

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

**Thiane Ferreira Silva**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO  
DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE  
TERCEIRIZAÇÃO**

Juiz de Fora  
2011

**Thaiane Ferreira Silva**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO  
DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE  
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do professor FLÁVIO BELLINI DE OLIVEIRA SALLES.

Juiz de Fora

2011

**Thaiane Ferreira Silva**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO  
DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE  
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Professor Flávio Bellini de Oliveira Salles – Orientador

---

Professor Dorival Cirne de Almeida Martins

---

Professora Jussara Araújo de Almeida

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Juiz de Fora

2011

Agradeço a todos que, de alguma forma, ajudaram-me na elaboração deste trabalho, em especial ao Professor Flávio Bellini de Oliveira Salles, que sempre se mostrou solícito e, sobretudo, paciente ante todas as minhas dúvidas.

## RESUMO

O presente estudo traça um panorama geral acerca da responsabilidade da Administração Pública face ao inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização, bem como das mudanças ocorridas na normatividade jurídica acerca do tema, a despeito da inexistência de legislação específica. A partir de análise detida da triangularização das relações de trabalho, em que figura como tomadora de serviços a Administração, verifica-se que a questão da responsabilidade, até então sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, tendo o Supremo Tribunal Federal dado novo enfoque ao tema. Investiga este estudo, ainda, o fundamento da responsabilidade subsidiária estatal, suas alterações e sua aplicabilidade, face à revisão da Súmula 331 do TST. Por fim, demonstra a razoabilidade da responsabilização estatal face à precarização dos direitos obreiros, em razão da ausência de fiscalização estatal nos contratos de terceirização inicialmente estabelecidos segundo a lei.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>2 TERCEIRIZAÇÃO .....</b>   | <b>9</b>  |
| 2.1 Denominação e conceito .....                                     | 9         |
| 2.2 Evolução histórica .....   | 11        |
| 2.3 Terceirização no serviço público .....                           | 13        |
| 2.3.1 Reforma do Estado .....  | 14        |
| <b>3 DISCIPLINA JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO .....</b>                  | <b>15</b> |
| 3.1 Evolução legislativa e jurisprudencial .....                     | 15        |
| 3.2 Terceirização: caracterização e aferição da licitude .....       | 19        |
| 3.2.1 Terceirização lícita: situações-tipo .....                     | 19        |
| 3.3 Prós e contras da terceirização .....                            | 21        |
| <b>4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b> | <b>22</b> |
| 4.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 .....             | 23        |
| 4.1.1 Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 .....    | 23        |
| 4.2 Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho .....           | 25        |
| 4.2.1 Críticas ao poder de criação jurisprudencial .....             | 25        |
| 4.2.2 Revisão do enunciado .....                                     | 27        |
| 4.3 Da aplicação das normas sobre a responsabilidade civil .....     | 28        |
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b>   | <b>31</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>34</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Tem a ciência jurídica a finalidade de estabelecer limites que tutelem o indivíduo e a sociedade. O Direito deve refletir os valores intrínsecos ao ser humano e tanto seu conteúdo, quanto sua aplicação devem objetivar, precipuamente, o resguardo da vida e da dignidade. Assim sendo, verifica-se a evolução legislativa dos institutos, na eterna e incansável tentativa de adequação do Direito à realidade fática em que vivemos.

A terceirização consubstancia-se num fenômeno de flexibilização dos direitos trabalhistas, que, uma vez conduzido à esfera da Administração Pública, como instrumento de reforma do Estado, conferiu à iniciativa privada a execução dos serviços públicos não nucleares, como a limpeza urbana, por exemplo.

Assim, a terceirização, bem como a privatização e a publicização, tornou-se mais um dos institutos utilizados pelo Estado, com a finalidade de promover a reorganização estrutural do Poder Público.

Convém destacar que a triangularização da relação trabalhista – tomador de serviços, empresa interposta e trabalhador –, no âmbito da Administração, guarda como característica marcante a transferência, tão somente, da execução dos serviços públicos, permanecendo sua titularidade sob a égide estatal.

O presente trabalho monográfico dá especial enfoque à declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Sessão Plenária de 24 de novembro de 2010, que estabeleceu que a inadimplência dos encargos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

O posicionamento do STF pôs fim às discussões sobre o tema, ao afastar a aplicação do inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que trata da responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública, tanto direta, quanto indireta, pelos encargos trabalhistas decorrentes da terceirização.

A Corte Suprema posicionou-se no sentido de que a mera inadimplência da empresa interposta não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, o que não significa dizer que a mesma está eximida de ser

responsabilizada por eventual falha dos agentes públicos, seja em razão da má escolha da empresa contratada (*culpa in eligendo*), seja em razão da omissão na fiscalização das obrigações da contratada, principalmente no que diz respeito à idoneidade e ao cumprimento dos encargos sociais (*culpa in vigilando*), o que deverá ser verificado mediante análise do caso concreto e do contexto fático-probatório.

O TST, conforme retrocitado, atribuía a responsabilidade pelos encargos trabalhistas ao Poder Público, com fundamento na presunção absoluta da culpa (responsabilidade objetiva), em que bastava o simples inadimplemento das obrigações trabalhistas; ocorre que, diante da decisão da Corte Suprema, fez-se mister a correção daquele entendimento, que, embora estivesse sumulado, não respeitava as diretrizes constitucionais, especificamente a reserva de plenário estabelecida pela Súmula Vinculante n. 10 do STF, configurando abuso no exercício do poder.

Destarte, diante do entendimento firmado pelo STF, o TST, em maio do corrente, procedeu à modificação de sua Súmula 331, IV, a fim de adequá-la ao comando supremo, acrescentando, ainda, outros dois incisos.

Importante destacar que a declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 não impede a imputação de responsabilidade à Administração Pública nos contratos de terceirização. Muito pelo contrário, deve esta ser averiguada no caso concreto, mediante análise detida das provas e circunstâncias, visando a resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), sendo inteiramente compatível com a decisão proferida pelo STF, na ADC nº 16.

O dever da Administração, por meio de seu agente ou administrador público, é de fiscalizar o contrato, tanto em sua celebração, no tocante a um regular procedimento licitatório, quanto em sua execução, razão pela qual sua ação ou omissão resulta, inequivocamente, no dever de reparar os danos decorrentes de sua desídia no cumprimento do dever imposto constitucional ou legalmente.

Mister, pois, uma análise ampla do ordenamento, que permita interpretá-lo sistemática e teleologicamente. Assim, necessário se faz analisar os dispositivos legais relacionados ao tema, observando-se o todo harmônico e coerente, bem como fundando-se nos fins almejados pela ordem jurídica.

Porém, a presente pesquisa não tem a pretensão de exaurir o tema, limitando-se a buscar o fundamento dessa espécie de responsabilidade e, por esta razão, não serão abarcados os aspectos práticos dessa obrigação de indenizar.

Para que se obtenha êxito em tal intento, inicialmente será traçado um panorama histórico da terceirização como um todo, dando-se especial enfoque à sua origem e trajetória no âmbito da Administração Pública.

Em seguida, serão apontados os dispositivos legais e jurisprudenciais que regulamentam a matéria e apresentadas as peculiaridades acerca do instituto, indicando-se de maneira genérica as hipóteses em que a terceirização é legalmente admitida. Este tópico é de suma importância para a investigação acerca da aceitação da responsabilidade do Estado.

Após, serão expostas as recentes modificações quanto à disciplina jurídica do tema, em especial no que tange à responsabilidade estatal, esclarecendo-se os argumentos e os contra-argumentos, até que seja possível extrair dessa análise os fundamentos que justificam essa responsabilidade.

No presente estudo, será utilizado o método indutivo, haja vista a intenção de se obter conclusões gerais a partir de premissas individuais sobre a responsabilidade subsidiária subjetiva da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas decorrentes da terceirização no serviço público.

A investigação adotada será, preponderantemente, do tipo jurídico-teórico, com ênfase nos aspectos conceituais e doutrinários referentes ao tema em apreço.

A análise será desenvolvida a partir da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, recorrendo-se a livros e artigos relacionados com a temática, assim como a julgados e à legislação pertinente.

No que concerne aos setores de conhecimento, a pesquisa possuirá uma feição multidisciplinar, devido à necessidade de se buscar elementos constantes do Direito do Trabalho, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Depois de discutidas todas as questões mencionadas, será possível concluir com segurança acerca da razoabilidade da responsabilização estatal por inadimplemento dos encargos trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização.

## 2 TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é entendida por muitos doutrinadores como um instituto do Direito Empresarial e não do Direito do Trabalho. Contudo, esta *forma de gestão empresarial* ou *técnica de administração* mereceu a tutela juslaboral, sob pena de mercantilização do trabalho humano e precarização das relações de trabalho.

Embora a terceirização se nos apresente como um fenômeno relativamente novo, uma pesquisa aprofundada revela o contrário, pois, de fato, este instituto surgiu entre os séculos XVI e XVII, embora só tenha ganhado destaque nas últimas décadas.

### 2.1 Denominação e conceito

No Brasil, devido à industrialização tardia, o processo de terceirização começou a ser incorporado pelas empresas na segunda metade do século XX, mas somente consolidou-se na década de noventa.

Em pesquisa realizada a respeito da origem da expressão “terceirização”, Jerônimo Souto Leiria e Newton Saratt apuraram que, “segundo a revista Exame de janeiro de 1991, a palavra terceirização foi ‘cunhada’ na Riocell S.A. e quer dizer contratação de serviços de terceiros”<sup>1</sup>.

Referida nomenclatura mereceu várias críticas, inclusive por não seguir a tendência mundial que denominava o fenômeno de subcontratação; esta foi a denominação escolhida em Portugal e em países como Estados Unidos (*outsourcing*), França (*sous-traitance*), Itália (*subcontrattazione*) e Espanha (*subcontratación*).

---

<sup>1</sup> LEIRIA, Jerônimo Souto & SARATT, Newton. **Terceirização: uma alternativa de flexibilização empresarial**. São Paulo: Editora Gente, 1996, p. 95.

Entoando as críticas à nomenclatura pátria, Rodrigo de Lacerda Carelli é um dos que afirmam que “todas essas denominações, exceto a brasileira, demonstram a existência de um contrato civil de entrega de atividades a outra empresa”<sup>2</sup> e, portanto, seriam mais adequadas.

A despeito da denominação “terceirização”, há tantas outras que são utilizadas para se referir ao mesmo processo, tais como desverticalização, horizontalização, descentralização e a internacionalmente utilizada subcontratação.

Não obstante a denominação seja controvertida e sofra algumas críticas, a conceituação do fenômeno não gera tamanha polêmica, sendo as opiniões dos diversos doutrinadores, em sua maioria, convergentes.

Ciro Pereira da Silva define terceirização como “a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal”, o que permite a redução de custos e proporciona benefícios em termos de qualidade, produtividade e competitividade<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, Lívio Giosa a define como “um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua”<sup>4</sup>.

Rodrigo de Lacerda Carelli, por sua vez, conceitua terceirização como sendo “o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa”<sup>5</sup>.

Para Jerônimo Souto Leiria e Newton Saratt, terceirizar nada mais é que delegar a terceiros tudo o que não constituir atividade-fim da cadeia produtiva<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 74.

<sup>3</sup> SILVA, Ciro Pereira da. **A Terceirização Responsável: Modernidade e Modismo**. São Paulo: Editora LTR, 1997, p. 30.

<sup>4</sup> GIOSA, Lívio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. São Paulo: Editora Pioneira, 1997, p. 14.

<sup>5</sup> Idem (2). p. 75-76.

<sup>6</sup> Idem (1). p. 17.

Há, ainda, tantas outras definições, umas mais complexas, outras mais sucintas, mas todas englobando a idéia de transferência a um terceiro, que pode ser pessoa física ou jurídica, de atividades secundárias, as quais necessariamente não se confundem com a atividade principal.

## 2.2 Evolução histórica

A terceirização é um fenômeno muito mais antigo do que se imagina, pois, segundo Rodrigo de Lacerda Carelli, remonta à Europa da Idade Moderna:

A terceirização não é um fenômeno recente, mas sim a amplitude de sua utilização. Roberto Castel conta que na Europa, entre os séculos XVI e XVII, praticava-se o “putting-out system”, sistema de subcontratação onde o comerciante fornecia a lã, o tecido de lã ou o metal, e às vezes até ferramentas, a trabalhadores habitantes no meio rural, retornando estes o material acabado ou semi-acabado. O interessante é que, ainda segundo Castel, a subcontratação teve como móvel contornar as regras da organização tradicional das profissões (Corporações de Ofício), já que os subcontratados (ou terceirizados da época) eram camponeses, fora do âmbito da estruturação urbana dos ofícios.<sup>7</sup>

Ainda de acordo com o mesmo autor citado por Rodrigo de Lacerda Carelli, até mesmo no auge do Fordismo – que não deixava de ser o Taylorismo sob uma nova roupagem – os empregadores utilizavam-se da subcontratação. No entanto, o modelo capitalista taylorista/fordista, que havia conquistado hegemonia mundial, começava a mostrar suas deficiências em 1960, entrando em colapso em 1973, em razão do choque do petróleo.

Logo o Fordismo foi substituído pelo Toyotismo ou Especialização Flexível, que, ante as inequívocas mudanças ocasionadas pela globalização, impunha uma reestruturação produtiva que incluía a larga utilização da terceirização.

---

<sup>7</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 74-75.

Insta salientar a inexistência de um consenso sobre o surgimento da terceirização, pois há doutrinadores, como Jerônimo Souto Leiria e Newton Saratt, que relatam que o surgimento da terceirização deu-se nos Estados Unidos, antes da Segunda Guerra Mundial, alcançando sua consolidação no referido país já na década de cinquenta<sup>8</sup>.

Enquanto isso, no Brasil, as empresas ainda importavam a maior parte dos componentes, conjuntos e subconjuntos indispensáveis à fabricação de seus produtos, pois, em virtude de uma industrialização tardia, faltava-lhes principalmente tecnologia para tanto.

Ocorre que a imposição legal de nacionalização do produto final, como parte de uma política protecionista dos produtos nacionais frente aos estrangeiros, fez com que as empresas buscassem sua auto-suficiência em todo o processo produtivo, resultando em desgaste gerencial e administrativo, bem como na dispersão de gastos e mão-de-obra, sem o retorno correspondente.

As medidas protecionistas estatais, indiretamente, reconheciam nossa inferioridade, senão incompetência, para competir com os importados, que primavam pela qualidade e baixo preço.

Ante a crescente industrialização e globalização, a verticalização do processo de produção logo mostrou-se ineficiente e retrógrada, pois a especialização é o primeiro passo para a perfeição, vez que permite a empresas e profissionais serem os melhores em determinado setor, à medida em que podem se concentrar em uma única atividade, não em várias.

No interregno das décadas de sessenta e oitenta, ocorreu uma discreta horizontalização, mediante gradual transferência de atividades secundárias a empresas especializadas, com destaque para as de prestação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, transporte de valores, entre outros. Contudo, a falta de competitividade externa gerou um comodismo no mercado que impossibilitou maiores avanços.

---

<sup>8</sup> LEIRIA, Jerônimo Souto & SARATT, Newton. **Terceirização: uma alternativa de flexibilização empresarial**. São Paulo: Editora Gente, 1996, p. 22.

Nesse contexto, a abertura de mercado promovida pelo Governo Collor fez acirrar a disputa pela preferência dos consumidores e expôs as deficiências das empresas nacionais frente às estrangeiras, em especial as chinesas, no tocante à fabricação de tecidos e calçados, e as americanas e japonesas, entre outras, nos ramos automobilístico e de eletrodomésticos.

Na década de noventa, em meio a um mercado automobilístico cada vez mais concorrido, as fábricas de automóveis brasileiras tentavam recuperar o tempo perdido e concorrer em igualdade de condições com os importados, tendo a terceirização especial importância nessa difícil empreitada, pois a transferência a terceiros de atividades que não se relacionavam diretamente ao produto final, mostrou-se capaz não só de minimizar custos e preocupações com o gerenciamento de referidas atividades, como também o tempo de fabricação, além de promover um extraordinário aumento da capacidade produtiva.

Desse modo, terceirizar as atividades-meio para uma ou mais empresas que as tivessem como suas atividades-fim permitia à empresa concentrar-se em sua atividade principal e aperfeiçoá-la, a fim de obter competitividade interna e também externa, contando com a tecnologia e especialização das terceirizadas para realizar atividades secundárias.

Segundo Ciro Pereira da Silva, um processo sério de terceirização deve se consubstanciar na preservação ou busca por melhor qualidade, sendo o menor preço um elemento importante na eleição da contratada, mas jamais o determinante exclusivo, pois, não raras vezes, a terceirização de serviços fundada tão somente na redução de custos pode resultar em graves problemas (no caso da alimentação, por exemplo, em intoxicação coletiva)<sup>9</sup>.

Outro problema que surgia com a desverticalização era o crescimento do desemprego estrutural, a despeito do desenvolvimento gerado pelo acréscimo da produtividade e competitividade entre as empresas, em parte devido à automação e racionalização da produção, em parte devido à recessão econômica e ao processo inflacionário então vivenciados.

---

<sup>9</sup> SILVA, Ciro Pereira da. **A Terceirização Responsável: Modernidade e Modismo**. São Paulo: Editora LTR, 1997, p. 26-28.

Neste cenário, surgiu a flexibilização da jornada de trabalho como solução paliativa, mas tanto esta, quanto a terceirização, que não deixa de ser uma flexibilização do emprego, segundo Rosita de Nazaré Sidrim Nassar<sup>10</sup>, trouxeram em seu bojo graves reflexos além do já mencionado desemprego, tais como o aviltamento salarial e a perda de benefícios.

Ressalte-se que o fenômeno terceirizante ora se afigura como causa, ora como consequência do desemprego e, nesta seara, há autores que apontam a terceirização como responsável pelo desemprego estrutural, enquanto outros a tomam como solução, ainda que paliativa, desse grave problema social, político e econômico.

### **2.3 Terceirização no serviço público**

O Estado e sua estruturação e interação com a economia e a sociedade estão em constante transformação, sempre tentando adequar-se à dinâmica social. A prova disso é que, ao longo da História, várias formas de Estado sobrepuseram-se umas às outras, muitas das vezes caminhando entre extremos, num processo cíclico de evolução.

Diante das crises econômicas e sociais experimentadas mundialmente, não apenas a produção mereceu uma reestruturação, como também o aparelho estatal, sendo que a terceirização passou a ser adotada pela Administração Pública como uma nova alternativa. A transferência à iniciativa privada da execução de serviços não essenciais, quando realizada em estrito cumprimento da lei, mostrou-se capaz de reduzir quadros de pessoal superlotados e sem função, preservando a mesma eficiência na prestação de serviços à comunidade, os quais permaneciam sob a titularidade estatal.

---

<sup>10</sup> NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 1991, p. 169-171.

### 2.3.1 Reforma do Estado

O Estado Liberal, que teve início no século XVIII, caracterizou-se por intervir minimamente nas esferas social e econômica, sendo, por isso, denominado Estado mínimo. Contudo, com a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, esse modelo de estruturação estatal mostrou-se falho e incapaz de suportar os reveses políticos, econômicos e sociais, entrando em colapso com a crise de 1929.

A partir da década de trinta, teve lugar o Estado Social-Burocrático, cujo mote era a intervenção. Assim, o Estado abandonou a posição de mero guardião da ordem e segurança nacionais e passou a intervir diretamente na economia e na sociedade, elaborando e instaurando políticas econômico-sociais, que levaram, evidentemente, à ampliação do funcionalismo público e a uma forte burocratização.

Ocorre que a centralização exacerbada promovida pelo *Welfare State*, sob essa forma de Estado hipertrofiado e pretensamente onipresente, que atraiu para si inúmeras funções, a fim de atuar diretamente nos planos social, político e econômico, não resistiu à globalização, às novas tecnologias e ao capitalismo desenfreado, mostrando-se rígido e ineficiente, e recorrendo a medidas extremamente protecionistas que, inutilmente – diante da inevitabilidade das mudanças –, atravancaram o desenvolvimento.

Em razão do desgaste do modelo estatizante burocrático, passou-se, então, a uma descentralização e flexibilização da Administração Pública e, com a retração do Poder Público, houve um enxugamento da máquina administrativa, ganhando enfoque as atividades que realmente exigiam a gerência estatal.

A fim de atender às demandas sociais com maior eficiência, o Estado Neoliberal delegou algumas de suas atividades não-essenciais ao setor privado, destacando-se, entre elas, a de limpeza urbana. Esta foi apenas uma das medidas impostas por ocasião da Reforma do Estado, que despontou na década de sessenta, mas que somente redesenhou as bases norteadoras do Estado no final do século XX, tendo como principais diretrizes a implementação do modelo de administração gerencial e a delimitação das funções estatais, o que redundou na privatização, na publicização e na terceirização mediante licitação competitiva no mercado.

### **3 DISCIPLINA JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO**

Conforme demonstrado anteriormente, a terceirização é um fenômeno mais antigo do que se imagina, embora sua amplitude seja relativamente recente, o que explica - mas não justifica - a escassez normativa a seu respeito.

Ressalte-se que, mais de quarenta anos após o primeiro diploma legal acerca do tema, permanece ausente a regulação por uma norma específica, que regulamente o tema de forma adequada, estabelecendo regras, atribuindo responsabilidades e, sobretudo, dirimindo quaisquer dúvidas que possam abrir espaço a fraudes e prejuízos para os trabalhadores.

#### **3.1 Evolução legislativa e jurisprudencial**

De modo geral, considera-se que o marco evolutivo da terceirização é o Decreto-Lei n. 200, de 1967, que, em seu artigo 10, § 7º, estabelecia:

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

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

O Decreto-Lei n. 200/67 teve, indiscutivelmente, papel fundamental e pioneiro na tentativa de reduzir a burocratização, ao legalizar a administração indireta, tendo por escopo o combate à rigidez e ineficiência estatais, que engessavam a máquina

administrativa. Contudo, a ausência de normatividade e instrumentos de controle e regulação levou a uma autonomia desmedida, pois, diante da desnecessidade de prévio concurso público para a contratação de pessoal, muitas das nomeações verificaram-se por motivação estritamente política, dando margem ao favorecimento, ao clientelismo e à corrupção. Em seguida, foi editada a Lei 5.645/70, que também tratava da terceirização na esfera pública.

Com o fito de corrigir o desvirtuamento da aplicação do Decreto-Lei n. 200/67, surgiu o Decreto-Lei 2.271/97<sup>11</sup>, cujo objeto é a disciplina da contratação de serviços pela Administração Pública, de modo a privilegiar o interesse público, assegurando, sobretudo, o comprometimento social. Dispõe, *in verbis*:

Art. 4º. É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: (...)

II – caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra; (...)

IV – subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

Depreende-se do referido diploma que a terceirização não será possível para completar quadros de pessoal que deveriam ser preenchidos mediante a admissão ou o remanejamento de servidores públicos e que a subordinação dos empregados da contratada ao ente público é terminantemente proibida.

Na esfera privada, outros diplomas jurídicos foram inseridos no ordenamento, a fim de disciplinar o tema, como os Decretos-Lei 1.212 e 1.216, ambos de 1966, autorizando o uso de serviços de segurança terceirizados, o Decreto 62.756/68, proporcionando a legalização da mão-de-obra por meio de agências especializadas, e o Decreto 1.034/69, disciplinando a utilização de serviços de vigilância bancária por meio de empresas intermediadoras.

Em 1974, foi sancionada a Lei 6.019, que trata do trabalho temporário, comumente confundido com a terceirização, embora esta se consubstancie na prestação de serviços e tenha caráter permanente, enquanto aquele consiste no

---

<sup>11</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 117.

fornecimento temporário de mão-de-obra para a realização de atividades em favor da empresa tomadora.

Assim, tem-se que o trabalho temporário constitui uma exceção lícita à intermediação de mão-de-obra ou *marchandage*, sempre repudiada pelos nossos tribunais, que não admitem a comercialização do trabalho humano, como se mercadoria fosse. O trabalho temporário, como o nome já diz, decorre da necessidade transitória de substituição temporária de pessoal ou acréscimo extraordinário de serviços, não podendo exceder a 3 (três) meses, prorrogáveis por igual período, mediante autorização do Ministério do Trabalho e Emprego.

Merece igual destaque a Lei 7.102/83, que dispõe acerca da terceirização dos serviços de vigilância e transportes de valores no setor financeiro, estabelecendo, inclusive, normas para a constituição e funcionamento de empresas criadas para este fim. Posteriormente, as alterações promovidas pelas Leis 8.863/94 e 9.017/95, respectivamente, ampliaram a utilização da terceirização para todos os tipos de vigilância e o transporte de valores para todos os tipos de cargas, não somente de valores.

Diante da inexistência de norma própria, a jurisprudência trabalhista assume especial importância, vez que a uniformização das decisões resulta nos enunciados de súmulas, as quais, a despeito de não vincularem os magistrados, servem-lhes de norte.

A primeira súmula editada sobre o tema foi a 239, aprovada pela Resolução Administrativa do TST n. 15/85, com o intuito de evitar fraudes à legislação trabalhista pelas instituições financeiras, estabelecendo, para tanto, *ser bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico*<sup>12</sup>.

Após, houve a aprovação do enunciado de súmula n. 256, pela Resolução Administrativa 04/86, dispondo o seguinte:

---

<sup>12</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 105-106.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Contudo, o enunciado demonstrou um equívoco cometido pelo TST, pois tratou indistintamente de trabalho temporário e prestação de serviços de vigilância, visto que, conforme esclarecido anteriormente, aquele não se confunde com a terceirização, mas o enunciado referiu-se à terceirização como contratação de trabalhadores, não como contratação de serviços. Referida súmula deixou, ainda, de abarcar a hipótese de terceirização dos serviços de conservação e limpeza, que já ganhavam espaço à época.

Nesse contexto, foi aprovada, pela Resolução Administrativa 23/93, a súmula 331 do TST, que estabelecia:

331. Contratação 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 6.019, de 03.01.74).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.012, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

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

Recentemente, mais precisamente em 24.12.2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), que prevê que dívidas trabalhistas de empresas contratadas pela Administração Pública não devem ser pagas por esta, nem podem onerar o contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações.

A decisão foi proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em face da responsabilização subsidiária do Poder Público pelos débitos trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização. Em virtude da mencionada decisão da Corte Suprema, o TST, em maio de 2011, procedeu à revisão do item IV da Súmula 331, acrescentando, ainda, os itens V e VI, *in verbis*:

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

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 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Não obstante a terceirização encontre previsão na Súmula 331 do TST, recém-revisada, sua aplicação ainda gera polêmicas e dá origem a litígios, especialmente no que tange ao tema responsabilidade, litígios estes que poderiam ser evitados ou amenizados com a edição de uma lei própria, que levasse em consideração as particularidades da terceirização em cada uma de suas vertentes, proporcionando maior segurança jurídica para todos.

### **3.2 Terceirização: caracterização e aferição da licitude**

São lícitas todas as hipóteses de terceirização delineadas na Súmula 331 do TST, considerando-se taxativo o rol por ela apresentado. Desta forma, todas as demais situações configuram terceirização ilícita e são repudiadas pelo ordenamento pátrio, por constituírem verdadeira precarização das relações de trabalho.

### **3.2.1 Terceirização lícita: situações-tipo**

Comumente, a terceirização é dividida em quatro grupos, consubstanciados nas hipóteses previstas na Súmula 331.

O primeiro deles é o trabalho temporário, que, embora esteja previsto no inciso I da Súmula 331, guarda diferenças essenciais com a terceirização em si, mas, historicamente, é confundido com esta. O trabalho temporário, que tem como requisitos a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da tomadora ou o acréscimo extraordinário do serviço desta empresa, mereceu, inclusive, regulação por norma própria, a saber, a Lei 6.019/74, enquanto a terceirização continua ao sabor das mudanças jurisprudenciais exclusivamente.

Conforme mencionado anteriormente, os contratos de serviços temporários constituem uma exceção lícita à intermediação de mão-de-obra e possuem, portanto, regras rígidas de utilização, como o prazo máximo de 3 (três) meses, prorrogáveis por igual período, o que tem por escopo principal coibir eventuais fraudes.

O segundo grupo é formado pelos serviços de vigilância, previstos no inciso III da mesma súmula, que suplantou o Enunciado 256, que, por sua vez, limitava sua utilização às hipóteses previstas na Lei 7.102/70, restringindo-os, portanto, ao setor bancário. Assim, a Súmula 331 ampliou a possibilidade de terceirização dos serviços de vigilância para os setores patrimonial, pessoal, entre outros que não somente o bancário.

O terceiro grupo tem lugar no mesmo inciso e diz respeito aos serviços de conservação e limpeza, uma das formas pioneiras de terceirização de serviços que,

apesar de encontrar previsão na Lei 5.645/70, deixou de ser contemplada pelo Enunciado 256 do TST, tendo sido este equívoco corrigido com a edição da Súmula 331, que a incluiu no seu rol taxativo de licitude.

Por fim, o quarto e último grupo, também delineado pelo inciso III, refere-se aos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, que podem ser delegados à execução indireta, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Tem-se, portanto, que essas quatro situações objeto da Súmula 331 do TST formam o rol taxativo de terceirização lícita no ordenamento, constituindo parâmetro legal para aferição da licitude, pois tudo que não se enquadrar nessas hipóteses será considerado terceirização ilícita.

Percebe-se, pois, que a licitude da terceirização está ligada à execução de atividades que não integrem a atividade nuclear ou essencial da empresa, isto é, à execução de atividades-meio, que deverão primar pela ausência de pessoalidade, subordinação e hierarquia. Presentes estes elementos fático-jurídicos, que compõem a relação empregatícia, ou verificada a terceirização em atividade-fim da empresa, configurar-se-ão a ilicitude e a fraude na terceirização, devendo o desvirtuamento do instituto ser combatido, mas antes prevenido e coibido.

### **3.3 Prós e contras da terceirização**

Da análise detida do fenômeno terceirizante, percebe-se que ele oferece mais vantagens do que desvantagens e que estas decorrem, em sua maioria, do desvirtuamento do instituto.

A terceirização levada a cabo mediante o estrito cumprimento da lei proporciona ao tomador de serviços aspectos muito positivos, como os já mencionados aumento de produtividade e competitividade e redução de custos, além da otimização dos serviços, com a diminuição de atividades-meio administradas sem ganho de especialidade,

somando-se as qualidades das atividades-meio e das atividades-fim e dando mais agilidade às decisões.<sup>13</sup>

Os trabalhadores, por sua vez, além de não ingressarem nas estatísticas de desemprego, receberiam, como contrapartida, em uma situação ideal de terceirização, um salário justo e compatível com o piso da categoria, embora a realidade fática não se mostre assim na grande maioria das vezes, não sendo raras as críticas à diferenciação salarial feita entre empregados diretos e empregados terceirizados, bem como os argumentos em favor de uma equiparação salarial.

Os aspectos negativos da terceirização incluem o aumento do risco a ser administrado, o aumento da dependência de terceiros, bem como a má eleição da empresa contratada e a má administração do processo, tendo estes últimos graves consequências na esfera juslaboral.<sup>14</sup>

O desemprego estrutural, por vezes, é incluído entre os contras da terceirização, sendo tido como uma consequência da mesma, na medida em que esta proporcionou o enxugamento do quadro direto de empregados. Contudo, não raro, a terceirização é apontada como solução paliativa ao desemprego, pois teria promovido a realocação dos empregados dispensados no terceiro setor, o setor de serviços.

Nesta linha, o que de fato merece críticas é o oportunismo do setor empresarial que, diante das mazelas sociais provocadas por um quadro de desemprego estrutural, busca uma cada vez maior flexibilização das normas trabalhistas, sob o falso argumento de comprometimento social, quando, na verdade, visa tão somente a aumentar seus lucros, a despeito da precarização dos direitos obreiros. Esta busca irracional e desmedida muitas das vezes culmina na prática de terceirizações ilícitas e fraudulentas, consubstanciando, portanto, a maior mazela do fenômeno terceirizante.

---

<sup>13</sup>LEIRIA, Jerônimo Souto & SARATT, Newton. **Terceirização: uma alternativa de flexibilização empresarial**. São Paulo: Editora Gente, 1996, p. 47-48.

<sup>14</sup> LEIRIA, Jerônimo Souto & SARATT, Newton. **Terceirização: uma alternativa de flexibilização empresarial**. São Paulo: Editora Gente, 1996, p. 47-48.

#### **4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O Estado é uma organização bastante complexa, que representa o poder supremo dentro de seu território e caracteriza-se por ter a prerrogativa de criar normas jurídicas coercitivas, que regularão as diversas situações do cotidiano dos cidadãos que nele residem.

Ocorre que não somente os sujeitos de direito privado devem curvar-se aos dispositivos jurídicos emanados pelo Estado, como também o próprio, que antes de tudo deve servir de exemplo.

Em face do princípio da unidade da Constituição da República, não há espaço para que se estabeleça desmesurado privilégio à Administração, em face de créditos de trabalhadores, que, como é cediço, ostentam natureza alimentar.

Ora, se a própria Constituição determina seja reconhecida a culpa da Administração e, por consequência, o dever de indenizar os danos causados a terceiros por atos dos seus agentes (artigo 37, § 6º), não haveria substrato constitucional a autorizar a excludente em face de lesão a direitos dos trabalhadores.

A falta de atenção e cuidado para com a sonegação dos direitos dos trabalhadores, perpetrada pela empresa prestadora de serviços, não pode deixar de ser imputada à tomadora de serviços, seja porque era sua a responsabilidade pela fiscalização do contrato de prestação de serviços, seja porque do labor direto dos empregados terceirizados materializou-se o objeto contratado.

Assim, em virtude da necessidade imperiosa de se resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, dos quais não podem ser privados aqueles que, com sua força de trabalho, concretizaram o interesse público, materializado no objeto do contrato, insta imputar ao Estado a responsabilidade pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, quando o caso concreto e o contexto fático-probatório assim indicarem.

Dessa forma, percebe-se que o Estado deverá agir com razoabilidade, procurando equilibrar e alcançar ao máximo todos os fins conflitantes abordados na Constituição.

## 4.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16

### 4.1.1 Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93

O STF, na Sessão Plenária de 24 de dezembro de 2010, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, ajuizada pelo Distrito Federal, tendo ingressado como *amicus curiae* a União e diversos outros entes da Federação, declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a chamada Lei de Licitações e Contratos, *in verbis*:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

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

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 representa um verdadeiro divisor de águas, na medida em que a responsabilidade do Poder Público deixa de ser, nos contratos de terceirização, fundada na presunção absoluta da culpa (responsabilidade objetiva), em que bastava o simples inadimplemento das obrigações trabalhistas, para tornar-se resultado da análise das provas dos fatos, do dano, da culpa e do nexo causal (responsabilidade subjetiva).

Assim, segundo os ensinamentos de Daniel Guarnetti dos Santos:

Ressalte-se que o STF, quando do julgamento do mérito da ADC nº 16, ao analisar o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, orientou-se no sentido da sua constitucionalidade, salientando que a mera inadimplência do contratado não teria o condão de transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, o que não significaria, contudo, que a omissão do

Órgão Público na fiscalização das obrigações do contratado não viesse a gerar-lhe essa responsabilidade.<sup>15</sup>

Destarte, o STF, ao declarar constitucional o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, colocou um ponto final nas discussões sobre o tema, afastando a aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST, que trata da responsabilidade subsidiária objetiva pelos encargos trabalhistas na terceirização, em relação à Administração Pública Direta e Indireta.

O Supremo posicionou-se no sentido de que a mera inadimplência da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, o que não significa dizer que a mesma está eximida de ser responsabilizada por eventual falha dos agentes públicos, seja em razão da má escolha da empresa contratada, consubstanciada num processo licitatório irregular ou até mesmo inexistente (*culpa in eligendo*), seja em razão da omissão na fiscalização das obrigações da contratada atinentes aos encargos trabalhistas e sociais (*culpa in vigilando*), cabendo o ônus da prova ao reclamante, por força do art. 333 do Código de Processo Civil, que, além de instruir a lide, terá grande importância na formação do livre convencimento do magistrado, cuja decisão motivada determinará ou não a responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Não se poderia admitir que, isoladamente e de forma absoluta, um artigo da lei infraconstitucional mencionada – § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 – eximisse o tomador de serviço, que usufruiu da força de trabalho do reclamante, de responder subsidiariamente pela sonegação trabalhista promovida pela empregadora do trabalhador, a prestadora de serviços.

Assim têm entendido vários autores, entre eles Ivani Contini Bramante:

A declaração de constitucionalidade da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), artigo 71, parágrafo 1º, pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 16) foi feita *in abstracto*, desvinculada de qualquer caso concreto, na consideração de um processo de licitação em condições de legalidade e normalidade. Portanto,

---

<sup>15</sup> SANTOS, Daniel Guarnetti dos. **As repercussões jurídicas do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 em face da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho**. Jus Navegandi, Artigo elaborado em dez. 2010. Acesso em: 15 maio. 2011.

não constitui *salvo conduto* ou *incondicional ausência de responsabilidade pelos danos à que deu causa a Administração Pública*, por meio de contratação precedida de procedimento licitatório. Se restar provado que a Administração Pública, por seu agente público, de qualquer modo, concorreu com descumprimento da legislação trabalhista, atrai a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.<sup>16</sup>

## 4.2 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A Súmula 331 do TST teve sua origem na aprovação da Resolução Administrativa 23/93, que procedeu nada mais que uma revisão da já existente Súmula 256. Ante a ausência de lei específica que regulamente as hipóteses de cabimento da terceirização, bem como que atribua responsabilidades por eventuais ilegalidades, constitui-se, ainda, na principal fonte de disciplina jurídica da terceirização.

### 4.2.1 Críticas ao poder de criação jurisprudencial

Ao afastar a aplicação do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, com fulcro no inciso IV da Súmula 331, o TST descumpria a Súmula Vinculante 10 do STF, pois negava, ainda que implicitamente, a vigência do dispositivo legal, por uma suposta incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Ante o suposto desrespeito do TST às diretrizes da Súmula Vinculante 10 do STF, que dispõe acerca da cláusula de reserva de plenário consagrada no artigo 97 da Constituição — segundo a qual a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal prescinde da declaração pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de nulidade absoluta da decisão emanada do órgão fracionário —, o STF

---

<sup>16</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização**. Artigo elaborado em jan. 2011. Acesso em 07 mai. 2011.

concluiu pelo retorno dos autos ao TST, para novo julgamento, com a devida observância dos termos contidos no artigo 97 da Constituição, acerca da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, que, para parte da doutrina, seria um "privilégio de isenção responsabilizatória", "flagrantemente inconstitucional"<sup>17</sup>.

Esta parte da doutrina, que não admite a inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST, encontra, inclusive, respaldo jurisprudencial. Anote-se, neste sentido, a decisão transcrita a seguir:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (SÚMULA VINCULANTE 10). A decisão que atribui a responsabilidade subsidiária ao Estado, pelo inadimplemento contratual pela prestadora, não gera violação da cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante 10) porque não afasta a incidência da norma inserta no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Ainda que seja declarada a constitucionalidade do referido dispositivo, pela ADC em tramitação no STF, não haverá implicações para a responsabilização subsidiária da Administração, porque a interpretação do artigo em comento deve estar restrita a seu âmbito de aplicação, o que fica muito claro, após a interpretação sistemática da ordem jurídica, inclusive no que tange à função social dos contratos administrativos. Não coube à Lei 8.666/93 dispor sobre a responsabilidade pelo pagamento dos créditos sonegados dos trabalhadores que executaram o serviço em prol do interesse público. O escopo da Lei de Licitações, expresso em seu próprio preâmbulo, é regulamentar o art. 37, inciso XXI, da CR/88 e instituir normas para licitações e contratos com a Administração Pública, ou seja, regular a relação do Poder Público contratante com a empresa contratada. Da mesma forma, ao exame da função social dos contratos firmados pela Administração, também se pode afirmar que eles buscam o atendimento do interesse público, da forma que melhor realiza o princípio da eficiência (art. 37, caput, CF/88). E, como decorre da própria Lei de Licitações, a contratação de terceiros para a realização de serviços públicos se destina, entre outros, a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, o que só se compreende se for selecionada empresa que cumpra o contrato, em todos os termos pactuados, inclusive no que tange ao pagamento dos créditos trabalhistas, já que não condiz com a função gestora do Estado pactuar com particulares, em desfavor do interesse público, nele incluída a justa contraprestação a quem trabalha em prol do desenvolvimento social. Afinal, se a contratação de terceiros servir para institucionalização do calote aos trabalhadores que desempenham os serviços públicos, onde está a vantagem para a Administração? (RO0000923-35.2010.5.04.0012, Juiz Rel. Manuel Cândido Rodrigues, DEJT 05/11/10, p. 115).

---

<sup>17</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** Artigo elaborado em jan. 2011. Acesso em 07 mai. 2011.

#### 4.2.2 Revisão do enunciado

A Resolução n. 174/2011, aprovada pelo Pleno do TST e divulgada em 27, 30 e 31.05.2011, deu nova redação à Súmula 331 do TST, alterando o inciso IV e acrescentando os incisos V e VI.

Destarte, os ministros adequaram o Enunciado 331 à decisão da Corte Suprema, o qual passou a dispor, *in verbis*:

331. Contratação 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 6.019, de 03.01.74).

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.012, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade 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 haja participado da relação processual e conste também do título executivo.

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 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

### 4.3 Da aplicação das normas sobre a responsabilidade civil

A Corte Suprema posicionou-se no sentido de que a mera inadimplência da empresa interposta não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, o que não significa dizer que a mesma está eximida de ser responsabilizada por eventual falha dos agentes públicos, seja em razão da má escolha da empresa contratada (*culpa in eligendo*), seja por força de omissão na fiscalização das obrigações da contratada (*culpa in vigilando*).

Neste sentido tem sido boa parte das decisões:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - O recente entendimento do STF, no julgamento da ADC-16/DF, no qual se declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, impede que se aplique, automaticamente, o entendimento da Súmula 331/TST, impondo responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas que com ela contrataram. Não impede, contudo, que se faça o exame da matéria sob a ótica da culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Ora, a Lei n. 8.666/93 expressamente impõe o dever de fiscalização à Administração Pública, que deve se envolver de maneira direta e diária na rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada, o que não se vislumbrou na hipótese dos autos. Assim, tendo sido omisso e negligente o 2º reclamado em relação ao seu dever de fiscalização, caso é de se lhe imputar a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas às autoras, limitadas, no entanto, ao termo final do contrato de prestação de serviços firmado com a 1ª ré. Nesse sentido, aliás, é a nova redação da Súmula 331 do c. TST, que teve acrescido o inciso V, o qual dispõe: Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada - redação de maio/2011 (0000185-57.2010.5.03.0138 RO, Rel. Jorge Berg de Mendonça, DEJT 08-08-2011, p. 155).

Por ocasião do julgamento de mérito da ADC n. 16, restou asseverado que, comprovado o nexo causal, nada impede o reconhecimento da responsabilidade

subsidiária do Poder Público, por conta da aplicação de outras normas previstas no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal trata da responsabilidade civil do Estado em seu Capítulo VII, intitulado “Da Administração Pública”, o que indica que as normas existentes neste capítulo somente se aplicam ao Poder Executivo.

A matéria é assim regulada no artigo 37, § 6º:

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

Por meio da leitura do transcrito dispositivo constitucional, constata-se claramente a adoção da teoria da responsabilidade objetiva no sistema jurídico pátrio, uma vez que, em nenhum momento, cita-se a necessidade de comprovação de culpa para ensejar a responsabilização estatal. Só será necessário comprovar o dolo ou culpa se o Estado pretender exercer o direito de regresso, em um segundo momento.

O referido dispositivo constitucional aplica-se aos atos da Administração Pública que geram prejuízo para o particular, abrangendo os atos de todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas, independentemente da atividade exercida. As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e as pessoas privadas delegatárias de serviço público (as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público) também são alcançadas por esta norma.

O Código Civil atual, em seu artigo 43, também faz referência à matéria, trazendo disposição semelhante à norma constitucional:

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

Da mesma forma, os artigos 186 e 187 do referido diploma prevêm a possibilidade de imputação ao ente estatal de responsabilidade extracontratual,

atribuível a toda pessoa jurídica, da qual certamente não poderá ser eximido o Poder Público.

Não se podendo subtrair do trabalho prestado os direitos dos empregados, previstos no ordenamento jurídico trabalhista, incide plenamente, pois, a inteligência da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

No mesmo sentido, dispõe a legislação civilista, estampada no art. 932, inciso III, do CC:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Nunca é demais lembrar que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Por conseguinte, os valores sociais do trabalho, emanados do art. 7º e incisos, da Constituição Federal de 1.988, bem como das disposições constantes do ordenamento jurídico infraconstitucional, constituem patamar fundamental do qual não podem ser privados aqueles que, com sua força de trabalho, concretizaram o interesse público, materializado no objeto do contrato.

Destarte, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica, não se lhe atribuindo valor maior do que aquele que pode realmente alcançar e não se olvidando dos diversos dispositivos constitucionais, como também de outras normas infraconstitucionais que regem o ordenamento pátrio.

## 5 CONCLUSÃO

O presente estudo traçou um panorama histórico da terceirização, especificamente no que tange à sua utilização pela Administração Pública, e demonstrou as peculiaridades do fenômeno. Tudo isso para que fosse possível, ao final, constatar a razoabilidade da responsabilização estatal pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, derrubando quaisquer óbices apontados pela doutrina.

De fato, demonstrou-se que os habituais argumentos contra a responsabilização do Estado tomador de serviços são demasiadamente frágeis para sustentar a irresponsabilidade estatal.

Constatou-se, em linhas gerais, que o óbice do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, quando muito, somente pode emergir em casos em que não haja culpa do tomador de serviços

Com efeito, o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não abarca, em suas possibilidades hermenêuticas, a exclusão da responsabilidade da Administração em caso de culpa.

Em face do princípio da unidade da Constituição da República, não há espaço para que se estabeleça desmesurado privilégio à Administração, em face de créditos devidos a trabalhadores que, como é cediço, ostentam natureza alimentar.

Ora, se a própria Constituição determina seja reconhecida a culpa da administração e, por consequência, o dever de indenizar os danos causados a terceiros por atos dos seus agentes (artigo 37, § 6º), não haveria substrato constitucional a autorizar a excludente em face de lesão a direitos dos trabalhadores.

A norma prevista no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, por sua vez, afasta a possibilidade de a Administração Pública assumir, como regra, o encargo pelo pagamento de salários dos empregados das empresas contratadas, em consonância com a norma constitucional de admissão de servidores públicos apenas por concurso público (artigo 37, II e § 2º).

Trata-se de norma moralizadora e afinada com os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, em conformidade com o artigo 37, *caput*, da Carta Política.

No entanto, havendo culpa da Administração ao contratar (*culpa in eligendo*) ou ao fiscalizar o cumprimento do objeto do contrato (*culpa in vigilando*), impõe seja reconhecida a sua responsabilidade subsidiária pela quitação dos créditos devidos pelo contratado. Não com base no multicitado artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas com arrimo no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e artigos 43, 186 e 932 do Código Civil.

Nunca é demais lembrar que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Por conseguinte, os valores sociais do trabalho, emanados do art. 7º e incisos, da Constituição Federal/88, bem como do disposto no ordenamento jurídico infraconstitucional, constituem patamar fundamental do qual não podem ser privados aqueles que, com sua força de trabalho, concretizaram o interesse público, materializado no objeto do contrato.

Portanto, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado de forma sistemática, não se lhe atribuindo valor maior do que aquele que pode realmente alcançar. Não é correto atribuir-se a um único dispositivo do ordenamento o condão de anular outras normas jurídicas de igual ou superior hierarquia e de perturbar de forma gravíssima toda a proteção que o constituinte outorgou à dignidade da pessoa humana e ao trabalho como valor social fundamental para melhoria da condição social dos empregados.

A concepção extraída do sistema interpretativo clássico – tudo ou nada –, com a devida vênia, muitas vezes há que ceder ao processo interpretativo de balanceamento ou ponderação, a fim de que, à luz do princípio denominado de *concordância prática* ou *cedência recíproca*, impeça-se a imposição de conclusão que, amparada no dogma da clássica interpretação mencionada, sacrifique a proteção integral do bem tutelado.

Com efeito, não se está, aqui, defendendo a inconstitucionalidade do multicitado § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, em contrariedade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16.

No entanto, deve-se considerar que as normas jurídicas possuem um campo eficaz, dentro do qual regem as situações fáticas ocorridas. Destarte, não se pode reconhecer ao referido dispositivo legal amplitude para afastar a responsabilidade da Administração Pública em caso de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

Para estes casos, aplica-se o disposto nos artigos 43 e 186 do Código Civil, como mencionado alhures.

Do contrário, reconhecendo extensão e alcance ilimitados ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, estar-se-ia criando privilégio desmesurado e sem suporte nos reconhecidos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ora, não está a Administração Pública sujeita aos princípios da moralidade, eficiência e legalidade (CRFB/88, artigo 37, *caput*)?

Como se admitir que aquele que deva dar o exemplo permita que seus contratados, que recebem em contrapartida verbas de natureza pública, possam executar o contrato em benefício da própria Administração Pública sem que haja fiscalização do cumprimento da lei?

O referenciado § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 é constitucional, não há dúvida. Contudo, a sua aplicação é restrita aos casos de ausência de culpa da Administração na escolha de seus contratados e no acompanhamento da execução dos contratos por ela firmados.

Havendo culpa, incide o disposto nos artigos 43 e 186 do Código Civil.

O ordenamento jurídico é um sistema harmônico. Suas partes, regras e princípios, coexistem, dando equilíbrio ao conjunto, de modo que a solução para os casos concretos possa ser encontrada com base na justiça e na ética, razão pela qual não há, *data venia*, suporte axiológico a interpretação que insira no âmbito de aplicação do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 a ausência de responsabilidade da Administração Pública nos casos de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Ademais, a rigor não há transferência ao Ente Público, vez que a responsabilidade pelo adimplemento do crédito trabalhista continua a ser da empresa

prestadora de serviços, ostentando o tomador de serviços responsabilidade, sob a modalidade subsidiária, em razão de ser o beneficiário direto da força de serviço do empregado e por não ter fiscalizado, como deveria, o contrato firmado com a prestadora de serviços.

A falta de atenção e cuidado para com a sonegação dos direitos dos trabalhadores, perpetrada pela empresa prestadora de serviços, não pode deixar de ser imputada à tomadora de serviços, seja porque era sua a responsabilidade pela fiscalização do contrato de prestação de serviços, seja porque do labor direto dos empregados terceirizados materializou-se o objeto contratado.

Logo, não se pode extrair do trabalho prestado os direitos dos empregados, previstos no ordenamento jurídico trabalhista.

Nunca é demais destacar que continuará o tomador de serviços com plena legitimidade para ajuizamento de ação regressiva em face do devedor principal, com vistas a ser ressarcido pelo pagamento.

## BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização**. Jus Navigandi, Artigo elaborado em jan. 2011. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/18479/a-aparente-derrota-da-sumula-331-tst-e-a-responsabilidade-do-poder-publico-na-terceirizacao>. Acesso em 07 mai. 2011.

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

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

GIOSA, Livio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. São Paulo: Editora Pioneira, 1997.

JUCÁ, Maria Carolina Miranda. **Crise e Reforma do Estado: as bases estruturantes do novo modelo**. Jus Navigandi, Artigo elaborado em ago. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3598/crise-e-reforma-do-estado>. Acesso em: 25 out. 2011.

LEIRIA, Jerônimo Souto & SARATT, Newton. **Terceirização: uma alternativa de flexibilização empresarial**. São Paulo: Editora Gente, 1996.

MELO, Raimundo Simão de Melo. **A necessária revisão da Súmula n. 331 do TST diante do novo Código Civil.** Revista LTR, Vol.75, n.01, Janeiro de 2011, p. 09-15.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho.** São Paulo: Editora LTR, 1991.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16 e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Revista LTR, Vol.75, n.07, Julho de 2011, p. 775-791.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. **As repercussões jurídicas do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 em face da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.** Jus Navegandi, Artigo elaborado em dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18167/as-repercussoes-juridicas-do-julgamento-pelo-supremo-tribunal-federal-da-acao-declaratoria-de-constitucionalidade-no-16-em-face-da-sumula-331-iv-do-tribunal-superior-do-trabalho>. Acesso em: 15 maio. 2011.

SILVA, Ciro Pereira da. **A Terceirização Responsável: Modernidade e Modismo.** São Paulo: Editora LTR, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.