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho. 4. As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade. 8. Ofensa à autoridade da Súmula Vinculante 10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado.[128]

Ao julgar procedente uma reclamação, o STF determinava a anulação do acórdão que reconhecera a responsabilidade subsidiária do ente estatal e o retorno dos autos ao tribunal que prolatou a decisão, a fim de que se procedesse a novo julgamento e que o tribunal se manifestasse incidentalmente quanto à eventual inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Contudo, o que se verificou foi que o debate acerca da (in)constitucionalidade do referido dispositivo, dada a sua indiscutível relevância, acabou sendo enfrentado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16.

[128] STF. Rcl 8150 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 02/03/2011.

3.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16

Em 7/3/2007, o Governador do Distrito Federal ajuizou ação direta de constitucionalidade, com pedido de providência cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal. Pretendia fosse declarado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.032/95.[129]

Alegava-se na inicial da ADC que a referida norma, a despeito de sua constitucionalidade, vinha sofrendo retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que, ao editar a Súmula 331, aplicou entendimento diametralmente oposto ao do dispositivo legal. Em outras palavras: sustentava-se que a presunção de constitucionalidade daquela norma encontrava-se relativizada e, por isso, mostrava-se necessário o pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal acerca da questão.

Objetivava-se o reconhecimento da plena compatibilidade entre o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e a Constituição Federal e, consequentemente, o restabelecimento da força normativa do dispositivo, o afastamento da incerteza jurídica sobre a questão e a determinação de abstenção, aos demais tribunais, de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica a ser conferida pela Corte.

Vários foram os argumentos utilizados para defender-se a constitucionalidade do dispositivo. O primeiro deles era o de que a norma tinha por escopo resguardar a Administração Pública, a qual, após haver tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei, relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, bem como procedido diligentemente na fiscalização da execução dos serviços, não poderia ser responsabilizada pelo dano que não produziu.

O segundo era o de que o inciso IV da Súmula 331 pretenderia realizar uma responsabilização objetiva do Poder Público mediante a adoção da teoria do risco

[129] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=387166&tipo=TP&descricao=ADC%2F16>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

integral, segundo a qual bastaria a presença do dano para haver a necessidade de reparação, ainda que não tenha lhe dado causa e ainda que tenha tentado a todo custo evitar a sua ocorrência. Isso, contudo, ofenderia o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que a responsabilidade do Estado, no Brasil, tem como base a teoria do risco administrativo. Pela teoria do risco administrativo, a Administração estaria isenta de responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima; então, na terceirização, considerando que a empresa prestadora de serviços é a culpada exclusiva pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, não se poderia imputar ao ente estatal qualquer responsabilidade.

Sustentava-se ainda que o entendimento do TST, consolidado por meio do inciso IV da Súmula 331, violaria os princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade das licitações públicas e da responsabilidade do Estado fundamentada no risco administrativo. Isso porque ao Estado só é dado fazer aquilo que a lei expressamente lhe permite, o que implica no fato de que os requisitos a serem exigidos das empresas para participar de licitações e contratar com o poder público somente podem ser aqueles expressamente previstos em lei. Assim, por falta de disposição normativa, a Administração não poderia exigir das empresas documentação diversa daquela elencada na Lei de Licitações, como, por exemplo, certidão negativa de débitos trabalhistas.

Argumentou-se, também, no sentido da necessidade da prática da terceirização pela Administração Pública, como forma de reservar apenas as funções típicas de Estado aos servidores públicos, celetistas ou estatutários, de modo a diminuir o papel do Estado para que ele se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade.

Por fim, alegou-se a impossibilidade de se atribuir um dever ao Estado – especialmente um dever que compromete o erário – por meio de uma súmula de jurisprudência dominante de um tribunal superior. Somente a lei em sentido formal é expressão da vontade geral e por isso somente ela pode impor obrigações à Administração Pública e restringir direitos dos particulares.

Requereu-se ao Supremo Tribunal Federal a declaração liminar da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para o fim de determinar que

os juízes e tribunais suspendessem imediatamente todos os processos que envolvessem a aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST, até o julgamento definitivo da ADC, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão que impeça ou afaste a eficácia do referido dispositivo legal. Pleiteou-se, ainda em caráter liminar, a suspensão, com eficácia *ex tunc*, dos efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da norma ou que tenham aplicado o inciso IV da Súmula 331 do TST.

O pedido principal, por sua vez, era no sentido da declaração da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em caráter definitivo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Em 10/5/2007, o relator do processo, Ministro Cezar Peluso, proferiu decisão de indeferimento do pedido liminar. Fundamentou no sentido de que a complexidade da causa de pedir em que se baseava a pretensão impedia que, em juízo prévio e sumário, se configurasse a verossimilhança necessária à concessão da medida urgente, especialmente uma medida tão grave quanto a de obstar o julgamento de inúmeros processos judiciais que envolvam a aplicação do dispositivo.[130]

A União e diversos Estados e Municípios requereram a participação no feito na condição de *amicus curiae*. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho apresentou informações. O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido.[131]

Em 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão final: por maioria de votos, foi declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.[132] Acordaram os ministros no sentido de que não se poderia imputar à Administração Pública responsabilidade subsidiária pelo pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços de forma automática, isto é, presumindo a existência de culpa do ente público pela ocorrência desse

---

[130] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

[131] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

[132] Importante esclarecer que o acórdão da ADC nº 16 ainda não foi publicado pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que as informações acerca do resultado final da decisão foram extraídas de notícia disponibilizada no site do STF.

inadimplemento ou reconhecendo ser objetiva a sua responsabilidade, como vinha fazendo a Justiça do Trabalho até então.

De outro lado, manifestaram o entendimento de que a declaração de constitucionalidade do dispositivo não impede o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública nos casos em que restar comprovado que ela realmente concorreu culposamente para o inadimplemento, ou seja, que faltou ou falhou no momento de fiscalizar se a empresa prestadora dos serviços estava cumprindo suas obrigações perante os empregados terceirizados.

O voto vencido, proferido pelo Ministro Ayres Britto, foi no sentido de que, tendo em vista que a terceirização de serviços, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional, o ente estatal, em casos de inadimplência da empresa prestadora, tem de se responsabilizar pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados.

Em razão do entendimento fixado na ADC nº 16, o STF deu provimento a uma série de Reclamações que haviam sido ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho, cujo julgamento havia sido suspenso até que ocorresse o pronunciamento na ADC. Ao dar provimento a essas reclamações, o STF cassou os acórdãos impugnados e determinou, em cada uma delas, que outros fossem proferidos em seu lugar, levando em consideração a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16.

Nesse sentido:

> Agravo Regimental em Reclamação. 2. Direito do Trabalho. Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de Órgão Fracionário. Violação à Cláusula de Reserva de Plenário. Súmula Vinculante 10. Ocorrência. 3. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação.[133]

[133] STF. Rcl 9894 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010.

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16, expectativas surgiram em relação a qual seria o posicionamento adotado pela Justiça do Trabalho para resolver as reclamatórias trabalhistas movidas por empregados que, inseridos no contexto da terceirização, diante do não-pagamento das verbas que lhe eram devidas pela empresa com quem celebrara o contrato de trabalho, pretendiam vê-las adimplidas pelos entes estatais tomadores de serviço.

Vejamos.

3.3 A nova redação da Súmula 331 do TST

A decisão do STF na ADC nº 16, como não poderia deixar de ser, dada a sua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, operou reflexos nos julgamentos da Justiça do Trabalho. Se até então os juízes do trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho imputavam responsabilidade subsidiária ao ente estatal tomador dos serviços de forma automática, como autorizava o inciso IV da Súmula 331, a partir da decisão do STF isso não mais poderia ser feito.

Tornou-se imperiosa uma análise mais aprofundada, por parte do julgador, do caso concreto a ser julgado, já que a partir de agora só se poderia atribuir à Administração Pública o pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado e inadimplidas pela empresa prestadora quando ficasse demonstrado que aquela atuou de forma culposa, contribuindo, em virtude dessa atuação (ou omissão), para o inadimplemento. Em outras palavras: não se poderia mais falar em culpa presumida ou responsabilidade objetiva.

O juiz passou a ter de averiguar, caso a caso, com base nas provas constantes nos autos, se o ente estatal tomador do serviço falhou ou faltou com o seu dever de averiguar, previamente à contratação da empresa prestadora dos serviços, a idoneidade econômica desta (ou seja, se ela era uma boa pagadora, se ela não possuía dívidas de qualquer ordem), ou se o ente falhou ou faltou com o seu dever de fiscalizar se a empresa vinha cumprindo com suas obrigações perante seus empregados. Se não ficasse comprovada essa atuação culposa, inviável a

atribuição da responsabilidade subsidiária; prevaleceria o disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

Nesse contexto, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu modificar a redação da Súmula 331 do TST. De fato, era necessária a sua adequação ao teor da decisão do Supremo, e uma forma de estimular que as decisões da Justiça do Trabalho como um todo se harmonizem ao mais novo entendimento acerca da questão. Afinal, é de se registrar que muitas decisões proferidas após o julgamento da ADC nº 16 não atentaram às novas diretrizes lançadas pelo STF acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública, condenando os entes estatais tomadores de serviços com base na ideia de culpa presumida.[134]

A primeira alteração foi no inciso IV da Súmula. Por unanimidade, decidiu-se que ele passaria a ter a seguinte redação:

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

Verifica-se que, nessa parte, a mudança consistiu, basicamente, na retirada da expressão "inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista", que inicialmente não constava no inciso IV, mas fora inserida com a modificação operada no ano de 2000.

A segunda modificação decorreu de decisão por maioria de votos, e consiste no acréscimo do inciso V à Súmula 331:

> 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 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida

[134] A título exemplificativo, as seguintes decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: RO nº 0046600-59.2009.5.04.0024, Rel. Ione Salin Gonçalves, j. em 19/01/2011; RO nº 0146900-59.2009.5.04.0402, Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, j. 16/03/2011; RO nº 0021900-23.2009.5.04.0831, Rel. Flávia Lorena Pacheco, j. em 06/04/2011; RO nº 0105800-32.2009.5.04.0271, Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, j. em 14/04/2011.

> responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

À unanimidade, o Pleno aprovou ainda a inserção do inciso VI, que assim prevê:

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

Ao que tudo indica, a nova redação conferida à Súmula 331 bem representa o entendimento firmado pela Corte Suprema, no sentido de ser possível a responsabilização dos entes integrantes da Administração Pública que figuram como tomadores de serviços apenas quando restar comprovado, no caso concreto, que atuaram de forma culposa no que toca ao cumprimento dos deveres que lhes são impostos pela Lei de Licitações, principalmente o de fiscalizar se a empresa prestadora cumpria regularmente com as suas obrigações perante seus empregados.

Vê-se que a culpa do tomador não poderá mais ser presumida; deverá, isto sim, estar evidenciada nos autos, como prevê o inciso V. Deve-se atentar, contudo, ao fato de que ao trabalhador que ajuizou a reclamatória trabalhista a comprovação da conduta culposa do ente estatal seria impossível. De que forma ele teria acesso aos documentos relacionados ao procedimento licitatório, à contratação da empresa prestadora, à fiscalização do cumprimento do contrato, enfim, às relações travadas exclusivamente entre o ente tomador e a empresa prestadora?

Sendo assim, embora a regra da responsabilidade civil subjetiva seja a de que a parte que alega a existência de conduta culposa por parte de outrem tem o ônus de comprová-la, no caso do empregado terceirizado que pretende a responsabilização subsidiária do ente estatal, inverter-se-á o ônus da prova: é o ente estatal quem deve comprovar que agiu de forma correta, que cumpriu com os deveres que lhe são impostos pela Lei de Licitações, que tomou todos os cuidados devidos quando da escolha da empresa a ser contratada, que empreendeu todos os esforços em fiscalizar se a empresa prestadora vinha cumprindo com as suas obrigações perante seus empregados; enfim, que não agiu culposamente. Não o

fazendo, ou o fazendo de forma insuficiente, será responsabilizado subsidiariamente pelo pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora.

Nesse sentido o teor do voto proferido pela 8ª Turma do TST nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 4630853-60.2010.5.05.0000[135]:

> (...) compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em Lei. Do contrário, ou seja, caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador.

Também esse o entendimento firmado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Confira-se:

> (...) A despeito de não ser o mero inadimplemento causa à responsabilidade do ente público - tal como previsto na nova redação da Súmula 331 do TST - entende este Relator que, pelo princípio da aptidão para a prova, é ônus do ente público demonstrar que foi diligente na fiscalização do contrato, sendo a conduta culposa deste (omissão) presumível diante dos fatos narrados na petição inicial. Ou seja, embora a notícia nos autos seja de mero inadimplemento, é da administração o dever de demonstrar que fiscalizou a prestação de serviços e, ainda, que tomou as medidas cabíveis - aplicação das multas e penalidades previstas no contrato firmado com a empresa por meio de licitação. Não tendo a segunda ré juntado qualquer prova nesse sentido, deve ser condenada subsidiariamente, pela sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.[136]

---

[135] AIRR 4630853-60.2010.5.05.0000, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 8ª Turma, j. em 01/06/2011.

[136] RO nº 0110100-71.2009.5.04.0001, Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, j. em 02/06/2011. Nesse sentido também: RO nº 0000181-25.2010.5.04.0871, Rel. Maria Madalena Telesca, j. em 02/06/2011; RO nº 0221700-80.2008.5.04.0018, Rel. Flávio Portinho Sirangelo, j. em 01/06/2011.

A aferição da conduta culposa, em última análise, ficará a cargo do juiz, que, com base nas provas constantes nos autos – ou na ausência destas – decidirá pela responsabilização ou não do ente estatal tomador dos serviços.

Sobre as provas a serem produzidas pela Administração Pública para o fim de comprovar a adequação de sua conduta, manifestou-se o TRT da 4ª Região no sentido de que, para configurar a regularidade do processo licitatório e da contratação da empresa prestadora, não é o bastante a simples juntada de cópia do contrato firmado. Nos termos da Lei nº 8.666/93, o ente público tem o dever de demonstrar a prova da qualificação econômico-financeira da empresa para habilitação em licitação (art. 27, III c/c art; 31); a habilitação preliminar (art. 51); o contrato e suas cláusulas (arts. 54 e 55) e eventual prestação de garantia (art. 56), tudo nos termos formais (art. 61); comprovar a efetiva fiscalização da execução do contrato (arts. 67 e 68); e comprovar os motivos para eventual rescisão do contrato (art. 78).[137]

O novo posicionamento acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública é muito recente, mas as mudanças, aos poucos, estão sendo absorvidas pela jurisprudência trabalhista.

Sem dúvida, nem todos os fundamentos que respaldavam o “velho” entendimento foram mantidos. Hoje, é inviável sustentar a possibilidade de atribuir responsabilidade ao ente estatal tomador dos serviços com base na teoria do risco administrativo ou do abuso de direito. De outro lado, as noções de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* mantiveram-se.

Quanto ao princípio da proteção do trabalhador, parece ter sido mitigado, já que haverá casos em que a Administração Pública será isenta de qualquer responsabilidade pelos encargos devidos a um empregado que laborou em seu benefício. Nessa senda, a inversão do ônus probatório aparece como forma de atenuar os resultados nocivos que o novo posicionamento trouxe ao trabalhador inserido no contexto da terceirização de serviços, uma vez que torna mais difícil ao ente estatal desincumbir-se da responsabilização.

---

[137] RO nº 0118400-43.2009.5.04.0382, Rel. Hugo Carlos Scheuermann, j. em 02/06/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atribuição de responsabilidade subsidiária à empresa tomadora de serviços pelo pagamento de verbas trabalhistas devidas ao empregado inserido no contexto da terceirização é fruto de construção jurisprudencial e encontra amparo, principalmente, no princípio da proteção do trabalhador.

E não poderia ser diferente. O empregado terceirizado, em regra, encontra-se em posição menos favorável relativamente aos trabalhadores envolvidos em relações de emprego típicas: percebe salários menores, não se insere efetivamente na estrutura do empreendimento para o qual despende sua força de trabalho, não tem a oportunidade de enquadrar-se nos planos de carreira da empresa, não tem representação sindical no ambiente em que labora, etc. Assim, se a proteção do trabalhador é princípio de inegável aplicabilidade no direito do trabalho, com mais razão se deve buscar efetivá-lo em situações que envolvam terceirização.

Foi essa a tentativa do Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula 331, no ano de 1993, prevendo, entre outras questões, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados, por parte da empresa prestadora, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

A fim de sanar qualquer dúvida, no ano de 2000 o TST reeditou a Súmula, para nela fazer constar expressamente que a imputação da responsabilidade era possível, também, relativamente aos tomadores de serviços componentes da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Foi aí que surgiu a controvérsia. Os entes estatais resistiam a submeter-se a essa disposição, sob a alegação de que ela iria de encontro ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, o qual prevê que a inadimplência da empresa prestadora, quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais que lhe competem, não transfere à

Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. De outro lado, a jurisprudência e doutrina trabalhistas esforçavam-se em explicitar fundamentos que justificavam a atribuição da responsabilidade subsidiária, na forma em que prevista na Súmula 331.

Sob a ótica juslaboral, além do princípio da proteção do trabalhador, a responsabilidade subsidiária decorre da culpa *in eligendo*. Incorre a Administração Pública em culpa *in eligendo* quando falha no momento de escolha da empresa prestadora de serviços, escolha esta que é feita por meio de procedimento licitatório, como determina a Constituição Federal. Nesse procedimento, a Administração tem o dever de exigir das empresas proponentes a apresentação de documentação que comprove sua idoneidade econômica e sua condição de boa pagadora. Por isso, o superveniente inadimplemento por parte da empresa contratada revela que houve falha do ente público quando da eleição dessa empresa, de modo que lhe caberá arcar com o pagamento das verbas trabalhistas que esta deixou de pagar aos empregados terceirizados.

Além desse cuidado prévio à contratação, o ente estatal tem deveres a serem cumpridos durante a execução do contrato de prestação de serviços, dentre eles o de fiscalizar se a empresa contratada vem cumprindo regularmente com as suas obrigações perante seus empregados. O inadimplemento dessas obrigações pela contratada é sinal de que o ente público falhou nessa fiscalização, atuando com culpa *in vigilando* e, consequentemente, atraindo para si a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas a esses empregados.

Também pode ser encarada como objetiva a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços, com fundamento na teoria do risco administrativo. Entende-se que o ente estatal, ao celebrar o contrato de prestação de serviços, assume os riscos inerentes a essa contratação, dentre eles o de uma eventual e futura inadimplência por parte da empresa prestadora perante seus empregados. A assunção do risco nada mais é do que uma contrapartida aos benefícios resultantes da prática terceirizante, e implica no dever de responder independentemente de culpa do tomador.

Ademais, a recusa do ente público em arcar com o pagamento das verbas devidas ao trabalhador em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora configura verdadeiro abuso de direito: é completamente contrário à boa-fé objetiva e à moralidade pública – princípios que devem pautar a atuação estatal – permitir que esse trabalhador fique desamparado quando foi em benefício e no interesse da Administração Pública que ele despendeu sua força de trabalho.

Com base nesses fundamentos, a jurisprudência atribuía responsabilidade subsidiária ao ente público tomador de serviços de forma automática, isto é, em todos os casos em que houvesse inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora e fosse o ente público acionado judicialmente pelo empregado terceirizado, aquele era condenado ao pagamento.

Mas a partir do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal essa situação se modificou. Nessa ação, o Supremo decidiu ser constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações e, consequentemente, que não se poderia mais atribuir responsabilidade à Administração Pública de forma automática, como até então vinha ocorrendo. Contudo, manifestou-se pela possibilidade de responsabilização do ente público nos casos em que restar comprovado que ele concorreu culposamente para o inadimplemento, ou seja, que faltou ou falhou no momento de fiscalizar se a empresa prestadora vinha cumprindo com as obrigações havidas com os empregados terceirizados.

Em decorrência dessa decisão, o Tribunal Superior do Trabalho resolveu alterar a Súmula 331. Atualmente, consta da Súmula que os entes integrantes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente apenas quando evidenciada a sua conduta culposa no que toca ao cumprimento dos deveres que lhes são impostos pela Lei de Licitações, principalmente a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, de modo que a responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Ou seja: não há mais que se falar em culpa presumida ou responsabilidade objetiva da Administração.

Os julgamentos proferidos pelos órgãos da Justiça do Trabalho vêm refletindo esse novo posicionamento, como não poderia deixar de ser. Todavia, reconhece a jurisprudência que a comprovação da conduta culposa da Administração pelo trabalhador seria inviável, não tendo ele acesso aos documentos relacionados à relação contratual havida entre tomadora e prestadora. Por isso, o ônus da prova é invertido: é o ente público quem tem que comprovar judicialmente que agiu de forma correta e cumpriu com os deveres que lhe cabiam, sob pena de ser responsabilizado.

De qualquer forma, nos casos em que o tomador lograr comprovar a regularidade de sua conduta, será isento de qualquer responsabilidade, ficando o trabalhador sem receber o pagamento das verbas que lhe foram reconhecidas como devidas.

Essa nova visão acerca da responsabilidade da Administração Pública, inegavelmente, representa um retrocesso em termos de proteção ao trabalhador. Toda a sólida base teórica que a doutrina e a jurisprudência trabalhistas até então haviam construído com vistas a efetivar esse princípio parece ter sido menosprezada. Se antes o empregado terceirizado redirecionava seu pedido àquele que, embora não fosse seu empregador, havia se beneficiado de sua força de trabalho, e sempre obtinha provimento favorável, não mais é assim. A imputação ou não de responsabilidade dependerá das provas que a Administração Pública vier a produzir no processo e da valoração que, sobre elas, fará o julgador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes. *Direito e Processo do Trabalho*. São Paulo: Premier, 2008.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 04 de março de 2011.

_____. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../D2271.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 05 de março de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/.../decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2011.

_____. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Disponível em: <http//www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5645.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2011.

_____. Lei nº 6.019, 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 15 de março de 2011.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de julho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7102.htm>. Acesso em: 15 de março de 2011.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L8666cons.htm>. Acesso em: 04 de março de 2011.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2011.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Instrução Normativa nº 3, de 1º de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.mte.gov.br>. Acesso em: 15 de março de 2011.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 16. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 409572 AgR. Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. em 04/02/2003, DJ 07/03/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 453737 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma, j. em 07/10/2003, DJ 05/12/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 468657 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 10/02/2004, DJ 30/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 457865 AgR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 29/06/2004, DJ 13/08/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 431286 AgR. Rel. Min. Cezar Peluso. 1ª Turma, j. em 03/08/2004, DJ 03/09/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 429849 AgR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma, j.em 22/02/2005, DJ 18/03/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 524958 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 08/03/2005, DJ 29/04/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 525020 AgR. Rel. Min. Carlos Britt, 1ª Turma, j. em 26/04/2005, DJ 30/09/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 507214 AgR. Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 25/10/2005, DJ 02/12/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 580049 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 18/04/2006, DJ 29/09/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 617362 AgR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 06/02/2007, DJ 09/03/2007.

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

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

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7847. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 16/04/2009, DJ 22/04/2009.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8150 AgR. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 24/11/2010, DJ 02/03/2011.

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

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 321 da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 03 de abril de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 383 da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 03 de abril de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 de março de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. IUJ-RR nº 297751-31.1996.5.04.5555. Rel. Min. Milton de Moura França, 4ª Turma, j. em 29/11/2000, DJ 09/02/2001.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 4630853-60.2010.5.05.0000. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 8ª Turma, j. em 01/06/2011, DJ 03/06/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0094600-79.2007.5.04.0018, Rel. Maria Madalena Telesca, j. em 12/05/2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0046600-59.2009.5.04.0024. Rel. Ione Salin Gonçalves, j. em 19/01/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0146900-59.2009.5.04.0402. Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, j. 16/03/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0021900-23.2009.5.04.0831. Rel. Flávia Lorena Pacheco, j. em 06/04/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0105800-32.2009.5.04.0271. Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, j. em 14/04/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0110100-71.2009.5.04.0001. Rel. Clóvis Fernando Schuch Santos, j. em 02/06/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0000181-25.2010.5.04.0871. Rel. Maria Madalena Telesca, j. em 02/06/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0221700-80.2008.5.04.0018. Rel. Flávio Portinho Sirangelo, j. em 01/06/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO nº 0118400-43.2009.5.04.0382, Rel. Hugo Carlos Scheuermann, j. em 02/06/2011.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

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

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. Vol. 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1994.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços. *Ciência Jurídica do Trabalho*. Ano XI. Nº 70. Jul/2008.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Comentários às Súmulas do TST*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A Terceirização Trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA, Carlos Magno de. Terceirização, interesse público e o *venire contra factum proprium*. *Revista do Direito Trabalhista*. Ano 16. Nº 10. Out/2010.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; e FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.