

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS – UEA
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS – ESO
CURSO DE DIREITO

Agnus da Silva Ferreira

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE OS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Manaus-AM

2017

AGNUS DA SILVA FERREIRA

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE OS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas como requisito para colação de grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. MSc. Gláucia Maria de Araújo Ribeiro.

Manaus-AM

2017

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

Ficha catalográfica

F439	Ferreira, Agnus da Silva. Responsabilidade do Estado perante os contratos de terceirização / Agnus da Silva Ferreira. – Manaus: Universidade do Estado do Amazonas – UEA, 2017. 61f. ; 23cm. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade do Estado do Amazonas, Escola Superior de Ciências Sociais. Curso Bacharelado em Direito, 2017. Orientadora: Glaucia Maria de Araújo Ribeiro, Prof. Msc. 1. Direito Administrativo. 2. Responsabilidade Civil. 3. Administração Pública. 4. Terceirização. 5. Responsabilidade Subsidiária. I. Ribeiro, Glaucia Maria de Araújo. II. Universidade do Estado do Amazonas. III. Título. CDU 342.2
------	--

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

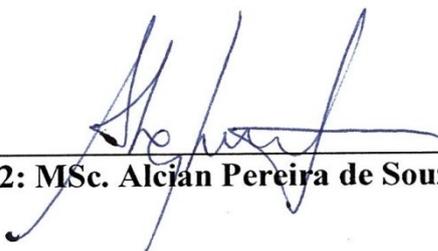
AGNUS DA SILVA FERREIRA

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE OS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a): MSc. Gláucia Maria de Araújo Ribeiro



Membro 2: MSc. Alcian Pereira de Souza



Membro 3: MSc. Adelson Silva dos Santos

Manaus,  de Dezembro de 2017.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, pois sem ele, eu não teria forças para essa longa jornada.

Agradeço à minha família, por todo o apoio, estando comigo em todos os momentos, sempre me incentivando.

Agradeço aos amigos, tanto aos que fiz quanto aos que cultivei ao longo da graduação.

Aos professores, MSc. Alcian Pereira de Souza e MSc. Adelson Silva dos Santos, por terem aceitado comporem minha banca avaliadora, ajudando na conclusão desta etapa.

Agradeço especialmente à minha orientadora, professora MSc. Glaucia Maria de Araújo Ribeiro, por ter me aceito como orientando, aos seus valiosos conselhos e sua paciência em corrigir minhas falhas.

RESUMO

Os contratos de prestação de serviços terceirizados geram diversas consequências no aspecto jurídico. Os seus desdobramentos merecem maior atenção quando é a Administração Pública que utiliza esse instituto jurídico, tendo em vista que o interesse da coletividade estará presente nesses casos. Pode-se destacar ainda a responsabilidade civil do ente público que contrata com empresas prestadoras de serviços terceirizados, casos em que o Poder Público deverá financeiramente arcar ou não pelos danos causados aos particulares. Nesse sentido, é pacífico o entendimento de que o ente estatal responde solidariamente pelos encargos previdenciários e que é irresponsável pelos encargos fiscais e comerciais. Quanto aos haveres trabalhistas há várias divergências que circundam a matéria. *Ab initio* sua previsão legislativa consubstanciada na Lei n. 8.666/1993 determinava a irresponsabilidade estatal. Ainda no mesmo ano, o Enunciado n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabeleceu a responsabilidade subsidiária em face ao mero inadimplemento da empresa prestadora. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16/2010 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, decidindo, porém, que a Administração Pública pode responder subsidiariamente desde que comprovada sua atuação com *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*. Entendimento esse que serviu como base para a última alteração da redação do Enunciado n. 331 do TST, que atualmente adota esse mesmo posicionamento.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil. Administração Pública. Terceirização. Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT

Contracts for the provision of outsourced services have several legal consequences. Its developments deserve greater attention when it is the Public Administration that uses this legal institute, since the interest of the collectivity will be present in these cases. It is also possible to highlight the civil responsibility of the public entity that contracts with companies that provide outsourced services, in which cases the Public Power will have to pay financially or not for the damages caused to the individuals. In this sense, the understanding that the state entity is jointly and severally liable for social security charges and that it is irresponsible for the fiscal and commercial charges is irreconcilable. How many of the labor assets there are several divergences that surround the matter. Ab initio its legislative forecast embodied in Law n. 8.666/1993 determined the state irresponsibility. Also in the same year, the 331 of the TST established subsidiary liability in the face of the mere default of the service provider. In ADC n. 16/2010 the STF declared the constitutionality of art. 71, paragraph 1, of Law n. 8.666/1993, however, that the Public Administration may respond subsidiarily, provided that its performance is proven with fault in choosing or guilty in supervision. This understanding served as the basis for the last change in the writing of the TST 331, which currently adopts this same position.

Keywords: Administrative Law. Civil Liability. Public administration. Outsourcing. Subsidiary liability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. CAPÍTULO I – Responsabilidade Civil do Estado no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	10
2.1 Histórico conceitual	10
2.2 Tipos de responsabilidade civil.....	11
2.3 Fases da responsabilidade do Estado.....	16
2.4 Teorias da responsabilidade administrativa.....	19
3. CAPÍTULO II – Enquadramento dos contratos de terceirização na Administração Pública.....	22
3.1 Conceito e aplicação.....	22
3.2 Limitação ao poder de terceirizar serviços.....	26
3.3 Terceirização lícita x ilícita.....	32
3.4 Obrigatoriedade de licitação para a Administração Pública contratar serviços.....	37
4. CAPÍTULO III – Responsabilidade subsidiária estatal quantos aos danos provenientes da terceirização.....	39
4.1 A irresponsabilidade estatal decorrente do Artigo 71, § 1º, Lei n. 8.666/1993.....	39
4.2 Responsabilização da Administração Pública em face ao Enunciado n. 331, TST.....	43
4.3 Constitucionalidade do Enunciado n. 331, TST.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
6. REFERÊNCIAS.....	56

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da responsabilidade do Estado frente aos contratos de terceirização realizados pela Administração Pública.

O primeiro capítulo apresenta a responsabilidade civil do Estado, mostrando o conceito e histórico desse tema, assim como suas diferentes aplicações quanto sua relação com a terceirização, definindo assim as características iniciais para o entendimento do assunto proposto.

O segundo capítulo trata da terceirização e sua adoção pela Administração Pública, explicando como ocorreu seu surgimento e como se dá sua utilização pelos entes administrativos, sendo apresentada sua evolução no que tange à legislação que rege sua implementação.

Para o fechamento do trabalho, há análises de julgados e de posicionamentos na doutrina sobre os tipos de responsabilização que pode haver para o Estado, a função e utilização de cada tipo.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Histórico conceitual

O termo responsabilidade é um substantivo feminino que deriva do latim *respondere*, que significa “responder por”, logo, expressa a obrigação de um indivíduo em responder pelas consequências do seu comportamento ou de outras pessoas perante terceiros ou à sociedade. Ressalta-se que não é algo exclusivo para adultos, visto que qualquer pessoa pode exercer atividades que estejam em conformidade com sua idade.

Para o Direito, a responsabilidade é uma obrigação jurídica derivada da violação de direitos de outrem, e o dever do indivíduo arcar com suas falhas perante o ordenamento jurídico. Salienta-se a divisão da responsabilidade em civil, administrativa e penal.

A Responsabilidade civil é a obrigação de indenizar a vítima pela ocorrência de um dano causado pela sua conduta ou de pessoas que sejam suas dependentes, ou ainda, pode ser a consequência para alguém que infringe alguma norma.

A Responsabilidade administrativa se define quando há a violação de normas administrativas, tomando por base o poder do ente público de impor sanções aos seus servidores públicos dentro das competências institucionais.

Por fim, temos a responsabilidade penal, a qual visa manter a manutenção da ordem social, aplicando uma sanção punitiva ao agente causador do dano, punição esta que só poderá ser aplicada se houver a vedação legal sobre violação de tal conduta, definições essas defendidas por Pablo de Paula Saul Santos¹, (2017).

¹ SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 7 de dez de 2017.

Analisando a responsabilidade civil da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, pág. 397 – 406)² critica essa denominação, posto que a administração pública não possui personalidade jurídica, nem tem direitos e deveres na ordem civil, diferentemente do Estado. Porém esse termo passou a ser usual para indicar a responsabilidade estatal e a responsabilidade da Administração Pública Indireta.

Ressalta-se ainda que, conforme Sérgio Cavalieri Filho (2012, pág. 02 - 05)³, a responsabilidade necessita que haja alguns elementos para que exista. O primeiro elemento é o fato: ele pode ser a ação ou omissão do agente que resulte no dano, tem por regra ser uma conduta ilícita. Outro elemento é o dano: é o próprio prejuízo causado, podendo ser individual ou coletivo e patrimonial ou extrapatrimonial. O terceiro elemento necessário é o nexo de causalidade: decorrente da relação de causa e efeito entre o dano causado e a ação ou omissão do agente. Por último, a atuação do agente por culpa ou dolo: significando avaliar se o agente é merecedor de reprovação pela sua conduta.

2.2 Tipos de responsabilidade civil

Conforme a origem da responsabilidade e o elemento subjetivo da conduta, pode-se dividir a responsabilidade civil em espécies, para que se facilite o entendimento. O autor Sérgio Cavalieri Filho (2012, pág. 15 - 18) preceitua que essa divisão é feita em cinco tipos, que são: subjetiva, objetiva, contratual, extracontratual ou nas relações de consumo, porém outros autores, como Lissandra de Ávila Lopes⁴ (2006, pág. 44) a dividem ainda como: pré-contratual ou pós-contratual.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 397/406.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 15/18.

⁴ LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil*. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v. 1, n. 3. pág. 44-54, nov. 2006. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>>. Acesso em: 21 ago de 2017.

A responsabilidade subjetiva é caracterizada fundamentalmente, nos termos do artigo 186 do Código Civil de 2002 (CC/2002)⁵, pela culpa do agente em seu sentido amplo, que engloba não somente a culpa como também o dolo, visto que ninguém merece ser antecipadamente julgado por uma conduta sem que antes haja uma falta de cautela em seus atos.

Assim, Sérgio Cavalieri Filho (2012, pág. 08) explicita que para haver a obrigação de determinada pessoa a compensar o dano à vítima, deve-se comprovar a intenção da conduta (dolo) ou que o agente agiu com negligência, imprudência e imperícia (culpa). Porém, se não houver comprovação sobre esses casos, caberá a vítima suportar os prejuízos, como se estes houvessem sido causados em virtude de caso fortuito ou força maior.

O ato ilícito surge de uma conduta culposa, que viola direito alheio e causa-lhe dano, e esse ato traz consigo o dever de indenizar, conforme artigo 927 do CC/ 2002⁶, logo, ressalta-se que essa violação de direitos deve ser entendida como sendo todo e qualquer direito subjetivo: à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.

Na responsabilidade objetiva, por sua vez, não há a necessidade de ato ilícito, nem de comprovação de culpa ou dolo para haver a necessidade de reparação do dano, pois nesse caso o dano é gerado por uma atividade que é juridicamente legal, porém que acarreta uma ameaça ao nexos causal. Assim, surge a teoria do risco, que preenche as lacunas deixadas pela culpabilidade, teoria esta que admite reparar o dano sofrido, independente da culpa.

⁵ 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.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

O autor Mário Moacyr Porto citado por Ricardo Pereira Lira (2012)⁷ alega que a teoria da culpa prevalece como direito comum ou regra geral da responsabilidade civil, enquanto a teoria do risco se encaixa nos casos que lhe são reservados⁸. Rui Stoco⁹ complementa que esse tipo de responsabilidade se fixa na equação binária, tendo como polos: o dano e a autoria do dano, sem considerar a imputabilidade ou realizar investigação sobre a antijuridicidade do evento danoso. O terceiro e quarto tipos de responsabilidade civil são a contratual e a extracontratual, que ocorrem quando há um dever que não é cumprido, podendo este dever ser oriundo de um contrato, ser imposto como preceito geral de Direito ou ser uma obrigação imposta pela lei, sendo assim divididos conforme a qualidade da violação.

Nesses termos, a responsabilidade contratual, também de chamada de ilícito contratual ou relativo, surge quando existe um vínculo obrigacional preexistente e há uma violação deste, porém há a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto, quando ocorre lesão a direito subjetivo, sem que preexista qualquer relação jurídica, que a

⁷ PORTO, Mário Moacyr. *Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual* citado por LIRA, Ricardo Pereira. *Ato ilícito*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral Vol. 49. 2012. Págs. 85-86. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=827035>> Acesso em: 07 de dez de 2017.

⁸ O caso que deu surgimento à Responsabilidade civil do Estado foi o caso Blanco, conforme narrado por Jéssica Vasconcelos Carvalho, em <<http://alexandreadministrativo.blogspot.com.br/2011/05/o-caso-blanco.html>> Em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco, 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica de processamento de tabaco, foi atropelada e ferida gravemente por um vagonete que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada. O vagonete pertencia a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bourdeax e era conduzido por quatro empregados. Inconformado, o pai da menina, Jean Blanco, ingressou, em 24 de janeiro de 1872, no tribunal de justiça (civil) com uma ação de indenização (reparação de danos) contra o Estado, alegando a responsabilidade civil (patrimonial) pela falta cometida por seus quatro empregados. A chamada *faut du service*. Surgiu, então, um conflito entre a jurisdição judicial (causas entre particulares – civil) e a jurisdição administrativa (causas em que o Estado é parte), sendo o Tribunal de Conflitos responsável por decidir de quem era a competência para julgar a causa. A corte, composta por quatro membros de cada jurisdição, enfrentou um impasse, posto que houve um empate (4 x 4). O Ministro da Justiça, Jules Dufaure, presidente do Tribunal de Conflitos, denominado Guardião dos Selos, desempatou, usando sua prerrogativa do Voto de Minerva, em favor do Conselho do Estado, a jurisdição administrativa. Diante dessa decisão superior, prevaleceu a decisão do Conselho do Estado que concedeu uma pensão vitalícia à vítima, lançando, assim, as bases da *Teoria do Risco Administrativo* que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes.

⁹ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisdicional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

possibilite, entre o ofensor e a vítima.¹⁰ Segundo Ricardo Pereira Lira (2012, págs. 85/86):

o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado de ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos tem como fonte os contratos.

Se a transgressão pertinente a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato.

Resumidamente, nessas duas formas de responsabilidade civil haverá a violação de um dever jurídico preexistente, estando a diferença na sede desse dever. Há a responsabilidade extracontratual quando a obrigação que não foi cumprida estiver expressa em lei ou ordem jurídica, e responsabilidade contratual quando o dever violado tiver previsão contratual, sendo infringido o comportamento acordado entre as partes.

Porém, essa divisão no sistema jurídico brasileiro não é totalmente separada, existe uma ligação entre essas duas responsabilidades, pois as regras trazidas pelos artigos 393, 402 e 403, do CC/ 2002¹¹, para a responsabilidade contratual são as mesmas utilizadas para a responsabilidade extracontratual.

¹⁰SILVA, Giselle Miranda Ratton . *Responsabilidade contratual e extracontratual*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual>>. Acesso em: 7 de dez de 2017.

¹¹Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Há doutrinadores que são adeptos à teoria unitária, ou monista, estes, criticam essa dicotomia, pois defendem que os aspectos sobre os quais a responsabilidade civil se apresentam não fazem MsC. Glaucia Maria de Araújo Ribeiro tanta diferença, já que seus efeitos serão uniformes, porém, nos códigos dos países em geral, a teoria acolhida é a dualista, ou clássica.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ultrapassou essa distinção clássica de responsabilidade contratual e extracontratual quando se diz respeito à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, pois trata o fornecedor como responsável pela violação do dever de segurança, quando devido a defeito no produto ou serviço lançado no mercado ocorre um acidente de consumo. Essa, é a última espécie de responsabilidade civil trazida por Sérgio Cavaleiri Filho (2012, pág. 510), a responsabilidade civil na relação de consumo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) determina em seu artigo 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, quando o CDC entrou em vigor, trouxe em seu artigo 1º¹² a premissa de que suas normas são de ordem pública e de interesse social, positivando, portanto, os valores da sociedade e sendo de observância obrigatória. Criou-se, portanto, uma sobreestrutura jurídica, que se aplica a todas as relações de consumo do país.

Devido ao grande consumo de bens e serviços, pode-se dizer que a responsabilidade civil atualmente, se divide em: responsabilidade tradicional e responsabilidade nas relações de consumo, esta criada através do CDC, sendo esta objetiva e sendo instituída no dever do fornecedor de oferecer segurança em relação aos produtos e serviços lançados no mercado.

Quanto às classificações externas à visão de Sergio Cavaliere Filho, a responsabilidade civil pré-contratual é entendida como a violação de obrigação na etapa que antecede a celebração do contrato, após o início da negociação. Conforme Lissandra de Ávila Lopes (2006, pág. 46)¹³ pode ser dividida de duas

¹²Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹³LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil*. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do

maneiras: a discussão simples das premissas de um contrato futuro ou momento de profunda negociação das bases do contrato, que possibilita o início de um contrato preliminar. José Affonso Dallegrave Neto (2008) citando Lucimar Pedroso de Andrade¹⁴ alega que, o dano pré-contratual provém de um dever de comportamento perante os sujeitos do contrato, e não do descumprimento da obrigação principal do contrato, sendo portanto, a confiança negocial como fundamento para a responsabilidade civil.

O último tipo de responsabilidade civil é a pós-contratual, que se caracteriza pela responsabilização aos prejuízos ocorridos após a extinção do contrato, não dependendo do adimplemento do dever. Conforme Lissandra de Ávila Lopes (2006, pág. 9), esse tipo de responsabilidade é de suma importância, já que está relacionada ao inadimplemento de deveres acessórios de proteção, lealdade e informações que permanecem após a conclusão ou extinção do contrato entre as partes.

Lissandra de Ávila Lopes (2006, pág. 9) ressalta a falta de casos concretos dessa responsabilidade, devido a dificuldade para se comprovar a ocorrência de um dano causado pelo inadimplemento de deveres acessórios de boa-fé objetiva.

2.3 Evolução da responsabilidade civil da Administração Pública

A responsabilidade administrativa do Estado está inserida nos casos de responsabilidade objetiva previstos na legislação brasileira, para que isso acontecesse houve uma evolução até chegar nesse estágio em que se encontra, passando nesse período de evolução por várias das teorias.

Teoria da irresponsabilidade do Estado – essa teoria considera a responsabilidade pecuniária da administração como um obstáculo para a

Sul, v. 1, n. 3. pág. 44-54, nov. 2006. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>>. Acesso em: 21 de ago de 2017.

¹⁴DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008. citando DE ANDRADE, Lucimar Pedroso. Responsabilidade pré-contratual no direito do trabalho. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7782>. Acesso em: 7 de dez de 2017

execução de seus serviços, tal teoria era adotada no Estado despótico e absolutista. Caracteriza-se pelo administrado ter apenas ação contra o próprio funcionário que acarretou o dano, nunca contra o Estado, pois alegava que o funcionário e o Estado eram sujeitos diferentes.

A mencionada teoria é a própria negação do direito, pois se o Estado é um sujeito dotado de personalidade, não existem motivos para justificar sua irresponsabilidade, logo, esta foi aos poucos sendo vencida pela lógica e repelida pela doutrina dos tribunais.

Teoria do órgão – nessa teoria o Estado é tido como um organismo vivo, interligado por um conjunto de órgãos que fazem as suas funções. Esses órgãos são necessários à elaboração das funções do Estado, assim as ações e vontades destes não são de seus agentes, mas sim do próprio Estado. Essa relação entre Estado e seus órgãos é descrita por Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁵:

Assim como o Direito constrói a realidade (jurídica) 'pessoa jurídica', também constrói para ela as realidades (jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado. A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional - pouco importa se bem ou mal-desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. [...]
Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como Unidade (2014, pág. 867).

Assim, conforme explicitado acima, a pessoa do agente público não se separa da pessoa do Estado, devendo este responder pelos danos sofridos por terceiros.

Teoria da culpa anônima – também chamada de impessoal, surgiu a partir da evolução da culpa individual, nela o dever de reparação do Estado decorre da falta de serviço. Necessitando apenas do mau funcionamento do

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 867

serviço público para que reste configurada a responsabilidade do Estado. Essa teoria não relaciona a falta de funcionamento do serviço público com a falta de um agente em específica, sendo dispensável a prova de culpa de funcionários determinados, é suficiente que haja um mau agenciador impessoal, a frente do serviço defeituoso.

Há doutrinadores que não diferem culpa anônima e responsabilidade objetiva, devido a tradução defeituosa da palavra francesa *faute* como falta, sendo que seu real significado é “culpa”, sendo, portanto, modalidade subjetiva de responsabilidade. Vale ressaltar que em vários casos dessa modalidade de responsabilidade admite-se que haja a presunção de culpa, visto que há uma enorme dificuldade de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões, devendo nesses casos o Estado comprovar que operou dentro da regularidade, caso não o comprove, manterá sua responsabilidade.

Teoria da responsabilidade objetiva - esta seria a última fase da evolução, nela prevalece o princípio da equidade, significando que se a atividade estatal é exercida em prol do coletivo, o justo é que a sociedade pague por seus ônus. Resumindo:

o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (Celso Antonio Bandeira de Mello, 2014, pág. 866).

Assim, não há nenhuma investigação sobre a culpa do causador do dano, respondendo o Estado pelo dano causado somente por haver relação entre a atividade administrativa e o citado dano causado.

Teoria do risco administrativo – é a adaptação da teoria do risco para a atividade pública. Essa teoria atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa, devendo-se analisar a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pela vítima, pois toda lesão sofrida pelo particular deve ser indenizada, independente da culpa do agente público que a causou.

Sérgio Cavalieri Filho (2012, pág. 257) defende que a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral não se confundem, pois a diferenciação existe para que o Estado não seja responsabilizado em casos que o dano não decorra da atividade administrativa, independente se direta ou indiretamente. Então, por essa teoria, o Estado pode afastar sua responsabilidade quando houver exclusão do nexo causal, assim se o Estado, através de seus agentes, não der causa ao dano, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. Sérgio Cavalieri Filho (2012, pág. 258) explicita que: “O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém.”

Teoria do risco integral – é a modalidade extrema da doutrina do risco, nela o Estado tem o dever de indenizar mesmo em casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Assim, se essa teoria fosse aceita, o Estado seria obrigado a indenizar todos os casos de danos sofridos por particulares, mesmo que este ocorresse independentemente da atividade estatal.

2.4 Fases da responsabilidade civil do Estado Brasileiro

No Brasil, sempre foi aceita a teoria da responsabilidade do Poder Público como princípio geral e fundamental de Direito, logo, mesmo que não houvesse disposição específica o país nunca passou pela fase de irresponsabilidade do Estado.

As Constituições de 1824 e 1891 traziam dispositivos¹⁶ em que responsabilizavam os funcionários públicos pelos abusos e omissões realizadas no exercício das suas funções, porém os mesmos somente consagram a

¹⁶Constituição do Império do Brasil de 1824 – art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. Inciso XXIXI. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 – art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

responsabilidade do pessoal do agente público, não excluindo a responsabilidade do Estado, porém o Estado apenas responderia pelos danos que fossem comprovadamente causados por negligência, imprudência ou imperícia.

O Código Civil de 1916 foi o primeiro dispositivo legal a tratar da responsabilidade civil do Estado, em seu artigo 15, dizia:

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

Assim que iniciada a aplicação de tal dispositivo, foi gerada uma controvérsia, devido à ambiguidade de sua redação, porém a doutrina majoritária firmou entendimento de que foi com este dispositivo que houve a consagração da teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado, pois trata o funcionário como representante do Estado.

Porém, devido à ambiguidade de redação do artigo 15, do CC de 1916, alguns autores sustentam a tese de responsabilidade civil objetiva do Estado, baseando-se nas ideias que prevaleciam na França e outros países europeus. Logo, pode-se concluir que a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência e depois aos textos legais.

A responsabilidade objetiva foi expressa em texto legal no artigo 194¹⁷, da Constituição Federal de 1946, que dizia: “pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.” Esse artigo não colocava a culpa do funcionário como sendo a causa da responsabilidade do Estado, entretanto, essa referência aparecia no parágrafo único deste artigo, onde determinava a ação regressiva do ente público contra seu servidor. Assim, conclui-se que para a vítima mover ação contra o Estado não era necessária a comprovação de culpa ou dolo, sendo estas necessárias apenas nas ações regressivas.

¹⁷Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Como dito, desde a Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, logo, tomava por base na teoria do risco administrativo, onde a culpa não era mais cogitada, mas apenas, a relação de causalidade. Então, basta a comprovação de que o dano sofrido foi consequência de atividade administrativa para haver o dever de indenizar da Administração.

Sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles ensina:

O exame desse artigo revela que o constituinte de 1946 estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos autárquicos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros, por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou-se, assim o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos. (2003, pág. 637)

3. CAPÍTULO II – Enquadramento dos contratos de terceirização na Administração Pública

3.1. Conceito e aplicação

A terceirização não possui um conceito definido na legislação, cabendo a doutrina a tarefa de defini-la. O autor Sérgio Pinto Martins ensina que:

trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-las e estabelecer métodos da atividade empresarial [...] terceirização é a possibilidade de contratar empresa prestadora de serviços para realização de atividades específicas da tomadora. (2017, pág. 31)

Já Paulo Douglas Almeida de Moraes¹⁸ (2003, pág. 66), lembra que ao tempo que os administradores exploram esse instituto a partir do fim da eficácia empresarial, os juristas o observam através das relações existentes entre as pessoas jurídicas terceirizantes e as terceirizadas.

Seu conceito, existente desde o Decreto-lei n. 200/1967, ganhou força no Brasil na década de 1980, com seu uso em algumas empresas nacionais que adotaram o modelo toyotista¹⁹, onde a produção era feita conforme a demanda. Porém, ressalta-se que essa prática é mais antiga, datando o início, do modelo de gestão atualmente conhecido, com a Segunda Guerra Mundial.

Naquele contexto histórico as fábricas de armamentos buscaram parceiros fora para aumentar suas capacidades produtivas e suprir a grande demanda. Assim, eram delegadas algumas atividades acessórias, que não

¹⁸ MORAES, Paulo Douglas Almeida de. *Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social*. 2003. Disponível em: <www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf>. Acesso em: 7 de dez de 2017. Pág. 66

¹⁹ Rodolfo F. Alves Pena ensina sobre esse modelo: dealizado por *Eiji Toyoda* (1913-2013) e difundido pelo mundo a partir da década de 1970 após a sua aplicação pela fábrica da Toyota, empresa japonesa que se despontou como uma das maiores empresas do mundo na fabricação de veículos automotivos. A característica principal desse modelo é a flexibilização da produção, ou seja, em oposição à premissa básica do sistema anterior — o fordismo, que defendia a máxima acumulação dos estoques —, o **toyotismo** preconiza a adequação da estocagem dos produtos conforme a demanda. Assim, quando a procura por uma determinada mercadoria é grande, a produção aumenta, mas quando essa procura é menor, a produção diminui proporcionalmente. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/toyotismo.htm>>. Acesso em: 20 de ago de 2017.

estavam diretamente ligadas à produção, para terceiros, fazendo com que os funcionários da fábrica se dedicassem exclusivamente à produção.

A consequência dessa dedicação exclusiva se via na diminuição do empenho na atividade-meio da empresa, do qual a empresa poderia se livrar, reduzindo assim o custo com mão de obra, pois haveria um terceiro para a execução dessas tarefas.

Sérgio Pinto Martins (2017, pág. 22) ensina como ocorreu a adoção desse instituto no Brasil: “a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.” Ressaltando ainda que a implantação foi utilizada inicialmente pelas indústrias automobilísticas.

Nesse viés, enumeram-se, em rol exemplificativo, institutos normativos e previsões legislativas que abordaram situações fáticas envolvendo terceirização, quais sejam:

a) iniciam-se com a Lei n. 4.594/1964, que estabelece em seu artigo 17 sobre as seguradoras não poderem fazer vendas diretamente com os segurados, devendo haver um corretor autônomo ou corretora para realizar a mediação entre as partes;

b) os Decretos-lei n. 1.212 e 1.216, de 1966, os quais autorizavam os bancos a contratação de empresas particulares especializadas para a prestação dos serviços de segurança;

c) as empresas de limpeza e conservação, que datam o início de suas atividades em meados de 1967, sendo portanto apontadas como pioneiras na terceirização brasileira;

d) o Decreto-lei n. 200/1967, foi uma das legislações que deu início a utilização da terceirização pela Administração Pública, autorizando a passagem das tarefas executivas para empregados terceirizados;

e) o Decreto n. 62.756/1968, que estabelecia regra para as agências de intermediação de mão de obra já existentes, indicando a licitude da prática;

f) o Decreto-lei n. 1.034/1969, que dispõe sobre medidas de segurança para os bancos, cooperativas de crédito e caixas econômicas, possibilitando a contratação de serviços terceirizados para a atividade de vigilância.

g) a Lei n. 5.645/1970 foi editada a fim de especificar quais serviços públicos poderiam ser terceirizados nos termos do Decreto-lei n. 200/1967, sendo as atividades de transporte, conservação, limpeza, operação de elevadores e assemelhadas;

h) a Lei n. 6.019/1974, que foi a primeira legislação a tratar verdadeiramente da terceirização, que ainda não era chamada por este nome, regulando para tal o trabalho temporário, já que estes trabalhadores eram colocados a disposição do empregador por meio de empresas prestadora de serviço, sendo a partir desta que surgiu a relação triangular: empregado, empregador e tomador de serviços.

i) a Lei n. 7.102/1983, que revogou o Decreto-lei n. 1.034/1969, tratando também da segurança dos estabelecimentos financeiros e permitindo ainda a utilização da prática nos serviços de transporte de valores no setor financeiro.

j) o Enunciado n. 239 do TST, publicado em 9 de dezembro de 1985, que definiu como ilícita a contratação de empregado de empresa de processamento de dados para atuar no banco, por ser esta função exclusiva do bancário.

k) o Enunciado n. 256 do TST, publicado em 30 de setembro de 1986, proibiu a contratação de empregados terceirizados de maneira geral, exceto no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974) serviços de vigilância (Lei n. 7.102/1983).

l) a Lei n. 8.863/1994 aumentou a possibilidade de terceirização frente ao Enunciado n. 256 do TST, permitindo sua ocorrência em toda área de vigilância patrimonial.

m) a Lei n. 13.429/2017 aumentou as hipóteses previstas na Lei n. 6.019/1974 e desfez a distinção entre terceirização de atividade-meio e atividade-fim.

Visto a evolução legislativa sobre a terceirização, vale ressaltar sua grande importância para a economia, por ser a técnica mais utilizada nos processos de produção, devido ao grande número de possibilidades para sua aplicação objetivando a quantidade e qualidade de produção, porém no âmbito empresarial ainda tem sua atuação muito limitada.

Como foi explanado anteriormente, a terceirização possui um significado mais comum, que está presente no dicionário, porém em sua aplicação empresarial compreende conceitos mais exclusivos.

Este instituto é a passagem de algumas atividades auxiliares para outras empresas executarem, fazendo com que os recursos sejam redirecionados para a atividade-fim da empresa, reduzindo a estrutura organizacional e diminuindo custos para a empresa. É parte da estrutura da empresa e mostra o modo pela qual esta se organiza.

Terceirizar é envolver uma terceira pessoa em uma relação empresarial, ressaltando que este terceiro não possui conotação jurídica: pessoa estranha que não pertence a relação, mas o sentido utilizado na administração: o outro para quem é descentralizada a atividade.

Nesse contexto, há a discordância de parte dos doutrinadores, que compreendem o terceiro como sendo alguém que está fora da relação jurídica, o que acarretaria na não existência de terceiro quando ocorresse intermediação de mão de obra, pois esta terceira pessoa estaria inserida na relação, seguindo este raciocínio terceirizar significaria a desconcentração empresarial.

Nas definições de terceirização, temos fundamentalmente os mesmos elementos, que são: as empresas envolvidas, terceirizada e terceirizante, onde a primeira terceiriza a atividade e a segunda presta o serviço; a atividade-fim, é a atividade principal da empresa, portanto não passível de terceirização; atividade-meio, são as atividades auxiliares necessárias para o funcionamento da empresa, e; alguns exemplos comuns são a prestação de serviços de segurança e manutenção, limpeza e conservação, preparo e fornecimento de refeições, entre outros.

Em 31 de março de 2017 foi publicada a Lei n. 13.429 que alterou a redação e acrescentou dispositivos à Lei n. 6.019/1974, esta não faz diferença entre atividade-meio e atividade-fim, permitindo assim a terceirização quanto a atividade principal da empresa.

Assim, percebe-se que a terceirização possui papel fundamental na economia atual, pois aumenta o lucro e a competitividade das empresas, e que está distante de alcançar uma unificação de entendimento, visto que trata de assunto em constante mudança na vida cotidiana.

3.2 Limitação ao poder de terceirizar serviços

O Direito do Trabalho ao tratar de terceirização traz diversas características e abordagens variadas, portanto definir seus limites torna-se uma tarefa árdua, estando a maior dificuldade ligada aos diversos tipos diferentes de produção, aos quais cada tipo solicita um comportamento diferente no momento de sua aplicação.

No geral, mesmo havendo muitas variações quanto à aplicação, os conceitos apresentados pelas doutrinas determinam a diferença da atividade-fim e da atividade-meio da empresa, concordando na possibilidade de terceirização apenas das atividades complementares, devido a entenderem que a atividade-fim deve ficar a cargo da empresa, porém as atividades acessórias, necessárias para o funcionamento da empresa, podem ser terceirizadas para empresas que possuam neste tipo de atividade sua atividade-fim.

Na terceirização há uma relação com três envolvidos: empregado, empregador e tomador de serviço, divergindo da relação empregatícia convencional, onde o empregador é a mesma figura do tomador de serviço, assim ocorre a quebra da divisão tradicional presente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): empregado-empregador.

Algumas questões envolvidas nesse processo devem ser analisadas, por serem prejudiciais aos empregados, como a falta de identificação deste com o ambiente de trabalho e as dificuldades quando a empresa tomadora de serviço

não quer lhes pagar as devidas verbas rescisórias, pois o tomador de serviço os vê apenas como um objeto para redução de custos.

Acerca do tema, vê-se que não traz somente malefícios aos trabalhadores, pois mesmo que a maior vantagem seja para os patrões visto que promove o corte de gastos, aos empregados aumenta o índice de emprego, por trazer a opção dos trabalhadores celebrarem contrato com as intermediadoras de mão de obra, não se preocupando com a demanda do mercado, que será preocupação da terceirizante.

O trabalhador terceirizado não apenas não precisa mais procurar pelo emprego, como as empresas terceirizadas realizam a qualificação desse trabalhador, como se vê no exemplo dos vigilantes. Sobre o assunto, Valentin Carrion²⁰ expõe:

Quando não fraudulenta é manifestação de modernas técnicas competitivas. A Súmula 256 do TST foi um freio à terceirização; a 331, um estímulo e uma concessão à realidade. (...) Os altos percentuais de desemprego em todo o mundo levaram a contratação de desempregados; parte considerável da doutrina brasileira sugere esse caminho como remédio inafastável ao desemprego técnico e conjuntural, fruto da globalização.(2006, pág. 307)

Há ainda o aspecto técnico jurídico sobre o fenômeno ser ou não compatível com o sistema jurídico constitucional brasileiro. A doutrina majoritária, assim como o poder Judiciário brasileiro aceita a terceirização de serviços, porém com limites que servem para a proteção do trabalhador.

Por constarem expressos na CLT apenas mecanismos de proteção que consideram como sendo dualista a relação entre empregado e empregador foram criados meios de responsabilização das empresas prestadoras de serviços, estando estes expressos nos artigos 16 da Lei n. 6.019/1974²¹ e 455 da CLT²².

²⁰ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 307.

²¹ Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

²² 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

Ressaltando que a discussão gira em torno de a responsabilidade que a empresa tomadora do serviço deverá ter frente a relação, visto não haver divergência em ser a empresa prestadora de serviço a própria empregadora, sendo por isso responsável pelas verbas laborais.²³

No artigo 16 da Lei n. 6.019/1974, é trazida a regulamentação da responsabilidade em caso de falência da empresa prestadora de serviço, onde a empresa tomadora se torna solidariamente responsável pelo recolhimento das verbas remuneratórias. Nota-se que tal dispositivo apenas pode ser utilizado para os trabalhadores temporários e em caso de falência da empresa prestadora do serviço, não sendo assim considerado como solidariedade, mas como subsidiariedade, pois não há a liberdade para escolher de quem se irá cobrar as verbas rescisórias.

O artigo 455 da CLT tem sua aplicabilidade nos casos de subempregada, entendendo tratar-se de responsabilidade solidária, já que traz em seu texto a possibilidade do trabalhador reclamar contra as duas empresas (prestadora e tomadora de serviço).

A divergência existente entre solidariedade e subsidiariedade está na restrição que o trabalhador vai encontrar quanto a contra quem demandar. Na subsidiariedade o empregado deve demandar contra o principal devedor e caso este não quite a obrigação é que deve demandar contra o segundo devedor, enquanto na solidariedade o trabalhador pode demandar contra todos os devedores cobrando todas as verbas devidas até sua quitação.

Essa ideia de subsidiariedade consagrou-se com o Decreto-lei n. 200/1967, que tratava da organização da Administração Pública federal. Ele dispõe em seu artigo 10 sobre a descentralização de suas atividades, e no § 7º deste artigo²⁴, estabelece que a Administração poderá se desincumbir das tarefas

reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

²³ MARTINS, Raquel de Siqueira. *Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços* < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18073 > Acesso em: 07 de dez de 2017.

²⁴ § 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,

de planejamento, coordenação, supervisão e controle, através da execução indireta das atividades de mero expediente/executivas.

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Maurício Godinho Delgado (2009, pág. 451)²⁵ ensina que quando a responsabilidade do tomador de serviço for subsidiária, ela existirá em todos os casos de terceirização, independente de o trabalho ser ou não temporário. Porém necessita-se de cautela pois a jurisprudência baseada em enunciados assim como as próprias, devem ser complementares as leis e não tomarem os lugares destas.

O Tribunal Superior do Trabalho em sua jurisprudência mais antiga traz um parecer mais técnico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO EMPREITEIRO. Divergência jurisprudencial e contrariedade a Enunciado não caracterizadas. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...) Não se caracteriza contrariedade ao Enunciado nº 331, IV, do TST, por constar nesse verbete sumular entendimento acerca dos contratos de prestação de serviços, não abrangendo os contratos de subempreitada, hipótese em análise. (TST AIRR 790.539/2001.5.18.5555. 5ª T. Relator Min. GELSON DE AZEVEDO. DJ 07/02/2003).²⁶

A decisão acima foi retirada de um agravo de instrumento interposto por empreiteiro que pretendia modificar a responsabilidade solidária a qual foi condenado, o que não ocorreu e o TST firmou entendimento pela espécie de responsabilização.

O Tribunal, através de sua 5ª turma, explicou que a responsabilização solidária do empreito não é contraria o Enunciado n. 331, pois há previsão legal para a subempreitada, enfatizando assim que as duas únicas possibilidades para a responsabilização solidária são as trazidas pelos artigos 16 da Lei n. 6.019/1974 e 455 da CLT.

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.

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2009. Pág.451.

²⁶ Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/21138/a-terceirizacao-a-sumula-331-do-tst-e-a-adc-16/2>> Acesso em: 13 de nov de 2017.

Por não haver previsão legal que traga outra hipótese de responsabilização do tomador de serviço, o TST publicou o inciso IV²⁷, do Enunciado n. 331, declarando a responsabilidade subsidiária como genérica para os demais casos. Essa atribuição não possui previsão legal, surgiu a partir de uma estruturação doutrinária e jurisprudencial que evoluiu historicamente, sendo a súmula uma orientação para as decisões jurídicas.

O Ministro Maurício Delgado, do TST, doutrina que: “a jurisprudência sempre pautou-se pela busca de remédios jurídicos hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização” (2009, pág. 432). Enquanto outros juristas, como Jorge Luis Souto Maior (2009) citado por Raquel de Siqueira Martins (Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços)²⁸ defendem posicionamento contrário, pois entendem que para se proteger o trabalhador a melhor forma seria erradicar a terceirização.

Entre as doutrinas divergentes, o TST acolhe um posicionamento intermediário sobre o tema, porém esta é vista como problemática, pois às vezes prejudica os empregadores e outras os trabalhadores, sendo vista como uma mistura de erros e acertos.

Salienta-se, ainda, que se já ocorre discussão quando a condenação em responsabilidade subsidiária ocorre em terceirização lícita, quando a terceirização é ilícita torna-se ainda mais difícil a investigação das responsabilidades do prestador e do tomador de serviço.

Assim, quando ocorrer terceirização ilícita, deve haver a deliberação do vínculo direto e a responsabilização do tomador de serviço, aplicando-se a norma civil presente no artigo 942²⁹ para a condenação solidária do prestador de serviço,

²⁷ IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

²⁸ Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18073&revista_caderno=25#_ftn33. Acesso em: 07 de dez de 2017

²⁹ art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

porém o entendimento do TST é de que o tomador de serviço sempre deverá ser responsabilizado subsidiariamente.

Em relação à Administração Pública, quando esta é a tomadora de serviço, independe se a terceirização ocorreu de forma lícita ou ilícita, a ela sempre restará a responsabilidade subsidiária, quando lícita por haver previsão legal e quando ilícita por haver entendimento jurisprudencial do TST para a aplicação do inciso IV, de seu Enunciado n. 331.

Ao terceirizar, o ente público não se enquadra nas previsões legais (Lei n. 6.019/1974 e CLT), não sendo empreiteira e nem tomadora de trabalho temporário, assim não há previsão para que esta possua responsabilidade solidária, fazendo com que a aplicação da responsabilidade subsidiária, nos termos do Enunciado n. 331 do TST, seja realizada de forma supletiva a legislação.

Devido aos princípios que tangem a Administração Pública, como o da legalidade, é difícil se visualizar a terceirização ilícita em casos envolvendo entes públicos, porém mesmo que haja na contratação a pessoalidade ou a subordinação direta, não poderá ser decretado o vínculo, devido ao veto contido no artigo 37, II da CRFB/1988³⁰. Quanto a isenção do ente público de responder pelo inadimplemento de créditos trabalhistas, previsto no artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993³¹, o TST considera tal dispositivo inconstitucional, sendo este o motivo da edição do Enunciado n. 331.

A Administração Pública pode realizar contrato de terceirização mediante concessão e permissão, conforme Lei n. 8.987/1995. A concessão ocorre quando a Administração Pública elabora contrato delegando a outrem a execução de determinado serviço, obra pública ou a cessão de uso de bem público e a permissão quando delega ao particular, por meio de ato unilateral, a execução de um serviço ou utilização de um bem público.

³⁰ 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;

³¹ §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.

A terceirização na área da saúde encontra respaldo constitucional, que traz em seu artigo 197, da CRFB/1988³² e seguintes a autorização para o ente público quando envolver particulares na realização desse tipo de serviço, conforme se vê no § 1º, do artigo 199, CRFB/1988³³.

No que tange à saúde, os arts. 24 e 26 da Lei n. 8.080/1990³⁴ legislam que a participação do particular de modo a complementar a atividade pública deverá ocorrer quando não houver disponibilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) em atender população de determinada área.

O ente público tem seus atos limitados ao que a lei o permite fazer, conforme preceito do princípio da legalidade, não podendo, portanto, terceirizar sem a devida permissão legal expressa.

3.3. Terceirização lícita x ilícita

Como analisado anteriormente, é cediço que não há qualquer lei que autorize expressamente a terceirização, porém também não há lei qualquer que a proíba, tendo sua aplicabilidade possibilitada por este motivo, conforme artigo 5º, inciso II da CRFB/1988³⁵: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

A CRFB aborda em seu artigo 170 sobre valorização do trabalho e da livre iniciativa, sendo estes requisitos que corroboram para existência digna em conformidade com os ditames da justiça social. Nesse sentido, dispõe sobre os

³² Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

³³ §1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

³⁴ Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

princípios que regem a terceirização, sendo os meios facilitadores para sua concretização. Ao passo em que a terceirização mostra-se como instrumento assecuratório de competitividade às empresas, resultando em crescimento da economia nacional e ganhos para a sociedade como um todo, *in verbis*:

A ordem econômica, fundada na valoração do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país

Analisa-se ainda, no CC/2002, os artigos que tratam da prestação de serviços (arts. 593 a 609) e de empreitada (arts. 610 a 626), que corroboram com os dispositivos constitucionais, definindo a licitude desses serviços, não podendo o lucro ser visto como ruim, já que está ligado a toda atividade econômica. A CLT traz em seu artigo 444³⁶, o princípio da autonomia de vontade, onde as duas partes possuem o direito de fomentar as relações contratuais, ressaltando que para o direito do trabalho esse princípio deve ser aplicado de forma a complementar os benefícios dispostos em lei.

O autor Sérgio Pinto Martins alega que:

Os processos de terceirização que estamos enfrentando talvez nada mais sejam do que o retorno a sistemas de locação de serviços e de empreitada do Direito Civil, embora sob outros rótulos, diante da necessidade de competitividade interna e externa e das crises econômicas que proliferam nos nossos tempos. (2017, pág. 214)

Porém, devido a não haver limites expressos a sua utilização o TST editou o Enunciado n. 331, estabelecendo critérios para a aplicação de contratos de terceirização. É cediço que tal enunciado aplica-se apenas aos processos que

³⁶ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

alcancem o TST, porém sua publicação serviu para a diferenciação entre a terceirização lícita e ilícita.

Assim, houve a diferenciação entre a terceirização lícita e a ilícita, estando sua distinção baseada na ausência de disposição legislativa que a proíba frente a disposições constitucionais que permitem sua existência: princípio da valorização do trabalho, da livre concorrência, etc.

Sérgio Pinto Martins diferencia as duas como:

a terceirização é lícita, pois toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição (art. 594 do Código Civil). A terceirização ilícita busca apenas o menor preço. (2017, pág. 214)

Para a jurisprudência, a terceirização para ser lícita deve ser feita na atividade-meio, logo quando esta for realizada na atividade-fim da empresa seria considerada como sendo ilícita.

As hipóteses em que a terceirização é lícita são as realizadas para fins de contratação de: trabalho temporário, contratação de vigilantes, serviços de limpeza, empreitada, subempreitada, prestação de serviços, empresas definidas na lista de serviços submetidos ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), representante comercial autônomo e cooperativas, desde que não exista subordinação.

Para a validação da terceirização no âmbito empresarial, não se pode haver os elementos próprios da relação de emprego, como a pessoalidade, pois o contrato traz ao empregado uma obrigação de prestar o serviço, não podendo sua função ser transferida a outrem.

Visto isso, é notória a necessidade de não haver pessoalidade entre o trabalhador da prestadora de serviço e a empresa tomadora de serviços, podendo a prestadora de serviços substituir seu empregado quando lhe convier, possuindo a obrigação apenas de manter efetuados os serviços que a tomadora lhe contratou, assim como o empregado que deve oferecer sua força de trabalho na empresa tomadora aonde a prestadora o alocar.

A subordinação é o principal elemento constante na relação entre o empregado e a tomadora de serviços, esta é característica do empregador e foi estabelecida pelo artigo 3º da CLT³⁷ como dependência, conferindo ao empregador o direito de determinar quando e onde os serviços do trabalhador serão prestados, obedecendo as normas contidas no contrato individual.

Para que haja nulidade na terceirização, sendo esta ilícita, deverão encontrar na contratação os dois elementos acima citados, conforme expresso no inciso III do Enunciado n. 331 do TST, que dispõe:

não forma vínculo de emprego com a tomadora a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

O autor Sérgio Pinto Martins ressalta ainda que algumas regras devem ser observadas para que se determine se a terceirização é lícita ou não, como:

- a) idoneidade econômica da terceirizada;
- b) assunção de riscos pela terceirizada;
- c) especialidade nos serviços a serem prestados;
- d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada;
- e) utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviço, evitando-se a terceirização da atividade-fim;
- f) necessidade extraordinária e temporária do serviço. (2017, pág. 216)

Nos casos em que ocorrem a terceirização ilegal, a empresa tomadora de serviços acaba por ser a real empregadora, devendo responder pelas verbas trabalhistas dos empregados ditos terceirizados, porém, não haveria sentido em condenar apenas a tomadora de serviço e isentar a empresa prestadora de serviço, que tem sua responsabilidade atribuída mesmo perante a licitude da terceirização.

O Enunciado n. 331 do TST não trata sobre a responsabilidade mútua das empresas, porém a lógica faz com que a doutrina entenda que a empresa

³⁷ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

prestadora de serviço deva responder ao menos no mesmo grau de responsabilidade que vem explicitada na terceirização lícita, assim, a jurisprudência vem condenando as empresas que se envolvem em terceirização ilícita, na responsabilização solidária, baseando-se no artigo 942 do CC/2002.

Independente do motivo que faça a terceirização ser ilegal, esta será caracterizada por burlar ou tentar burlar a legislação trabalhista, com isso tem-se utilizado a legislação que trata da responsabilidade civil extracontratual, tendo o Título IX do Livro I da Parte Especial do CC/2002 sido empregada pela jurisprudência trabalhista.

Cabe evidenciar, porém, que esta condenação das empresas em responsabilidade solidária ocorre nas instâncias ordinárias, o Ministro Maurício Godinho Delgado lembra que o inciso IV do Enunciado n. 331 supera todas as demais previsões legais. A seguir, um caso de terceirização ilícita, onde o Tribunal Regional aplicou a responsabilidade solidária, conforme o artigo 942 do CC/2002 e o TST modificou tal decisão para aplicar a responsabilidade subsidiária:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. No tocante à responsabilidade solidária, aplica-se a orientação contida na Súmula nº 331, IV, desta Corte, que consagra a tese da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Recurso de revista conhecido e provido. (...) Consta no acórdão regional a fls. [tais]: '(...) é flagrante a tentativa de burlar a incidência da legislação trabalhista, em violação ao art. 9º da CLT, o que também atrai a incidência do art. 942 do CC (...). Por esse intuito evidenciado, confirma-se a sentença que reconhece a responsabilidade solidária da ora recorrente (quarta reclamada) juntamente com as demais reclamadas, empregadoras da reclamante, com relação aos créditos reconhecidos na presente ação, sem qualquer limitação'. (...) Constata-se que o Tribunal Regional, partindo da premissa de que a relação entre as partes caracterizava terceirização fraudulenta, condenou a primeira reclamada (tomadora dos serviços) a responder solidariamente pelas parcelas deferidas à reclamante. Ocorre que, nos termos do item IV da Súmula nº 331 desta Corte, a responsabilidade, neste caso, é apenas subsidiária. Dessa forma, conheço do recurso de revista contrariedade à Súmula nº

331, IV, desta Corte. (TST RR 18719-48.2010.5.04.0000. 1ª T. Relator Min. VIEIRA DE MELLO FILHO. DJ 30/09/2011).³⁸

Assim, nota-se que as empresas terceirizadas continuam a existir e a serem cada vez mais utilizadas, e por não haver regulamentação específica que evite fraude em seus contratos, se torna mais difícil diferenciar a terceirização lícita da ilícita na prática empresarial, tendo o poder Judiciário trabalhista a função de versar sobre a questão.

3.4. Obrigatoriedade de licitação para a Administração Pública contratar serviços

O Estado possui um papel de suma importância na economia do país, devido ao seu potencial de compra de produtos e serviços para obras públicas e sua própria manutenção, logo, para que esse grande poder aquisitivo tenha um gerenciamento adequado há regras específicas que devem ser seguidas, assim surge a necessidade da licitação.

A Administração Pública, nos termos da Lei n. 8.883/1994 e o inciso XXI do artigo 37 da CRFB/1988³⁹, é autorizada a contratar serviços, contanto que mediante o devido processo licitatório. Em seu inciso II do artigo 6º, a Lei n. 8.666/1993 define serviço como:

Toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais

³⁸ Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20541723/recurso-de-revista-rr-187194820105040000-18719-4820105040000?ref=juris-tabs>> Acessado em: 13 de nov de 2017.

³⁹ 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.

Ressalta-se que os exemplos trazidos são exemplificativos, trazendo o artigo 72 da Lei n. 8.666/1993⁴⁰ a possibilidade de subcontratação de partes de obras ou serviço, mostrando a licitude de outras atividades.

No § 3º do artigo 13 da Lei n. 8.666/1993 traz a possibilidade de prestação de serviços técnicos especializados, que elenca como sendo:

- a) estudos técnicos especializados, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

⁴⁰ Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

4. CAPÍTULO III – Responsabilidade subsidiária estatal quantos aos danos provenientes da terceirização

Há o preceito, no ordenamento jurídico brasileiro, de que todas as pessoas que ocasionem lesão a bem de outrem possuem o dever de repará-lo. Quando o ente público entra nessa relação, porém, existem princípios específicos que necessitam ser analisados, pois a atuação do estado pode causar danos maiores que os gerados por particulares. Celso Antonio Bandeira de Mello assevera sobre o tema:

[...] seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua função própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade da sua posição jurídica. (2010, pág. 997)

Ao que pertine ao tema terceirização existe uma discordância entre a responsabilidade civil prevista no artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/1993⁴¹ e o Enunciado n. 331 do TST.

4.1 A irresponsabilidade estatal decorrente do Artigo 71, § 1º, Lei n. 8.666/1993

Ao tratar da responsabilidade civil, há o entendimento, no direito privado, de que a empresa terceirizante deve ser responsabilizada pelo inadimplemento de verbas por parte da empresa terceirizada. Entendimento que não é pacífico quando se trata do ente público.

A regulamentação da responsabilidade estatal se deu através da Lei n. 8.666/1993, a qual o legislador adotou a teoria da irresponsabilidade da

⁴¹ § 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.

Administração Pública quanto aos encargos previdenciários, fiscais, comerciais e trabalhistas.

O artigo 71, da Lei n. 8.666/1993 traz em seu § 1º a premissa de que a Administração Pública não receberá a responsabilidade pelo pagamento de encargos aos quais a empresa terceirizada seja inadimplente.

No que diz respeito aos encargos previdenciários, o legislador através da Lei n. 9.032/1995, alterou a redação do § 2º do artigo 71, conferindo tratamento especial, onde foi atribuída responsabilidade solidária à Administração Pública, que deverá arcar juntamente com a empresa prestadora com os referidos encargos. Entendimento este que já se encontra pacificado na jurisprudência do STF:

Decisão: Vistos. União interpõe agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, XXXV, LIV e LV, 39, 40, § 13º, e 93, IX, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim do: "PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MUNICÍPIO. CONVÊNIO COM O IPSEMG. AUTUAÇÃO ANTERIOR À EC 20/98. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS VINCULADOS A REGIME PRÓPRIO. LEI MUNICIPAL N. 9.532/87. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO. ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS RESULTANTES DE CONTRATO. LEI 9.032/95 . 1. Não procede preliminar de nulidade quando intimado para apresentar as provas que entenda cabíveis, o autor nada requer. 2. Há se de manter a prescrição na forma como consignado na sentença, tendo em vista que a correção da prescrição para adequá-la à legislação e à jurisprudência acarretaria reforma *in pejus*. 3. Os municípios podem instituir regime próprio de previdência social para os seus servidores. Todavia, não podem legislar sobre a matéria, conforme disciplinado no art. 24, XII, da CF/88, considerando-se plenamente válido convênio firmado pela municipalidade com o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG. 4. Após o advento da Lei n. 9.032, de 28/04/1995, que alterou o art. 71 da Lei 8.666/90, o Estado responde solidariamente pelos encargos previdenciários resultantes de execução de contrato. 5. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas. 6. Apelação do Município de Rio Vermelho parcialmente provida, para declarar nulas as NFLDs 32.628.771-0 e 32.628.770-1, mantida a NFLD 32.628.772-8". Decido. A irrisignação não merece prosperar. Não houve negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação no acórdão recorrido, uma vez que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão da parte recorrente, tendo o

Tribunal de origem justificado suas razões de decidir. Anote-se que o referido artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (RE nº 463.139/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 3/2/06; e RE nº 181.039/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 18/5/01). Por outro lado, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, seria indireta ou reflexa. Nesse sentido, anote-se: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (AI nº 853.732/SC-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 13/3/12) (Grifo nosso). Ademais, verifico que o Tribunal de origem solucionou a lide consignando que diante da existência de convênio do município com a IPEMG, os servidores não concursados estavam vinculados também ao regime de previdência estadual, dado que a Lei Estadual n. 9.532/87, que dispunha sobre a remuneração de cargo de provimento em comissão para fins de apostilamento e aposentadoria - somente foi revogada pela Lei Estadual n. 14.683, de 30/07/2003, e estava em vigência à época da fiscalização. Ademais, não é a hipótese de aplicação da Lei n. 8.647/93, dado que ela se restringe apenas ao campo federal”. Desse modo, para acolher a pretensão da agravante e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem, demandaria o prévio reexame da legislação infraconstitucional pertinente, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 280 desta Corte. Nesse sentido, anote-se: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAPRECIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LOCAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Inadmissível o RE, ante a incidência da Súmula 280 do STF. II – Agravo regimental improvido”(RE nº 599.987/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/3/12). Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Brasília, 30 de agosto de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente

(STF - AI: 845439 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/08/2012, Data de Publicação: DJe-175 DIVULG 04/09/2012 PUBLIC 05/09/2012)⁴²

Quanto às obrigações fiscais e comerciais, o entendimento é pacífico no sentido de que o ente público não responde pelo seu pagamento no caso de inadimplência da empresa terceirizada conforme preceitua o já mencionado artigo 71, § 1º, Lei n. 8.666/1993. Ressalta-se que, mesmo havendo a alteração legislativa trazida pela Lei n. 9.032/1995, em nada foi alterada a responsabilidade por esses dois encargos.

No que tange às dívidas de caráter trabalhista do empregado que presta serviços para a empresa terceirizada, porém, ocorreram grandes mudanças sobre a sua regulamentação, visto que a redação original da Lei n. 8.666/1993 estabelecia que a Administração Pública não responderia por nenhuma verba desta natureza.

A finalidade deste enunciado é impor um limite à responsabilidade pública, já que o Estado não tem condições de funcionar como um garante universal de toda a sociedade. Além disso, a sua explicação decorre da legislação trabalhista que confere a empresa empregadora o dever principal de assumir os haveres trabalhistas de seus empregados, não devendo a empresa tomadora (neste caso o ente público) arcar com obrigações alheias.

Porém, ao analisar pela óptica do trabalhador, percebe-se que o texto puro da norma deixa de tutelar a este uma garantia do recebimento de suas verbas devidas, uma vez que o seu labor já fora prestado. Dessa maneira, a sujeição do obreiro ao ônus do descumprimento contratual da empregadora vai de encontro com os preceitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, ensinam Helder Santos Amorim, Gabriela Neves Delgado e Márcio Túlio Viana,⁴³:

⁴² Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22329162/agravo-de-instrumento-ai-845439-mg-stf> > Acesso em: 13 de nov de 2017

⁴³ AMORIM, Helder Santos, DELGADO, Gabriela Neves, VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização : aspectos gerais : a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST : novos enfoques*. 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/22216>> Acesso em: 07 de dez. de 2017. Págs. 54/84.

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbem aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência. (2011, pág. 54-84)

Assim, para que os empregados não acabem sendo prejudicados devido a fraudes, o TST determinou a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, através da edição do Enunciado n. 331.

O fundamento da responsabilização subsidiária surgiu da necessidade que a justiça laboral tem de proteger o empregado contra as adversas situações que lhe são impostas pelos empregadores, tentando garantir aquele ao menos a contraprestação pecuniária, direito indispensável para sua própria subsistência.

4.2 Responsabilização da Administração Pública em face ao Enunciado n. 331, TST

Quando inicialmente editada em 21 de dezembro de 1993, determinava que a empresa contratante responderia subsidiariamente, mesmo se não houvesse vínculo empregatício, com a empresa prestadora de serviço em casos de inadimplemento de verbas trabalhistas, não existindo em sua relação qualquer diferenciação entre a contratante ser empresa particular ou ente público, conforme transcrição abaixo:

Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado n. 256.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3-1-74);

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-6-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta.

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

Com a edição do enunciado em análise, surgiram várias discussões sobre a matéria, iniciando com a drástica mudança entre a responsabilização do Estado nos contratos de terceirização, pois a previsão legislativa de 1993 dispunha que o Estado não seria responsabilizado enquanto o enunciado inovou determinando que o ente público responderia de maneira subsidiária e de forma objetiva pelo inadimplemento da prestadora, não necessitando comprovação de dolo ou culpa.

Vejam os que Caio Mário da Silva Pereira⁴⁴ ensina sobre o assunto:

Em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente. (2012, pág.9)

Em 11 de setembro de 2000, o TST publicou a Resolução de n. 96, a qual expediu novamente dispositivo relevante acerca do tema, onde alterou o texto do Enunciado 331 em seu inciso IV, abordando de maneira expressa que a Administração Direta e Indireta possui responsabilidade subsidiária no inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Apesar das divergências existentes sobre a possibilidade do TST afastar a aplicabilidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 no que diz respeito aos encargos de caráter trabalhista, este dispositivo legal ficou sendo utilizado pelos Tribunais do Trabalho até a publicação da Ação Direta de Constitucionalidade – ADC n. 16 do STF, que será melhor analisada no tópico seguinte deste capítulo.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25ª Ed. 2012; Forense. Pág. 9

Ainda sim, é importante mencionar o resultado deste julgado para o deslinde da evolução histórica de tal dispositivo. Nesse sentido foi decidido pelo STF, na referida ação, a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, porém não descartou a responsabilização da Administração Pública, ressaltando que esta responderia conforme a demonstração de culpa do ente.

A partir daí, o TST, em 2011, alterou seu posicionamento incluindo os incisos V e VI no Enunciado n. 331. Sendo esta a última alteração do dispositivo, que passa a ter o seguinte enunciado:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

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

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

É possível observar uma mudança significativa no tratamento dado aos entes públicos, onde o novo inciso V, do Enunciado n. 331 do TST, determina que, ao contrário do que era antes, onde bastava o mero inadimplemento contratual quanto as verbas trabalhistas para que tomadora pública respondesse, a Administração Direta e Indireta respondam subsidiariamente pelo inadimplemento contratual da empresa empregadora desde que fique comprovada sua culpa em relação ao descumprimento do contrato administrativo, em especial da fiscalização do mesmo. Existem dois tipos possíveis em que essa conduta culposa pode se exteriorizar, através da “*culpa in eligendo*” e da “*culpa in vigilando*”.

A primeira decorre da má escolha realizada pelo ente público, que não deveria ter contratado com uma empresa inidônea e sem lastro econômico e financeiro para arcar com suas obrigações contratuais. Considerando que a contratação da empresa prestadora de serviços terceirizados deve ser precedida de procedimento licitatório, o fundamento jurídico desta espécie de culpa emana do artigo 27, III, da Lei n. 8.666/1993⁴⁵, que exige a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes com a finalidade destas demonstrarem sua capacidade em assumir os compromissos elencados no contrato administrativo.

Já em relação à *culpa in vigilando*, que resulta da ação omissiva do poder público no que diz respeito a seu dever de fiscalização deste contrato, ou ainda, de uma fiscalização precária quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, deriva do disposto nos arts. 67 e 70, da Lei n. 8.666/1993⁴⁶, que emitem a obrigação de fiscalização e acompanhamento da execução do contrato pelo representante da Administração. Vejamos o que a boa doutrina apresenta nesse sentido:

⁴⁵ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

III - qualificação econômico-financeira;

⁴⁶ Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviço. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador. (BARROS, 2006, pág. 430)

A culpa *in eligendo* se caracterizava pela má escolha dos empregados ou propostos, por parte do patrão ou comitente; a culpa *in vigilando* se referia à falta de atenção e cuidado para com o comportamento das pessoas que estavam sob a guarda ou responsabilidade do agente. (ARAÚJO, 2008, pág. 40)

Por fim, o recém acrescentado, inciso VI do Enunciado n. 331 intitula que a responsabilidade subsidiária discutida dos tomadores de serviços terceirizados decaem sobre a totalidade das verbas trabalhistas. Pode-se depreender ainda do enunciado que o ente estatal responde pelas verbas trabalhistas inadimplidas referentes apenas ao efetivo período da terceirização.

Assim, é possível, nos termos do referido enunciado, concluir que nos casos de terceirização a atribuição de responsabilidade à Administração Pública é de natureza subjetiva.

4.3. Constitucionalidade do Enunciado n. 331, TST

Desde a edição de tal enunciado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST há a discussão sobre se sua aplicação e conteúdo seguem ou não os preceitos constitucionais. Tal embate começou porque o Enunciado n. 331, em sua redação original, desconsiderava o dispositivo do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, ao não distinguir os particulares dos entes públicos e alterar a responsabilidade estatal na terceirização de eximida para subsidiária pelo mero inadimplemento da empresa empregadora (detentora do vínculo empregatício com o obreiro).

Essa celeuma permaneceu no Judiciário até o julgamento da já mencionada ADC n. 16. Tal ação foi impetrada em 2010, pelo governador do

Distrito Federal, que alegava que o entendimento exarado pelo TST através desse enunciado resulta na não aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, pleiteando assim a declaração de constitucionalidade deste último dispositivo.

O STF, declarou a constitucionalidade do enunciado questionado, como pode-se observar:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)⁴⁷

O STF, ao analisar o pedido, destacou no julgamento que a irresponsabilidade da Administração Pública no caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa empregadora trazida na Lei n. 8.666/1993 é constitucional, entretanto isso não quer dizer que os entes públicos simplesmente não respondem pelos seus contratos de prestação de serviços terceirizados. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso asseverou no julgamento desta ação:

O enunciado reconhece a constitucionalidade. O que adiante o Supremo dizer, repetindo o Tribunal Superior do Trabalho, que o art. 71 é constitucional? Nada. O enunciado permanece e subsiste do mesmo modo. Ou seja, a responsabilidade que a Justiça trabalhista tem reconhecido à Administração Pública, nos casos concretos, decorre do exame destes. Tanto o é, que a condição final para reconhecimento, nos termos do enunciado da súmula da responsabilidade da administração, é a seguinte: "...desde que haja participado da relação processual" – isto é, desde que a Administração Pública esteja dentro do processo e tenha se defendido – e conste também do título executivo judicial."

47

Ora, o que tem a ver isso com a constitucionalidade do artigo 71? Nada. Em suma é inútil para o tribunal perder-se, aqui, a reconhecer uma constitucionalidade que jamais esteve dúvida em lugar nenhum, porque a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não vai modificar-se por causa disso!⁴⁸

Assim, o Pretório Excelso entendeu que aplicando as regras gerais de responsabilidade civil existe a possibilidade do Poder Público responder subsidiariamente quando for tomadora de serviços desde que fique provada a culpa desta na escolha do contratado (*culpa in eligendo*) ou na má fiscalização da execução do contrato (*culpa in vigilando*), institutos já esmiuçados no tópico anterior.

É importante ressaltar, ainda, que em efeitos práticos para que a responsabilização ocorra deve haver a comprovação que o ente público agiu com culpa (*in eligendo ou in vigilando*) através de provas robustas, caso contrário o que estaria se impondo à Administração seria uma responsabilidade objetiva, que não possui amparo legal.

Como essa decisão proferida pelo STF culminava na não aplicação do Enunciado n. 331 do TST, esse tribunal rapidamente alterou o texto de tal dispositivo (como também já fora analisado), adequando-o conforme a jurisprudência do STF para que a justiça laboral continuasse a poder responsabilizar os entes públicos que se encontravam na posição de tomadores de serviços.

Sobre a matéria, houve ainda em 30 de março de 2017, o julgamento do Recurso Extraordinário - RE n. 760.931/2013, que reafirmou o entendimento utilizado na ADC n. 16/2010, determinando só caber a condenação da Administração Pública quando houver prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Salienta-se que este recurso possui repercussão geral, significando que a partir dele surge precedente para ser utilizado em casos semelhantes,

⁴⁸ Diários Oficiais. Tribunal Superior do Trabalho. 03 de abr de 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/68551013/tst-03-04-2014-pg-1532>> Acesso em: 7 de dez de 2017. Pág. 1532

tendo a ministra Cármen Lúcia, presidente do STF, ressaltado a existência de mais de 50 mil processos aguardando o julgamento do tema.

Com o entendimento sobre a possibilidade de responsabilização recém definido pelo TST e pelo STF, surgiu uma nova controvérsia a ser resolvida. Seria do trabalhador ou da Administração Pública o ônus probatório da culpa?

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 em seu artigo 373, inciso I⁴⁹, e a CLT no artigo 818, inciso I⁵⁰, estabelecem que o ônus da prova incumbe ao autor da ação quanto ao fato constitutivo de seu direito. Porém, não se pode atribuir precipitadamente uma conclusão ao tema sem a devida análise.

Considerando o trabalhador como o polo hipossuficiente dessa relação jurídica, não é preciso fazer muitos esforços para inferir que lhe atribuir o ônus probatório vai reduzir significativamente suas chances de obter êxito em sua pretensão.

Ocorre que o obreiro não possui maneiras para produzir tais provas, uma vez que qualquer documento que comprove uma atuação do Poder Público que incorra em culpa vai estar sobre a custódia da mesma. Ora, dada a eminente impossibilidade na apresentação dessas provas, não há como designá-las senão como provas diabólicas, aquela que se reveste de extrema dificuldade para sua obtenção ou que simplesmente é inalcançável.

A outra possibilidade então seria a inversão do ônus da prova, conforme dispõe o CPC no artigo 373, § 1º⁵¹, que faculta ao juiz a atribuição do *onus probandi* à parte que tiver a maior aptidão de fazê-lo, determinando ao ente público a comprovação de que não agiu com culpa na execução do contrato. A adoção desta corrente, por sua vez, pode ser tida como uma violação as regras do processo trabalhista consubstanciada no artigo 818, inciso I, da CLT supramencionado.

⁴⁹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

⁵⁰ Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

⁵¹ Art. 373. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Ocorreram diversos embates entre a classe obreira e os entes federativos, pois não há um consenso de quem caberia o ônus de provar a culpa, sendo assunto discutido no RE n. 760.931/2013:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL VOTO S/ PROPOSTA O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhora Presidente, eu acompanho a tese formulada e a preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso quanto à necessidade de obiter dictum. Eu penso que nós temos os obiter dicta, porque vários de nós, sejam os vencidos, sejam os vencedores, quanto à parte dispositiva, em muito da fundamentação, colocaram-se de acordo. E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato? Eu concordo que, para a fixação da tese, procurei, a partir, inicialmente, da proposta da Ministra Rosa, depois adendada pelo Ministro Barroso e pelo Ministro Fux durante todo julgamento, procurei construir uma tese, mas ela realmente ficou extremamente complexa e concordo que, quanto mais minimalista, melhor a solução. Mas as questões estão colocadas em obiter dicta e nos fundamentos dos votos. Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro Luiz Fux, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra Rosa Weber, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas veja o seguinte, Ministro Toffoli, só uma breve observação. Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao acesso à Justiça. O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins". E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Concordo, mas é importante esta sinalização, seja no obiter dictum que agora faço, seja nos obiter dicta ou na fundamentação do voto que já fizera anteriormente, e que fez agora o Ministro Luís Roberto Barroso, assim como a Ministra Rosa Weber: a Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no acompanhamento do contrato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, veja o seguinte: o primeiro ônus da prova é de quem promove a ação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, mas vamos tentar reter, senão nós não acabamos este processo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu não estou aqui a divergir da tese. Eu estou aqui a deixar registrado, ratificando os julgamentos que fiz em meu voto. O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Querem que eu inclua, *obiter dictum*, *obiter dicta*, porque são vários.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Estou acompanhando a tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A tese e deixando registrado. É só porque senão nós não terminamos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu estou registrando esse posicionamento no sentido de que a Administração Pública, uma vez acionada, tem que apresentar defesa, porque, muitas vezes, ela simplesmente diz: "Eu não tenho nada a ver com isso" - e tem, ela contratou uma empresa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) Também peço vênua ao Ministro Marco Aurélio, porque vou aderir à tese tal como proposta. Acho que eventuais situações, inclusive o Ministro Teori dizia aqui e em várias dessas reclamações: o que tiver de ser provado não é matéria mesmo do Supremo - não podemos revolver provas.⁵²

Fica claro que esta matéria foi discutida pela Corte Suprema do país em caráter *obiter dicta*, ou seja, foi tratado como um tema secundário, sendo a tese de que a Administração Pública deveria provar a realização da fiscalização das ações da empresa contratada de maneira a garantir a correta execução do contrato, não sendo assim provida a referida tese.

Dessa forma continuaram as controvérsias sobre o tema, devendo-se então usar as regras gerais de processo para sua definição, nos termos aplicados a cada caso concreto. A princípio caberia ao empregado, ora autor da ação, o fato constitutivo de seu direito, porém podendo o juiz, conforme análise do caso, determinar à Administração Pública, ora ré, que esta apresente as provas de que não agiu de forma culposa, quando ocorrer desta possuir maior aptidão de produzi-las.

52

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a responsabilidade civil da Administração Pública nos contratos de terceirização neste artigo, percebe-se a existência de inúmeras nuances que mostram-se fundamentais para a correta compreensão do assunto.

O primeiro capítulo, ao abordar sobre a responsabilidade civil estatal no Ordenamento Jurídico pátrio, demonstra que essa obrigação de reparar um dano causado a alguém é composta por quatro elementos básicos: fato (uma conduta comissiva ou omissa), dano (prejuízo causado), nexo de causalidade (elo de ligação entre a conduta e dano) e atuação por culpa (imprudência, imperícia e negligência) ou por dolo.

Ela subdividiu-se basicamente em cinco principais espécies: subjetiva, objetiva, contratual, extracontratual e nas relações de consumo. A primeira é caracterizada pela necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente. A segunda existe independentemente da comprovação de culpa. A terceira decorre de um vínculo contratual preexistente em oposição à quarta, derivada de um dever jurídico por imposição legal. A quinta é fruto do Código de Defesa do Consumidor, que confere especial proteção ao lado hipossuficiente dessa relação jurídica.

Quanto à evolução da responsabilização da Administração, iniciou com a teoria da irresponsabilidade do Estado, que não respondia por suas ações; passou para a teoria da culpa anônima, onde a responsabilização pela culpa poderia ser caracterizada pelo mau funcionamento do serviço público; em seguida foi desenvolvida a teoria da responsabilidade objetiva, não sendo mais necessário a comprovação de culpa; evoluiu para a teoria do risco administrativo, que atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa; por fim foi criada a teoria do risco integral, defendendo que existe a obrigação do ente público indenizar em todos os casos que causar dano ao particular.

No Brasil sempre houve a responsabilização do Poder Público pelos danos causados, trazendo as Constituições de 1824 e 1891 a responsabilização dos funcionários públicos por seus abusos e omissões; o Código Civil de 1916

estabeleceu a teoria da culpa à Administração; e a Constituição de 1946 inaugurou a responsabilidade objetiva, que está presente até hoje na legislação vigente.

Em relação ao instituto jurídico da terceirização, contratação de uma empresa para a prestação de serviço ou fornecimento de produtos, tem o intuito de redução de custos e aumentar a dedicação na atividade principal do ente contratante.

No Ordenamento jurídico pátrio observa-se várias previsões legais que não regulamentam esse assunto como um todo, apenas dispõem sobre aspectos específicos.

Ao tratar dos contratos de prestação de serviços terceirizados pela Administração Pública, ressalta-se que mesmo nos casos de contratação ilícita não poderá haver a formação direta de vínculo empregatício, bem como há determinação constitucional sobre a obrigatoriedade de procedimento licitatório prévio para a realização deste contrato.

Por fim, no terceiro capítulo ao tratar da responsabilidade estatal nos contratos de terceirização, destaca-se que a Lei n. 8.666/1993 estabelece a irresponsabilidade pelos encargos de natureza fiscal e comercial. Quanto aos encargos previdenciários, a Lei n. 8.666/1993 com a nova redação de seu artigo 71, § 2º dada pela Lei n. 9.032/1995, estabelece a responsabilidade solidária.

Já a responsabilidade do Estado pelas verbas trabalhistas sofreu bastante mudança, iniciando com a Lei n. 8.666/1993 determinando a sua irresponsabilidade. Ainda no mesmo ano foi editado o Enunciado n. 331 do TST, que estabelecia indistintamente a todos os tomadores a responsabilidade subsidiária pelo mero inadimplemento da empresa contratada. No ano 2000, a Resolução n. 96 do TST alterou a redação de tal enunciado, acrescentando de maneira expressa a Administração Pública direta e indireta.

Após anos de divergências doutrinárias, o STF através da ADC n. 16/2010 declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, estabelecendo que pelas gerais da responsabilidade civil o ente público responderá subsidiariamente, desde que fique devidamente comprovada sua

atuação com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Ainda este ano, o TST realizou a última alteração no Enunciado n. 331, adequando sua redação a este posicionamento.

Assim existindo controvérsias sobre a matéria, o STF, voltou a analisá-la no RE n. 760.931/2013, onde foi reafirmada a responsabilização subsidiária da Administração Pública nos termos supra mencionados. Ressalto que fora discutido também, em caratê *obter dicta* sobre o ônus probatório da conduta culposa, não se chegando porém a uma conclusão pacífica sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de out de 2017.

BRASIL. Decreto n. 62.756, de 22 de maio de 1968. Dispõe sobre a coordenação e fiscalização das Agências de Colocação, submetendo-as ao controle do Departamento Nacional de Mão-de-Obra, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-62756-22-maio-1968-403983-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.034, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre medidas de segurança para Instituições Bancárias, Caixas Econômicas e Cooperativas de Créditos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:federal:decreto.lei:1969-10-s1;1034&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.gov.br%2Flegin%2Ffed%2Fdelei%2F1960-1969%2Fdecreto-lei-1034-21-outubro-1969-375297-publicacaooriginal-1-pe.html&exec>>. Acesso em: 13 de nov de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.212, de 02 de maio de 1939. Cria, na Universidade do Brasil, a Escola Nacional de Educação Física e Desportos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1212.htm>. Acesso em: 10 de nov de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1.943. A prova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de set de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13429-31-marco-2017-784561-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Regula a profissão de corretor de seguros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4594.htm>. Acesso em: 10 de out de 2017.

BRASIL. Lei n. 5.645/70, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104116/lei-5645-70>>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 15 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 7.102/83, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e

de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 13 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.html>. Acesso em: 05 de set de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994. Altera a Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/127482/lei-8863-94>>. Acesso em: 13 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.883 de 08 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.html> Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 13 de nov de 2017.

BRASIL. Lei n. 9.032 de 28 de abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e n. 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm>. Acesso em: 20 de nov de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, julgamento em: 24 de novembro de 2010 e publicação em: 09 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627841/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-16-df-stf>>. Acesso em: 20 de nov de 2017

BRASIL_____. Recurso Extraordinário n. 760.931. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=760931&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

BRASIL_____. Enunciado n. 239. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acesso em: 10 de out de 2017.

BRASIL_____. Enunciado n. 256 (cancelada). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 10 de out de 2017.

BRASIL_____. Enunciado n. 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 10 de out de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/4294>>. Acesso em: 10 de out de 2017.

AMORIM, Helder Santos, DELGADO, Gabriela Neves, VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização : aspectos gerais : a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST : novos enfoques.* 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/22216>> Acesso em: 07 de dez. de 2017

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho.* In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, Curitiba, v. 29, n. 53, pág. 53-70, jul.-dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1502109>. Acesso em: 21 de ago de 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 4^a ed. São Paulo: LTr, 2009.

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

LIRA, Ricardo Pereira. *Ato ilícito.* Revista de Direito da Procuradoria-Geral Vol. 49. 2012. Disponível em: < <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=827035>> Acesso em: 07 de dez. de 2017.

LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil.* In: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v. 1, n. 3. pág. 44-54, nov. 2006. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>>. Acesso em: 21 de ago de 2017.

MARTINS, Raquel de Siqueira. *Terceirização – os limites da responsabilidade do tomador de serviços*< http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18073> Acesso em: 07 de dez de 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Terceirização no Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2003, Malheiros Editores.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. *Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social*. 2003. Disponível em: <www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf>. Acesso em: 07 de dez. de 2017

NETO, Alexandre Shigunov; SACARPIM, João Augusto. *Terceirização em serviços de manutenção industrial*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25ª Ed. 2012; Forense.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.