

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**KARINA DE SANTANA NERE**

**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO PODER PÚBLICO NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FRENTE AO NOVO PANORAMA DELINEADO  
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC 16**

**Aracaju**

**2012**

**KARINA DE SANTANA NERE**

**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO PODER PÚBLICO NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FRENTE AO NOVO PANORAMA DELINEADO  
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC 16**

Monografia apresentada á Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe – Fanese,  
como um dos pré-requisitos para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Esp. AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

**Aracaju**

**2012**

**KARINA DE SANTANA NERE**  
**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO PODER PÚBLICO NOS**  
**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FRENTE AO NOVO PANORAMA DELINEADO**  
**PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC 16**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito á comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Aprovada em : \_\_/\_\_/\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Esp. Augusto César Leite de Resende**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

---

**Me. Agripino Alexandre dos Santos Filho**  
**Instituição**

---

**Me. Pedro Durão**

**Instituição**

Aos meus pais e ao meu esposo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado coragem para enfrentar mais uma faculdade.

A minha família maravilhosa, por ter me apoiado e me incentivado todos os dias. Em especial ao meu esposo, meu grande incentivador, mesmo quando eu estava errada, triste, buscou sempre fazer com que eu olhasse para frente.

Aos meus amigos, pelas tantas vezes que não pude está presente, pois sempre estava estudando, principalmente a Ana Lúcia e Claudiana Ferreira, meu muito obrigado.

À minha irmã, Jéssica Nere, que esteve suprindo a minha falta com meus pais, em todos os momentos, a você sou grata.

À minha sogra, lamara Toscano e a Avó do meu esposo, Annette Toscano, por ter me acolhido como uma filha e neta, e sempre terem me dado forças para não desistir.

Ao meu orientador, Augusto César Leite de Resende, por ter me ajudado a escrever esta monografia e por sempre está disponível para tirar as minhas dúvidas, com certeza sem meu mestre, não teria conseguido.

A todos os mestres que me ajudaram a entender a dimensão que o curso de direito propõe aqueles que decidem compreendê-lo, levo para a vida os ensinamentos passados por vocês.

Enfim, a todos que me ajudaram nesta caminhada, sou grata por tudo.

## RESUMO

A responsabilidade da administração pública frente aos empregados terceirizados para trabalhar dentro do serviço público é tema de vital importância no que concerne ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, diante da crescente terceirização de serviços em quase todos os setores da Administração Pública. Assim, o presente trabalho tem como objetivo precípuo de estudo delinear os principais argumentos, contrários e favoráveis, que emergem da doutrina e jurisprudência, acerca da questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto ao inadimplemento dos créditos trabalhistas por parte do prestador de serviços, no que concerne à aplicação ou não da súmula 331, inciso IV do TST frente ao dispositivo da Lei de Licitações, que se apresenta em sentido diametralmente oposto, além do questionamento no próprio cerne da questão, se é plausível a responsabilização de forma subsidiária dos entes da Administração Pública quando os contratos trabalhistas forem inadimplidos. O tema ganhou relevância evidente quando, em março de 2007, fora proposta perante o Supremo Tribunal Federal a ADC n. 16 em face do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 pelo governador do Distrito Federal com o objetivo, por via transversa, de afastar o entendimento preponderante até então na jurisprudência trabalhista insculpido na supracitada súmula.

Palavras-chave: Administração Pública. Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Responsabilidade Objetiva. Súmula 331, IV, do TST. ADC n. 16.

## **ABSTRACT**

The responsibility of administration compared to the outsourced employees to work within the public service is a matter of vital importance with regard to new understanding of the Supreme Court, given the increased outsourcing of services in almost all sectors of public administration. Thus, the present work has as main objective the study outline the main arguments against and in favor that emerge from the doctrine and jurisprudence on the issue of liability of public administration on the default of claims by the labor service in respect of the application or not the summary 331, section IV of the TST front of the device the Procurement Law, which has diametrically in opposition, in addition to questioning the very heart of the matter, whether it is plausible accountability so loved the subsidiary of Public Administration when labor contracts are defaulted. The issue gained prominence evident when, in March 2007, was brought before the Supreme Court ADC n. 16 in the face of art. 71, § 1, of Law 8.666/93 by the governor of the Federal District in order, by transverse, depart from the understanding prevailing in the case hitherto inculcido labor in the above summary.

Keywords: Public Administration. Outsourcing. Liability. Objective Responsibility. Precedent 331, IV, the TST. N ADC. 16.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
DO INGRESSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
Considerações Iniciais.....	16
Do Concurso Publico.....	17
2.2.1 Obrigatoriedade Do Concurso Público.....	17
2.3 Os Agentes Estatais.....	19
2.4 Da Reforma Administrativa e o Surgimento Da Terceirização No Serviço Publico.....	22
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	25
3.1 Considerações Iniciais.....	25
3.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	27
3.3 Responsabilidade Objetiva do Estado – Art. 37,§6º, da Constituição Federal.....	28
3.4 Omissão e Responsabilidade Civil Do Estado.....	28
3.5 Causas de Inaplicabilidade da Responsabilidade Objetiva e Culpa Concorrente.....	29
3.6 Responsabilidade Subsidiária dos Entes Públicos Nos Créditos Trabalhistas.....	31
4. TERCEIRIZAÇÃO.....	33
4.1 Breves Comentários.....	33
4.2 Histórico Da Terceirização no Brasil.....	34
4.3 Terceirização e Direito do Trabalho.....	35
4.4 A Terceirização na Administração Pública.....	39
4.4.1 Aspectos Introdutórios.....	39
4.4.2 Do Modo de Contratação Através da Lei 8.666/93.....	42
4.4.3 Da Terceirização na Administração Pública.....	44
5. A ADC N. 16 E SUA REPERCUSSÃO.....	48
5.1 Considerações Iniciais.....	48
5.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	50
5.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.....	50
5.3.1 ADC N. 16 e a Sumula 331, IV, DO TST.....	54
5.4 Responsabilidade do Estado Pós -ADC N.16.....	56

5.4.1 Efeitos e Extensão Da ADC N. 16.....	56
5.4.2 Fiscalização na Lei 8666/93 e Nas Instruções Normativas.....	58
5.4.3 Culpa In Vigilando e In Elegendo.....	67
5.4.4 Ônus Probatório e Verbas Devidas.....	69
6. CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74
ANEXOS.....	77

## 1 INTRODUÇÃO

A reforma da máquina administrativa promovida pela emenda constitucional nº 19 introduziu no ordenamento jurídico a ideia de eficiência do poder público na condução de sua máquina. Em apoio a esta ideia promoveu-se a desestatização de inúmeros serviços, noutro lado, o poder público passou a priorizar as atividades relacionadas ao fim público.

Nesse diapasão, atividades consideradas como meio, em oposição à atividade fim, foi relegada a segundo plano, sendo possível a terceirização dessas atividades, não havendo que se falar em ofensa ao princípio insculpido no art. 37 da CF.

Com vistas a regulamentar o permissivo das atividades que poderiam ser terceirizadas foi editado o Dec. 22791/04.

A problemática surge no momento em que a Administração passa a terceirizar tais atividades meio e as empresas contratadas, submetidas ao regime licitatório, deixam de honrar seus compromissos financeiros, havendo dúvidas acerca da responsabilidade da Administração pública face ao serviço lhe ser prestado diretamente.

Decisões de Tribunais trabalhistas impunham responsabilidade subsidiária à Administração, apesar da divergência instalada na doutrina e jurisprudência.

A fim de por fim à discussão, a matéria chegou ao STF por meio da ADC 16, na qual se questionava a constitucionalidade do art. 70, parágrafo 1º da lei 8.666/93, tendo o Supremo julgado procedente a ação, considerando, portanto, constitucional tal dispositivo, impondo ao TST a retificação da Súmula 309.

A responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas na terceirização revela-se um tema controverso e atual, afinal o TST já se manifestou sobre o assunto na súmula n. 331, a qual, além de ir de encontro ao disposto no art. 71 da Lei 8.666/93, motivou a propositura de uma Ação Direta Constitucionalidade deste artigo (ADC n.16).

Procurar-se-á delinear as mudanças decorrentes deste novo panorama legislativo, bem como suas imbricações com a previsão da responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta quando evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93.

Levando em consideração que a nova realidade imposta por tais alterações implicará num quadro de desequilíbrio de forças entre o empregado

terceirizado e o Estado, então tomador de serviços, haja vista que, em tese, o obreiro terá de arcar com o ônus de provar a negligência da Administração Pública ao licitar e fiscalizar o cumprimento do contrato, serão perquiridos mecanismos de proteção ao empregado, por ser este parte insuficiente da relação, a exemplo de uma possível inversão do ônus probatório.

Esta pesquisa tem relevância científica, uma vez que não existe, ainda, entendimento jurisprudencial consolidado, pois, apesar do STF ter tomado um posicionamento o TST entende de outra forma, como demonstrado no presente trabalho.

Quando se trata de contratação de origem trabalhista imperioso é a obediência às normas previstas na CLT, mormente quando a prestação do serviço se dá em estrutura pertencente ao poder público, o qual deve obediência ao princípio da legalidade.

Essa nova modalidade de prestação de serviço ao Estado, que não por ingresso através de concurso público, dá ensejo ao estudo desta nova relação tricotômica entre Estado, empresa contratada e trabalhadores.

Como relevância social, desde a Constituição de 1988 o acesso ao judiciário tem sido facilitado, seja pelo constituinte originário, seja pelo derivado, a instituição e criação dos juizados especiais são um exemplo disso. Não bastasse, é evidente também a crescente conscientização da população em relação aos seus direitos, o que eleva sobremaneira a carga de autuações e processos levados ao poder judiciário.

Na seara trabalhista essa situação de maior e melhor acesso também é evidenciada, caracterizada sobretudo pelo aumento do número de processos distribuídos. Não bastasse, o poder público é um grande empregador, não só em relação às suas demandas de natureza estatutárias, mas também em relação às atividades meio contratadas, objeto de estudo do presente trabalho.

Nesse sentido, importante a definição da responsabilidade quanto aos débitos de natureza trabalhista no caso de inadimplemento das empresas contratadas pelo poder público.

Houve interesse no tema para o pesquisador porque gerou elementos científicos para reflexão dos conflitos vindouros para que sejam tutelados de forma correta pelo direito atual, ampliando assim o debate diante do atual cenário.

A escolha do tema teve como motivação o conhecimento, a relevância do tema interessa sobretudo ao poder público enquanto contratante dos serviços terceirizados, mas não só e, principalmente, ao trabalhador na qualidade de destinatário principal no recebimento das verbas referentes ao labor realizado.

O pagamento feito pelo poder público à contratada e sua posterior ou concomitante inadimplência em relação aos terceirizados gera tensão na prestação do serviço, podendo culminar na paralisação da atividade prestada (greve), gerando prejuízo direto ao contratante pela (des)continuidade do serviço público, afrontando um dos pilares da Administração. As seguintes questões nortearam esta pesquisa:

1. Em que medida a Administração Pública pode ser responsabilizada pelo inadimplemento das empresas terceirizadas contratadas para desenvolvimento da atividade meio?
2. Como fica o panorama legal da responsabilidade da Administração frente à decisão do STF na ADC 16?
3. Qual a repercussão do julgamento da ADC 16 na seara administrativa?

Além disso, a pesquisa contemplou os seguintes objetivos:

1. Compreender através dos enfoques doutrinário e jurisprudencial a discussão acerca da responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização das atividades meio, e qual o papel do poder público frente à decisão adotada pelo STF na ADC 16.
2. Como ficam aos trabalhadores das empresas terceirizadas quanto à ocorrência de eventual inadimplemento das empresas contratantes.
3. O papel da Administração na condução e fiscalização dos contratos de terceirização, evitando eventual responsabilização do poder público.
4. Os efeitos doutrinário e jurisprudencial após o julgamento da ADC 16.

Entrando no âmbito da metodologia da pesquisa, este estudo foi desenvolvido a partir de uma abordagem qualitativa<sup>1</sup>, utilizando o método hipotético-

---

<sup>1</sup> MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 110.

dedutivo<sup>2</sup>. Para tanto, foram utilizadas como fontes primárias, livros didáticos, artigos relacionados ao tema proposto, quais sejam: A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial<sup>3</sup>; A constitucionalidade do emprego público<sup>4</sup>.

Ainda, como fontes primárias, foram utilizadas as Leis do ordenamento jurídico brasileiro, em especial aquelas relativas ao Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito do Trabalho, que oferecem a riqueza de detalhes necessária para se nortear o desenvolvimento da pesquisa, além de jurisprudência e a consulta a processos que envolvam a responsabilidade da Administração Pública.

Como fontes secundárias, recorreu-se à bibliografia que fala acerca dos serviços de terceirização e de serviços na esfera pública, a doutrina do direito do trabalho que trata das relações de trabalho, revistas e periódicos que abordam de forma genérica os assuntos referentes à Administração Pública e seus contratos. Estas foram consideradas para se obter maior grau de completude e integração.

Quanto aos objetivos estabelecidos, a natureza das pesquisas foi descritiva<sup>5</sup> e explicativa<sup>6</sup>.

Com relação aos procedimentos técnicos de coleta de dados que foram utilizados durante os estudos, o bibliográfico e documental, sendo mais utilizado a jurisprudência do STF, como pressuposto para a coleta de dados.

Ao final com a obtenção dos dados, buscaram-se travar um paralelo entre a teoria, qual seja, a vasta discussão doutrinária acerca da Administração Pública e os seus contratos, visando alcançar os objetivos pretendidos, oferecendo a profundidade e fluidez necessárias para auxiliar durante o processo de elaboração da pesquisa.

Em todos os procedimentos, em cada momento de pesquisa, foram contemplados os ensinamentos de Umberto Eco: “fazer uma tese significa divertir-se”<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Op. cit.; nota 1, p. 111.

<sup>3</sup> JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno. **A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial**. Disponível em:

<[www.revista.fadir.ufu.br/include/getdoc.php?id=409&article...](http://www.revista.fadir.ufu.br/include/getdoc.php?id=409&article...)>. Acesso em 21 de janeiro de 2012.

<sup>4</sup> NERY, Daniel Christianinni. **A constitucionalidade do emprego público**. Revista Autor, agosto de 2008. disponível em:

<[http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=271:a-constitucionalidade-do-emprego-pco&catid=15:direito&Itemid=44](http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=271:a-constitucionalidade-do-emprego-pco&catid=15:direito&Itemid=44)>. Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

<sup>5</sup> MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica**: a prática de fichamentos, resumos, resenhas. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2010.p. 31.

<sup>6</sup> Id. Ibid., p.32.

Nesta senda, a Introdução contemplou o tema em questão, assim como expôs a problemática que o envolve, apresentou as questões norteadoras, o objetivo, a metodologia desenvolvida e um pequeno resumo acerca de cada capítulo tratado no presente estudo.

Discorrendo no primeiro capítulo – Do Ingresso na Administração Pública, reservando-se a uma análise acerca do Ingresso no Serviço Público, tecendo primeiramente o que vem a ser a Administração Pública direta e indireta, para logo em seguida ingressar na forma de ingresso no Serviço Público, como também a reforma administrativa.

Em seguida, no capítulo “Responsabilidade Civil do Estado”, deu-se prioridade a um estudo sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, tecendo detalhes sobre as espécies de responsabilidade presentes no ordenamento jurídico, sustentadas pela doutrina, como a responsabilidade solidária e a responsabilidade subsidiária, dando ênfase à incidência destas na Administração Pública. Também, neste capítulo é abordado o tema da responsabilidade objetiva do Estado e, ainda os créditos trabalhistas.

Por sua vez, o capítulo dedicado à Terceirização, versa, inicialmente, sobre o histórico desta no mundo e no Brasil, pontuando os casos em que se permite essa forma de contratação. Trata, ainda de algumas questões polêmicas, quais sejam, os efeitos da terceirização ilícita na Administração Pública e a responsabilização do Estado pelo inadimplemento das empresas contratadas, trazendo, por último, o exame do acórdão prolatado no julgamento da ADC n. 16, com os respectivos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal componentes da segunda turma.

Sobre a ADC n.16 e a sua repercussão, o presente capítulo traz uma interpretação da decisão do STF sobre a ação declaratória de constitucionalidade em comento, tergiversando sobre a sua extensão, sobre a possibilidade da responsabilização do Estado, caso de não cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas e em havendo culpa in vigilando ou in elegendo da Administração Pública ao fiscalizar. Além disso, tecem-se considerações, igualmente, acerca da problemática referente ao ônus probandi, quanto à ausência

---

<sup>7</sup> ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. 23 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p.173 e 174.

ou ocorrência da fiscalização, bem como das verbas eventualmente devidas pelo Poder Público.

Por último, a conclusão obtida com toda a pesquisa, primou uma revisão geral do que foi estudado, dando ênfase ao entendimento jurisprudencial segundo o STF e as possíveis consequências advindas desse novo posicionamento.

## **2 DO INGRESSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **2.1.Considerações Iniciais**



Antes de adentrarmos na forma de ingresso no serviço público se faz necessário discorrer sobre o que vem a ser Administração Pública, que é definida pela Prof<sup>a</sup>. Maria Sylvia Di Pietro<sup>8</sup>, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Conforme Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*:

Administração Pública, em sentido amplo, abrange os órgãos de governo, que exercem função política, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Deve-se entender por função política, neste contexto, o estabelecimento das diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação do governo, a fixação das denominadas políticas públicas. De outra parte, função meramente administrativa resume-se a execução das políticas públicas formuladas no exercício da referida atividade política<sup>9</sup>.

Visto a conceituação, passamos a classificação de Administração Pública. Os doutrinadores costumam especificar a Administração em Direta e Indireta. Entende-se como Administração Direta, aquela que abrange o conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, de atividades administrativas.

Por sua vez, a Administração Indireta, é o conjunto de pessoas jurídicas, que não possuem autonomia política e estão vinculadas à Administração Direta. A organização da Administração Pública Federal é regulada no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei 200/1967, *in verbis*<sup>10</sup>:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) Fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

<sup>8</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 13. ed São Paulo: Atlas, 2001.

<sup>9</sup> ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 13-14.

<sup>10</sup> ANNE, Joyce Angher. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. Atual. Ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

Embora o artigo do decreto-lei refira-se apenas em seu texto, a administração federal, esta abrange também as administrações estaduais e municipais.

## 2.2 Do Concurso Público

### 2.2.1 Obrigatoriedade do Concurso Público

A Constituição de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de quaisquer cargos e empregos na administração direta e indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedade de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta.

Pertinente à obrigatoriedade de Concurso Público, vê-se que esta está fortemente mencionada no art. 37, inciso II, da CF.

ART. 37, 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<sup>11</sup>

Para os cargos em comissão, o artigo supra, dispensa o concurso público, o que não significa dizer, que é inteiramente livre a escolha dos seus ocupantes, consoante decorre do inciso V do mesmo dispositivo legal. A Lei é que definirá os casos e condições, como também o percentual mínimo a serem observados no provimento de cargos em comissão.<sup>12</sup>

Assim, discorre o professor Marcelo Alexandrino:

A exigência de concurso público aplica-se à nomeação para cargos ou empregos de provimento efetivo. Não abrange a nomeação para cargos em comissão, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração com base em critérios subjetivos da autoridade competente, não se aplica, tampouco, à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, hipótese prevista no inciso IX do mesmo art. 37 da Carta da República.<sup>13</sup>

Cabe aqui, ressaltar, que a Constituição, nos seus §§ 4º, 5º e 6º do art. 198 – artigo que trata do Sistema Único de Saúde, disciplinam a contratação de

---

<sup>11</sup> Op.,cit., nota 10.

<sup>12</sup> Art. 37,V, CF - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

<sup>13</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20.ed. Rev. Atual. São Paulo: Método, 2012. p.127

agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, estabelecendo que esses profissionais devem ser admitidos por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições, preenchendo os requisitos específicos para sua atuação. Assim, percebemos que esse tipo de processo seletivo público, configura mais uma possibilidade de exceção à exigência do concurso público para o acesso a cargos e empregos públicos.

Preleciona o Prof. Hely Lopes Meirelles:

o concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei<sup>14</sup>.

A exigência de concurso público está intimamente ligada aos princípios que norteiam a Administração, pois caracteriza uma forma de clareza e acesso livre a todos que preencham aos requisitos legais para adentrar no serviço público, outrora, também permite aos cidadãos a transparência do acesso, como também o respeito a moralidade e legalidade no âmbito da Administração Pública.

*In verbis* o artigo 37 da Carta Política:

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

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração<sup>15</sup>.

Também, cabe salientar, que a terceirização, tema abordado neste trabalho, não impede a realização de concurso público, pois segundo o que será passado a posteriori, a terceirização serve para a contratação de atividades meio e não de atividades fim. Assim, apesar do silêncio da Constituição Federal, que só prevê as formas diretas de contratação de trabalhadores pelos entes da Administração Direta e Indireta, o Decreto-lei 200/1967 passou a prever a possibilidade de que a Administração Federal se desobrigue da "realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta,

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 391.

<sup>15</sup> Op., cit., nota 10.

mediante contrato"<sup>16</sup>. Estando inaugurada a possibilidade da terceirização de serviços para a Administração Pública, com o bem intencionado escopo original de melhorar a eficiência da sua atuação.

### 2.3 Os Agentes Estatais

Entende-se como cargos públicos as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. O cargo ou função pertence ao Estado e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções. Os cargos são os lugares criados no órgão para serem providos por agentes, que exercerão suas funções na forma legal.

O cargo integra o órgão, enquanto o agente, como pessoa física, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. Órgão, função e cargo são criações abstratas da lei, são instituições encarnadas pelo agente, que é pessoa física. A função é o encargo atribuído aos órgãos, cargos e agentes. Na organização do funcionalismo, a administração cria cargos e funções, institui classes e carreiras, faz provimentos e lotações, estabelece vencimentos e vantagens, e delimita deveres e direitos. Portanto, cargo público é o lugar instituído na organização do serviço, com denominação específica, atribuições também específicas e salário correspondente, para ser provido e exercido por um titular. Quanto à função administrativa, é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a administração atribui a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços.

Corroborando com o pensamento alhures, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de maneira brilhante, define agentes públicos da seguinte forma: Agentes públicos é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Pública.<sup>17</sup>

Depois da Emenda Constitucional nº 18/98, podemos dizer que são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e particulares em colaboração com o Poder Público.

---

<sup>16</sup> Art. 10, §7º, do Decreto-lei 200/1967.

<sup>17</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: 2010. p. 511

a) Os agentes políticos são os integrantes dos mais altos escalões do Poder Público, aos quais incumbe a elaboração das diretrizes de atuação governamental, e as funções de direito, orientação e supervisão geral da administração pública.

As principais características dos agentes políticos são:

- a) sua competência é haurida da própria Constituição;
- b) não se sujeitam às regras comuns aplicáveis de eleição, nomeação ou designação;
- c) não são hierarquizados, sujeitando-se, tão somente, às regras constitucionais.

Assim, são agentes políticos no Direito brasileiro, as pessoas que exercem atividades de governo, como Presidente da República, governadores e prefeitos, seus auxiliares imediatos (ministros, secretários estaduais e municipais) e os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores).

Há, contudo, uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos, visto que os primeiros correspondem a uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância. E os membros do Ministério Público, justifica-se pelo fato de exercerem a função de controle que lhes foram atribuídas a partir da Constituição de 1988 (art. 129).

b) Os agentes administrativos, segundo Marcelo Alexandrino:

são todos aqueles que exercem uma atividade pública de natureza profissional e remunerada, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico estabelecido pelo ente federado ao qual pertencem. São ocupantes de cargos públicos e de funções públicas na administração direta e indireta das diversas unidades da Federação, nos três Poderes<sup>18</sup>.

Estes são subdivididos da seguinte forma:

- ▲ servidores públicos – são os agentes administrativos, estão sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
- ▲ empregados públicos – contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
- ▲ servidores temporários – contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

<sup>18</sup> Op. Cit., nota 13 p. 266- 267.

c) Agentes honoríficos

São pessoas requisitadas ou designadas para, transitoriamente, colaborarem com o Estado mediante a prestação de serviços específicos, em razão da sua condição cívica.

d) Agentes delegados

São os particulares que recebem a incumbência de exercer determinada atividade, obra ou serviço público e o fazem em nome próprio, por sua conta e risco, sob a permanente fiscalização do poder delegante.

A Constituição Federal atentou-se muito à questão dos Servidores Públicos, tanto que dedica um capítulo específico à Administração Pública. Daremos, aqui, enfoque ao artigo 37 da Carta Maior.

Dispõe o artigo 37 da Constituição<sup>19</sup>:

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

- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Para uma melhor compreensão faz-se necessário distinguir 'cargo' da palavra 'função', de acordo com Meirelles:

Cargo é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comente individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através do pro labore<sup>20</sup>.

Pela redação da Emenda Constitucional 19/98, extraiu-se que os estrangeiros, na forma da lei, também poderão ter acesso aos cargos, empregos e funções, na esfera federal e de natureza nacional. Todavia, no caso de brasileiros, natos e naturalizados, basta o atendimento aos requisitos da lei para que se tenha a possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Vale, no entanto,

---

<sup>19</sup> Op. Cit., nota 10.

<sup>20</sup> Op. Cit., nota 14. p. 395.

lembrar, que existem cargos privativos de brasileiros natos, conforme preceitua o artigo 12, § 3º, da Carta Política<sup>21</sup>

Vislumbra-se, até aqui, uma visão panorâmica acerca dos Agentes Públicos, tendo como objetivo primordial demonstrar a inserção do agente público em especial, do Servidor Público no Serviço Público.

#### **2.4 Da Reforma Administrativa e o Surgimento da Terceirização no Serviço Público**

O mundo pós segunda guerra mundial experimentou um enorme avanço econômico e tecnológico. No Brasil, esta fase ficou caracterizada como a era de desenvolvimento, iniciada no período de Juscelino Kubischek, adentrando aos governos militares que o seguiram.

Contudo, tal “desenvolvimento” significou também uma maior influência do Estado na economia através de suas empresas estatais e o “inchaço” da máquina pública, mormente pela inexistência, à época, da necessidade de concurso público para ingresso na administração.

Segundo dados do Banco Mundial apontados em estudo realizado, o Estado cresceu em termos de pessoal, e principalmente, em termos de receita e despesa. Em muitos países, os servidores públicos, excluídos os trabalhadores das empresas estatais, correspondem a cerca de 10 a 20 por cento da força de trabalho, quando no início do século esta cifra estava próxima dos 5 por cento. As despesas do Estado, por sua vez, multiplicaram-se por três ou quatro neste século: nos últimos 30 anos dobraram, variando hoje entre 30 e 50 por cento do PIB<sup>22</sup>.

Esse modelo de intervenção do estado na economia, de um estado burocrático e ineficiente por natureza começa a ruir na década de 90, dando espaço às teorias neoliberais, as quais, em sua essência pregam a desestatização das funções não essenciais do estado fazendo surgirem as ideias de privatização, desestatização e terceirização na esfera do estado.

---

<sup>21</sup> III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

<sup>22</sup> Medindo o tamanho do Estado pela sua despesa o Banco Mundial (1997: 1.6) verificou que em três décadas e meia, entre 1960 e 1995, o Estado dobrou o seu tamanho. Disponível em: < [www.direitodoestado.com.br/reforma](http://www.direitodoestado.com.br/reforma) >. Acesso em: 03 de março de 2012.

Nesse sentir, o Estado redimensiona a sua própria função, passando a desenvolver a teoria do estado mínimo, devendo atuar essencialmente naquelas funções que lhes são próprias e exclusivas a exemplo de segurança, defesa da sociedade, justiça, etc.

Surge então, no Brasil do fim da década de 90, por influência dos pensamentos do Ministro Luiz Carlos Bresser, a reforma administrativa brasileira. Iniciaram-se então as privatizações, outras tantas desestatizações, nas palavras do mencionado ministro, o combustível para a reforma foi a redefinição do papel do estado, vejamos:

O motivo principal, entretanto, foi um processo gradual de delimitação da área de atuação do Estado. Aos poucos foi-se reconhecendo que o Estado não deve executar diretamente uma série de tarefas. Que reformar o Estado significa, antes de mais nada, definir seu papel, deixando para o setor privado e para o setor público não-estatal as atividades que não lhe são específicas. Para delimitar com clareza as funções do Estado é preciso, a partir do conceito de Estado, distinguir três áreas de atuação: (a) as atividades exclusivas do Estado; (b) os serviços sociais e científicos do Estado; e (c) a produção de bens e serviços para o mercado. Por outro lado é conveniente distinguir, em cada uma dessas áreas, quais são as atividades principais (core activities) e quais as auxiliares ou de apoio<sup>23</sup>.

Delimita-se assim a função do estado, definindo-se as suas atividades-meio, auxiliares ou de apoio, e suas atividades fim ou principais, quais sejam aquelas ligadas propriamente ao governo, nas quais o poder do Estado é exercido através das ações de legislar, regular, julgar, policiar, fiscalizar, definir políticas, fomentar.

Mas para que estas funções do Estado possam ser realizadas é necessário que os políticos e a alta burocracia estatal, no núcleo estratégico, e também a média administração pública do Estado, contem com o apoio de uma série de atividades ou serviços auxiliares: limpeza, vigilância, transporte, coperagem, serviços técnicos de informática e processamento de dados, etc. Segundo a lógica da reforma do Estado dos anos 90, estes serviços devem em princípio ser terceirizados, ou seja, devem ser submetidos a licitação pública e contratados com terceiros.

Desse pensamento de necessidade do estado agir exclusivamente nas matérias que lhe dizem respeito com exclusividade é que surge a ideia de especialização do poder público e eficiência deste, esta incluída no texto

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da administração federal e reforma do estado, 1997. p. 58 (Cadernos MARE da reforma do estado; v 1).



constitucional pela EC n 19/98. Para tanto, necessário delegar aos particulares o desenvolvimento das atividades não afetas essencialmente ao poder público, nasce então a ideia de terceirização das atividades-meio.

Para alcance desse desiderato, surge na esfera federal o Dec. 2271/97, o qual delimita as atividades-meio do estado, permitindo a prestação de serviços ao poder público, independentemente de concurso público, sujeita contudo ao processo licitatório, dando início à fase de terceirizações na Administração.

Nesse diapasão, certo é a nova ordem administrativa vigente, caracterizada pela atividade fim do estado nas áreas que lhe são afetas com exclusividade, exercidas por servidores públicos oriundos de concurso público, e desenvolvidas em relação às atividade-meio por empresas terceirizadas pelo estado após prévia licitação.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

#### 3.1 Considerações Iniciais

A responsabilidade civil do Estado é um dos mais importantes temas do Direito Administrativo. Trata-se, em verdade, de corolário da submissão do Poder Público ao Direito, dando ao indivíduo a possibilidade de fazer cessar o conflito entre seus interesses e a tutela dos interesses coletivos, sem que, com isto, restem prejudicados os objetivos públicos<sup>24</sup>.

Para uma compreensão mais aprofundada do tema, deve-se estabelecer, desde já, a diferença entre responsabilidade e obrigação. Esta, é uma relação jurídica transitória de natureza patrimonial ou pessoal, entre credor e devedor, na qual o segundo está compelido a uma obrigação positiva ou negativa, cujo inadimplemento fica garantido pelo seu patrimônio.

A responsabilidade, por sua vez, segundo Karl Larenz, é a “sombra da obrigação<sup>25</sup>” e tem a função de retornar o credor ao seu “*status quo ante*”. Logo, uma vez descumprido um dever legal, submete-se o sujeito, através de seu patrimônio, a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele, ou a terceiro, como obrigatória.

Obrigação é, pois, um dever originário do sujeito, enquanto a responsabilidade trata de um dever sucessivo.

Entendida essa diferença, cumpre dizer que o fato gerador da responsabilidade varia de acordo com a norma jurídica que o contempla. Assim,

---

<sup>24</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 259.

<sup>25</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. **A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial**. Disponível em: <[www.revista.fadur.ufu.br/include/getdoc.php?id=409&article...](http://www.revista.fadur.ufu.br/include/getdoc.php?id=409&article...)>. Acesso em 02 de março de 2012.

segundo José dos Santos Carvalho Filho, a diversidade da norma corresponde à diversidade dos tipos de responsabilidade:

Se a norma jurídica tem natureza penal, a consumação do fato gerador provoca responsabilidade penal; se a norma é de direito civil, teremos a responsabilidade civil; e, finalmente, se o fato tiver previsto em norma administrativa, dar-se-á a responsabilidade administrativa<sup>26</sup>.

A responsabilidade objeto do trabalho em questão é a responsabilidade civil do Estado, isto é, aquela que consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de condutas comissivas ou omissivas imputáveis ao Poder Público.

Nesse contexto, é necessário frisar que “responsabilidade civil do Estado” e “responsabilidade da Administração Pública” não são sinônimos. Diz-se isto, pois a Administração Pública não tem responsabilidade jurídica, não sendo titular de direitos e obrigações.

A capacidade, em verdade, é do Estado e das pessoas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. Destarte, conforme ensina Lucas Rocha Furtado<sup>27</sup>:

A constatação de que as normas administrativas relativas à responsabilidade civil do Estado extrapolam os limites da atividade administrativa e alcançam todas as funções estatais nos leva a preferir a expressão responsabilidade civil do Estado, que, de forma mais adequada, define o objeto do tema aqui tratado e indica que serão examinadas as normas que regulam o ressarcimento dos danos sofridos pelos particulares em razão do desempenho de qualquer atividade estatal, e não apenas da função administrativa.

Contudo, em que pese não ser a mais indicada, a nomenclatura “responsabilidade da Administração Pública” passou a ser usual para indicar não só a responsabilidade do Estado propriamente dita, mas também a da Administração Indireta, afinal, a Constituição de 1988 estendeu aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva.

Também não se pode confundir responsabilidade civil do Estado com responsabilidade administrativa do Estado. Esta última, segundo Marçal Justen Filho<sup>28</sup>, “consiste na submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta”.

---

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 592.

<sup>27</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Fórum: Belo Horizonte, p. 1032.

<sup>28</sup> JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de direito administrativo**. Fórum: Belo Horizonte, p. 1193.

Por fim, quanto aos seus tipos, a responsabilidade em exame divide-se em contratual e extracontratual. A contratual advém de vínculo específico – contrato - entre o Estado e o administrado.

A extracontratual, a seu turno, deriva de várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>29</sup>, de maneira brilhante, define-a da seguinte forma:

Obrigação que lhe incube de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

### 3.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Atualmente, dentre as diversas teorias que tratam da responsabilidade civil, há duas que se destacam.

De acordo com a teoria da responsabilidade civil subjetiva, aplicada em regra ao Direito Privado, a principal questão a ser apurada para definir o dever de indenizar é a culpa. Os requisitos a serem preenchidos para configurar a responsabilidade, segundo ela, são: conduta culposa, omissiva ou comissiva, dano ou prejuízo e nexos de causalidade entre a conduta culposa e o dano sofrido.

A seu turno, a teoria da responsabilidade objetiva, adotada, em regra, para regular a responsabilidade civil do Estado, se funda na desnecessidade de comprovação da culpa. Assim, seus requisitos são o dano sofrido e o nexos de causalidade entre a conduta do agente público e o mencionado dano.

### 3.3 Responsabilidade objetiva do Estado - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal

O dispositivo previsto na nossa Lei Maior presume que este seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, orientando-se pela doutrina do Direito Público, mantendo a responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade do risco administrativo.

Assim, dispõe o art. 37, §6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37 – § 6º - As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros p. 983.  
<sup>30</sup> Op. Cit., nota 10.

Nesse sentido entende-se que quaisquer prejuízos causados a terceiro devido à ação ou omissão (quando obrigado a impedir o dano) do Poder Público ou de pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, devem ser indenizados, sendo ressarcidos estes, dos eventuais prejuízos.

Descarta-se qualquer indagação a respeito da culpa do funcionário causador do dano ou mesmo no que tange a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou dano a seu administrado pela simples relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano suportado pelo particular.

Entretanto, no caso em que a omissão do Poder Público resultar danos a terceiros (quando o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), a doutrina afirma que a responsabilidade fundada no risco administrativo não se coadunaria quando da ocorrência de omissão do Estado. Assim sendo, a responsabilidade, nestes casos seguiria a regra, ou seja, seria subjetiva, necessitando-se perquirir se o agente estatal agiu com culpa *latu sensu*.<sup>31</sup>

### **3.4 Omissão e Responsabilidade Civil do Estado**

Trata-se da questão mais controvertida no estudo da responsabilidade civil do Estado. Persistem, até os dias atuais, tanto na doutrina como na jurisprudência, dúvidas em saber se, na omissão, a responsabilidade civil do Estado é objetiva ou subjetiva.

No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello é apontado como o principal defensor da tese em que, na omissão, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva. Sustenta que “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo”<sup>32</sup>.

Além disso, continua sua fundamentação da seguinte forma:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ato ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou,

---

<sup>31</sup> Op. Cit., nota 29, p. 996-997.

<sup>32</sup> Op. Cit., nota 29, p. 1003.

então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação<sup>33</sup>.

Por sua vez, autores como Hely Lopes Meirelles e Yussef Said Cahali defendem que o Estado, tanto por ato comissivo, como por ato omissivo, responde objetivamente.

Por fim, há um terceiro entendimento, defendido por Sérgio Cavalieri Filho e adotado pelos nossos Tribunais Superiores. A questão nodal desse posicionamento doutrinário baseia-se na subdivisão da conduta omissiva estatal em omissão genérica e específica<sup>34</sup>.

Segundo tal posicionamento, a omissão específica caracteriza-se pelo dever de agir por parte do Estado para evitar a ocorrência do evento danoso, enquanto que na omissão genérica não haveria o dever de agir do Poder Público para impedir a ocorrência do evento.

Assim, no caso de omissão do Estado estando ele obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva. Caso, contudo, não haja tal obrigatoriedade, será caso de omissão genérica, sendo a responsabilidade, nesse caso, subjetiva.

A seguir, precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema<sup>35</sup>:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA.** RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 594902 AgR, Relator(a):Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-02 PP-00328) (grifo nosso).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. **A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade.** 2. **Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva** nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 607771 AgR, Relator(a):Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-06 PP-01216 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 152-154 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 250-254) (grifo nosso).

<sup>33</sup> Op. Cit., nota 29, p. 1003.

<sup>34</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, p. 251/252.

<sup>35</sup> STF- AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:RE 5949-2. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17556995/agreg-no-recurso-extraordinario-re594902-df-stf](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17556995/agreg-no-recurso-extraordinario-re594902-df-stf).

### 3.5 Causas de Inaplicabilidade da Responsabilidade Objetiva e Culpa Concorrente

Conforme dito anteriormente, na responsabilidade civil objetiva o fundamento para impor o dever de indenizar é o risco, deixando-se de lado a existência da culpa. Logo, de acordo com essa teoria o dever de ressarcir os prejuízos é atribuído àquele que explore determinada atividade ou pratique determinados atos suscetíveis de causar danos a terceiros.

No âmbito do direito público, se no desempenho de atividades potencialmente lesivas for verificada a ocorrência de dano a particular, cumpre à Pessoa Jurídica de Direito Público ou a de Direito Privado prestadora de serviços públicos o dever de ressarcir-lo, independentemente de culpa.

Contudo, não é sempre que ocorrerá o dever de indenizar do Estado. Há situações em que é excluída tal responsabilidade, situações em que se verificam excludentes de responsabilidade civil. São elas: culpa exclusiva do particular ou de terceiro, caso fortuito e força maior.

Na culpa exclusiva do particular ou de terceiro, caso o Estado consiga provar que o evento danoso ocorreu unicamente em virtude de culpa do particular que pleiteia a indenização ou de terceiro, poderá se eximir da responsabilidade.

Verifica-se, então, que a culpa não é totalmente irrelevante na teoria objetiva do risco administrativo. Nela, em verdade, ocorre uma verdadeira inversão do ônus da prova, permitindo que o Estado, ao provar a culpa do particular ou de terceiro, se exima da responsabilidade de indenizar.

Outra situação possível de ocorrer é a culpa concorrente. Aqui, se do exame do conjunto probatório ficar demonstrado que tanto o particular como o agente público agiu de forma a contribuir para o resultado final, ocorrerá uma atenuação da responsabilidade do Estado, devendo o dano ser dividido entre as partes em razão da culpabilidade de cada um. A seguir, precedentes do STJ nesse mesmo sentido<sup>36</sup>:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - INCÊNDIO - MORTE DE INTERNO - **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CULPA CONCORRENTE E REDUÇÃO DO QUANTUM DA INDENIZAÇÃO** – SÚMULA 7/STJ. 1. Não ocorre ofensa aos arts. 165, 458, II e 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Decidido pela instância ordinária que as provas dos autos não permitem concluir se houve culpa concorrente da vítima no incêndio que lhe tirou a vida, não pode o STJ modificar tal conclusão sem reexaminá-las, o que é vedado na instância especial, por

<sup>36</sup> STJ. Súmula nº7. Disponível em: [www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_0007.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0007.htm)

força da Súmula 7/STJ. 3. Na mesma linha, é pacífico nesta Corte o entendimento de que a revisão do valor da indenização nos casos de responsabilidade civil do Estado esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, exceto nos casos de valores irrisórios ou exorbitantes, o que não se afigura no caso concreto. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (RESP 200702183538, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/10/2008.) (grifo nosso).

Por sua vez, o caso fortuito e a força maior tratam, respectivamente, de evento da natureza e de evento humano, imprevisíveis ou, ainda que previsíveis insuperáveis. A força maior sempre constituirá excludente de responsabilidade civil.

O caso fortuito, por sua vez, funciona de forma diferente. Deve-se observar se houve omissão por parte das pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado prestadoras de serviços públicos na adoção de medidas técnicas tendentes a neutralizar os efeitos de eventual evento da natureza danoso. Caso tenha havido tal omissão, não será aceito o caso fortuito como excludente de responsabilidade; em caso de não ter havido omissão, não será possível responsabilizar o Estado.

### **3.6 Responsabilidade Subsidiária dos Entes Públicos nos Créditos Trabalhistas**

Regra geral, a responsabilidade se verifica na figura do devedor e, no que tange a relação de emprego, cabe ao empregador a responsabilização pelos créditos trabalhistas. Para tanto, necessário se faz a formação do vínculo de emprego.

Tal vínculo se estabelece, conforme conjugação dos arts. 2º e 3º da CLT, com o preenchimento dos seguintes pressupostos de existência: a) trabalho desempenhado por pessoa física a outrem; b) pessoalidade; c) não eventualidade; d) onerosidade e; e) subordinação jurídica.

Assim, nas questões trabalhistas, uma vez estabelecido o vínculo empregatício e, estando apto a produção de seus efeitos jurídicos, a responsabilidade direta por eventual inadimplemento dos créditos trabalhistas é do empregador.

No entanto, o princípio protetor que norteia o direito trabalhista justifica a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, pois naturalmente este se utilizará de medidas preventivas, evitando a contratação de empresas inidôneas, para se garantir quanto ao descumprimento de obrigações por parte da empresa



prestadora de serviços. Visto que, se assim não agir, emergirá sua culpa in eligendo e in vigilando.

Desta maneira, a responsabilidade subsidiária poderá ser conceituada como aquela que, mesmo podendo exigir de apenas um dos coobrigados a prestação inteira, o credor não terá a inteira liberdade de escolha entre as pessoas de quem possa obter o cumprimento, devendo observar uma ordem de preferência. Assim, primeiro deverá postular o pagamento perante um ou alguns dos coobrigados para, somente em caso de não obter êxito perante estes, poder voltar-se contra os demais coobrigados. Estes últimos serão, assim, apenas secundariamente responsáveis, conforme preceitua Lorenzetti.<sup>37</sup>

Na responsabilidade subsidiária uma das pessoas tem o débito originário e a outra tem apenas a responsabilidade por este débito, existindo uma preferência a determinado devedor. Sobre tal responsabilidade,

vale lembrar que a expressão „subsidiária” se refere a tudo que vem „em reforço de...”, ou seja, não sendo possível, executar o efetivo devedor – sujeito passivo direto da relação jurídica obrigacional -, devem ser executados os demais responsáveis pela dívida contraída”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2003.

<sup>38</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil**, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 168.

## 4 TERCEIRIZAÇÃO

### 4.1 Breves Comentários

Haja vista a produção em massa, a forma de contratação que preponderava até o começo do séc. XX - a integração vertical, com as empresas devendo reunir todas as atividades do segmento econômico por ela desenvolvido.

Entretanto, durante a década de 70 ocorreram alterações estruturais significativas, em especial na área industrial, que acabaram ocasionando mudanças, principalmente na forma de relacionamento das empresas. Nesse novo momento, as organizações passaram a objetivar a procura da principal atividade por elas desenvolvida, deixando as outras as atividades que não se relacionavam a esse enfoque, dando início ao que chamamos de terceirização.

Nesse contexto, nota-se que tal fenômeno é uma estratégia empresarial, a qual consiste numa empresa transferir para outra, sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou da realização de um serviço, objetivando, isoladamente ou em conjunto, a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores<sup>39</sup>.

Quanto ao processo a ser descentralizado, sabe-se que se esse for anterior ao dominado pela empresa, ou seja, estiver relacionado com sua atividade-meio, temos o que chamamos de terceirização “montante” ou “*upstream*”. No entanto, se a subcontratação a ser realizada está relacionada com a atividade

---

<sup>39</sup> SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Terceirização e reestruturação produtiva**. São Paulo: LTR, 2008, p. 78.

destinada ao consumidor final, ou seja, com a atividade-fim, temos o que se denomina de terceirização “a jusante”, ou “*downstream*”<sup>40</sup>.

Nota-se, ainda, que a terceirização é uma forma de condução do negócio na qual se vislumbra ponderar o que é mais oportuno à empresa, com o intuito de torná-la o mais competitiva possível. Nesse contexto, a fim de saber se a decisão de terceirizar é a escolha mais eficiente, é necessário o exame de alguns pontos.

Primeiramente, é de suma importância contratar parceiros que possuam uma reputação de probidade e lealdade nos negócios. É também de suma importância observar o custo de tal contratação, o qual dependerá não só das despesas com a necessidade de maior ou menor fiscalização do contrato, mas também de examinar o custo das salvaguardas contratuais, importantes para evitar comportamentos oportunistas.

Quanto à atividade que irá ser terceirizada, é fundamental que se estude a necessidade de gastos com a qualificação dos funcionários contratados. Logo, caso fossem necessários tais gastos e houvesse a extinção do contrato de terceirização, todo o investimento feito não mais seria aproveitado pela empresa, a qual teria de reinvestir na qualificação dos futuros contratados. Entretanto, em caso de terceirização, não haveria perda de valor pela contratante por ocasião de término do contrato de terceirização.

Daí a justificativa de se terceirizar atividades que não exigem alto grau de formação ou qualificação, sendo, em regra, direcionadas aos serviços de vigilância, limpeza, asseio, etc.

## **4.2 Histórico da Terceirização no Brasil**

A ideia de terceirização surgiu no período da Segunda Guerra Mundial, através das empresas produtoras de armas, quando sobrecarregadas passaram a delegar serviços a terceiros, dando assim suporte ao aumento de sua produção.

No Brasil, por sua vez, o surgimento da noção de terceirização aconteceu por volta da década de 50, quando empresas multinacionais, preocupadas apenas com a essência de seus negócios, passaram a adotar a prática da contratação de terceiros para a prestação de certos serviços, como por exemplo, na indústria automobilística.

---

<sup>40</sup> SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, p. 18.

Em seguida, vários diplomas normativos passaram a adotar em seu bojo a noção de terceirização a exemplo daqueles que regularam a venda de seguros (Lei 4.594/64); a prestação de serviços por empresas de segurança bancária (Decretos-leis nos 1.212 e 1.216, de 1966); o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra (Decreto nº 62.756/68); a contratação de terceiros para vigilância ostensiva nas instituições bancárias, caixas econômicas e cooperativas (Decreto-lei nº 1.034/69).

No entanto, a primeira norma que efetivamente tratou da terceirização foi a lei 6.019/74, norma essa que regulou o trabalho temporário, que tinha como objetivo, nos dizeres de Sérgio Pinto Martins:

regular o trabalho temporário – e não fazer concorrência como o trabalho permanente -, principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante, o jovem em idade de prestação de serviço militar, as donas de casa, que não tinham tempo integral para dedicarem ao trabalho, mas apenas parte dele, em razão de seus encargos domésticos, os aposentados, que não queriam ter emprego permanente, e até mesmo aqueles que não decidiram a qual profissão iriam dedicar-se.<sup>41</sup>

Por fim, revogando o Decreto-lei nº 1.034/69, adveio a lei 7.102/83 que versa sobre a segurança dos estabelecimentos financeiros, passando a permitir a exploração de serviços de vigilância e transporte de valores no setor financeiro.

### 4.3 Terceirização e Direito do Trabalho

Maurício Godinho Delgado<sup>42</sup> de forma magistral, define o que seria terceirização para o direito do trabalho. Segundo ele, *in verbis*:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Diante do conceito apresentado, percebe-se que a terceirização, diferentemente do clássico modelo empregatício bilateral, leva a uma relação trilateral, composta pelo obreiro, prestador de serviços que realiza sua atividade junto a uma empresa tomadora de serviços; pela empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos trabalhistas; e pela empresa tomadora de

<sup>41</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

<sup>42</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, p. 407.

serviços, que recebe a prestação do serviço, não assumindo a posição de empregadora.

Teoricamente, como já foi dito, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes<sup>43</sup>.

Quanto à sua natureza jurídica, não se pode dizer que sua identificação seja tão fácil. Em verdade, há inúmeras concepções a serem examinadas. Dependendo-se da situação, pode haver a ocorrência de elementos de contratos distintos, sejam eles nominados ou inominados.

Tendo em vista o que relata Castro<sup>44</sup>:

A terceirização possui natureza jurídica contratual, que consiste em um acordo de vontades firmado entre duas empresas, de um lado a contratante, que é chamada de tomadora, e de outro lado a contratada, denominada de prestadora, onde uma prestará serviços especializados de maneira contínua à outra, em caráter de parceria.

De acordo com Pinto Martins<sup>45</sup>:

Difícil é dizer qual a natureza jurídica da terceirização, pois algumas concepções devem ser analisadas. Dependendo de que maneira for utilizada a terceirização, haverá elementos de vários contratos, sejam eles nominados ou inominados. Deste modo, poderá existir a combinação de elementos de contratos diferentes: de fornecimento de bens e serviços de empreitada, onde não se leva em conta o resultado final; de franquia; de consórcio; de concessão; de locação de serviços, que ao contrário do de empreitada, o que se leva em conta é o serviço. Assim, entende que: a natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles.

Observa-se, então, que vários contratos podem coexistir, tais como: fornecimento de bens e serviços, empreitada, franquia, locação de serviços, dentre outros, tendo como natureza jurídica o contrato utilizado ou a combinação de todos.

É também oportuno aduzir que não se confundem a terceirização e a empreitada, pois nesta, o que interessa é o resultado da obra, não havendo um sistema de parceria entre quem contrata a empreitada e o empreiteiro. Por outro lado, na terceirização a ideia de parceria é substancial.

---

<sup>43</sup> BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, p. 452.

<sup>44</sup> CASTRO, Cláudio Dias. **Terceirização: atividade-meio e atividade-fim**, p. 83.

<sup>45</sup> Op. Cit., nota 29, p. 25.

Em síntese, a natureza jurídica da terceirização será a do contrato utilizado ou da combinação de vários deles.

Outrossim, não se pode deixar de mencionar que nem sempre é possível terceirizar. Para que a terceirização seja lícita, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, sendo também necessário analisar se o caso está previsto como passível de terceirização.

Quanto aos requisitos, Sérgio Pinto Martins, de forma bastante clara, pontua as condições para sua licitude, nos ensinando como verificar características de uma eventual ilicitude:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada como tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços.<sup>46</sup>

Dos ensinamentos mencionados, percebe-se que não poderão existir elementos da relação de emprego entre o obreiro e a tomadora de serviços, principalmente o elemento da subordinação. Contudo, nota-se também que não é todo tipo de subordinação que está vedada.

Apenas não é permitida a subordinação jurídica do trabalhador à empresa que está terceirizando, afinal essa representa o poder de ordenar. A subordinação técnica, por sua vez, é compatível com a terceirização, podendo o tomador orientar o obreiro terceirizado sobre como quer que o serviço seja realizado.

Não se pode deixar de ressaltar que nos casos em que seja autorizada a contratação de trabalho temporário, será possível a existência de pessoalidade e

---

<sup>46</sup> Op. Cit., nota 39, p. 153.

subordinação entre trabalhador e tomador de serviços, não resultando tal configuração na ilicitude da terceirização.

Com relação às hipóteses de terceirização lícita, tem-se que devem ser respeitadas aquelas que estão previstas no nosso ordenamento jurídico. Maurício Godinho Delgado, de forma bastante didática, enumera tais ocasiões<sup>47</sup>.

A primeira delas se relaciona às situações empresariais que autorizam a contratação de trabalho temporário (súmula n. 331, I, TST). Assim, em sendo caso de necessidade transitória de substituição de pessoal, regular ou permanente, da empresa tomadora, ou de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços, é possível essa contratação especial, a qual não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho.

As atividades de vigilância, também podem ser alvo de terceirização (súmula n. 331, III, *ab initio*, CLT). Inclusive, cumpre, novamente, ressaltar, que a Lei n. 7.102/83, responsável por regular a matéria em questão, foi relativamente ampliada pelo próprio legislador e pela súmula n. 331 do TST, passando a abranger a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, a segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.

Godinho, a fim de evitar confusão, ainda aponta as diferenças entre vigia e vigilante. Diz que vigia é empregado não especializado ou semiespecializado, que se vincula ao próprio ente tomador de seus serviços, enquanto que vigilante é membro de categoria especial, que se submete às regras da categoria definida pela atividade do empregador não somente quanto à formação e treinamento da força de trabalho, como também à estrutura e dinâmica da própria entidade empresarial.

Conforme preceitua o texto da Lei n. 5.645/70 e a súmula n. 331, III, TST, as atividades de conservação e limpeza também podem ser prestadas via terceirização.

Como última das hipóteses previstas, temos a possibilidade de se terceirizar a execução de atividades relacionadas a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Atividade-meio é aquela que serve à atividade-fim, não se ajustando ao núcleo da atividade essencial da empresa. Como exemplo, temos atividades de transporte, operação de elevadores, limpeza, etc.

---

<sup>47</sup> Op. Cit., nota 40, p.416 - 417.

Por sua vez, as atividades-fim são aquelas que definem a atuação principal de uma empresa e, conforme conteúdo da súmula em questão, não podem ser objeto de terceirização.

Além de esclarecer as situações em que se permite essa forma especial de contratação, é de fundamental importância frisar que, quanto aos seus efeitos jurídicos, duas situações merecem atenção. A primeira delas é quando restar configurada uma terceirização ilícita. Nesse caso, considera-se desfeito o vínculo laboral com a entidade terceirizante, formando-se um vínculo trabalhista do trabalhador diretamente com o tomador de serviços.

A segunda, a seu turno, se refere ao caso de aplicação da Lei de Trabalho Temporário, na qual fica garantida ao trabalhador terceirizado a garantia de remuneração equivalente àquela percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente. É o que chamamos de salário equitativo. A propósito da isonomia na atividade pública terceirizada, o TST editou a OJ nº 383, da SDI-1, *verbis*<sup>48</sup>:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Nas demais hipóteses, apesar da jurisprudência ainda não ser pacífica nesse ponto, tem-se entendido que em casos de terceirização lícita não seria aplicável o salário equitativo. Tal entendimento é bastante criticado, fundando-se as críticas na discriminação socioeconômica que deriva dessa posição, no desrespeito à ideia básica de isonomia presente no art. 5, caput, e inciso "I", da CF, e no art. 7, XXXII, também da nossa Carta Magna.

Por fim, quanto à questão da responsabilidade, já é pacífico o entendimento de que o tomador de serviços responde, subsidiariamente, por todas as obrigações laborais decorrentes de terceirização, bastando que seja verificado o inadimplemento trabalhista por parte da entidade terceirizante.

Até nos casos de aplicação da Lei de Trabalho Temporário tem sido aplicada essa responsabilidade subsidiária, estando superado o entendimento de

---

<sup>48</sup> Op. Cit., nota 10.



que a empresa tomadora de serviços, nesses casos, responde solidariamente, apenas na hipótese de falência da prestadora de serviços.

## **4.5 A Terceirização na Administração Pública**

### **4.5.1 Aspectos Introdutórios**

Com o estudo da evolução histórica da terceirização no nosso país, foi possível perceber que muitos dos dispositivos que tratam do tema aplicam-se ao Poder Público. Não obstante, cumpre dizer que essa forma de contratação não era muito utilizada pelo Estado, tendo crescido consideravelmente nos últimos anos. Senão vejamos.

Quando da promulgação da nossa Constituição, o seu art. 39 previa que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

Nesse contexto, percebe-se que o objetivo do Constituinte de 1988 era o de desfazer as muitas disparidades entre os regimes existentes. Por conseguinte, a Administração Pública deveria estabelecer um regime jurídico único para os seus servidores, em cada esfera, podendo tal escolha recair ou sobre o regime estatutário (cargos públicos) ou sobre o regime celetista (emprego público).

O regime estatutário caracteriza-se pelo fato da relação jurídica entre o Estado e o servidor ser uma relação unilateral, na qual a Administração Pública, mediante lei, estabelece um estatuto, onde o servidor será inserido. Outrossim, tal regime possui prerrogativas próprias, tal qual a estabilidade, as quais funcionam como garantias para que o servidor possa exercer suas funções da forma mais eficiente possível<sup>49</sup>.

Acerca do regime celetista, temos que, nele, a relação entre a administração e o servidor é contratual, com o Poder Público exercendo o papel de empregador. Além disso, trata-se de regime regulado pela CLT.

Contudo, essa obrigatoriedade de um único regime jurídico durou até meados de 1998, quando o Poder Executivo, através da Emenda Constitucional n.

---

<sup>49</sup> NERY, Daniel Christianini. **A constitucionalidade do emprego público**. Revista Autor, agosto de 2008. Disponível em: [http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=271:aconstitucioalidade-do-empregopco&catid=15:direito&Itemid=44](http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=271:aconstitucioalidade-do-empregopco&catid=15:direito&Itemid=44). Acesso em 15 de março 2011.

19, previu o retorno à pluralidade de regimes, permitindo sua coexistência dentro de um mesmo ente ou esfera.

Desta feita, os entes que haviam optado pelo regime estatutário poderiam efetuar a contratação de servidores por meio do regime celetista, pois não haveria mais a obrigatoriedade de um regime jurídico único, favorecendo-se a produtividade, posto que tal regime não assegura aos empregados a estabilidade vigente no regime estatutário<sup>50</sup>.

A seguir, a redação do art. 39 da Constituição Federal após sua alteração pela EC n. 19/98, *in verbis*:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes<sup>51</sup>.

Nessa época ainda foi promulgada a Lei n. 9.962/00, a qual disciplinava o regime de emprego público do pessoal da administração federal direta, autárquica e fundacional.

Tal reforma, entretanto, não durou muito, afinal, por meio da ADI n. 2.135/DF, proposta pelo PT, PDT, PCdoB e PSB, foi questionada a constitucionalidade da EC n. 19/98, alegando-se, entre outros fatores, sua inconstitucionalidade formal, pois a alteração do art. 39 da CF não havia sido aprovada por 3/5 das duas Casas do Congresso, em dois turnos de votação, como exige o art. 60, parágrafo segundo, também da nossa Carta Máxima.

Os autores da ADI em questão, argumentaram que o antigo *caput* do art. 39 havia sido substituído pela nova redação do parágrafo segundo, esse sim aprovado por aquela casa. Ato contínuo foi indevidamente suprimida a exigência do regime jurídico único, sem que houvesse manifestação da Câmara dos Deputados sobre o caso<sup>52</sup>.

No julgamento da liminar dessa ação direta de inconstitucionalidade, decidiu o STF pela impossibilidade de uma emenda de redação suprimir a exigência do regime jurídico único sem a aprovação da Câmara dos Deputados, fato este que ensejou a suspensão da eficácia da EC 19/98. Ademais, voltou a valer a antiga

---

<sup>50</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **A volta do regime jurídico único**. Jus navigandi, outubro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10621/a-volta-do-regime-juridico-unico>>. Acesso em 15 de março de 2011.

<sup>51</sup> Op. Cit., nota 10.

<sup>52</sup> Op. Cit., nota 48.

redação do *caput* do art. 39 da CF, retornando a obrigatoriedade do regime jurídico único.

Com essa decisão, não mais seria possível que a administração direta, autárquica e fundacional, que tivesse optado pelo regime estatutário, contratasse servidores pelo regime celetista. Assim, caso fosse necessária a contratação de uma merendeira, por exemplo, teria de ser criado um quadro de carreira para ela, havendo ainda a questão da estabilidade e diversos outros institutos que são inerentes ao regime estatutário, o que tornaria excessivamente onerosa a contratação.

A fim de se evitar tal problema, percebeu a administração direta, autárquica e fundacional que sairia mais em conta a terceirização de suas atividades não essenciais, deixando para os servidores responsáveis pela atividade-fim, a aplicabilidade do regime jurídico estatutário.

Observando a tendência terceirizante das atividades públicas, Ricardo Menezes Silva se coloca contra essa ideologia alegando que dessa forma a Administração está deixando de realizar concursos públicos, os quais saciariam as necessidades de pessoal, para contratar pessoas que passam, então, a prestar os mesmo serviços, com a diferença que percebem salários inferiores àqueles que receberiam como servidores concursados, acarretando evidente lucro, para a empresa interposta, e prejuízo, para o trabalhador<sup>53</sup>.

Wilson Ramos Filho tece outra crítica à terceirização: segundo ele, facilita-se a disseminação do clientelismo. O autor explica:

Como o judiciário trabalhista não considera ilegal a locação de mão-de-obra para a administração pública, qualquer prefeito pode abrir licitação e, da empresa ganhadora obter, sabe-se lá por que meios, „preferências na contratação para os seus indicados. Por outro lado, toda essa massa de trabalhadores 'temporários' da administração, legitimamente desde seu ponto de vista, serão tentados a fazer campanha para o candidato apoiado pela „situação se isso puder influir de qualquer forma para que o novo prefeito não 'convença' a locadora a substituir os apaniguados do anterior pelos correligionários do sucessor<sup>54</sup>.

Críticas à parte, é fato incontestável que a Administração Pública, ao constatar os benefícios da terceirização, passou a utilizar excessivamente essa forma de contratação.

---

<sup>53</sup> AGUIAR, Maurício Sanchotene de. **Terceirização: alguns aspectos jurídicos**. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria/RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/trabalho/terceirizacao.htm>>. Acesso em 10 de novembro de 2011.

<sup>54</sup> Id. Ibid.

#### 4.5.2 Do modo de contratação através da Lei 8.666/93

Em linhas gerais licitação é um processo/procedimento administrativo prévio à contratação de obras ou serviços por parte da Administração Pública que tem como uma das finalidades a seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público, bem como o exercício/aplicação do princípio da impessoalidade, possibilitando que qualquer um que preencha os requisitos legalmente exigidos possa contratar com a Administração Pública<sup>55</sup>.

Tal conceituação se faz necessária, pois o presente trabalho se propõe a analisar o texto da norma jurídica que rege a contratação no âmbito da Administração Pública, inclusive quanto à contratação de serviços terceirizados. No referido texto normativo presente na lei 8.666/93 há disposição expressa isentando o tomador dos serviços (Administração Pública) de qualquer responsabilidade por débitos trabalhistas advindos do inadimplemento por parte do contratado (prestador de serviços).

Em que pese ser possível a contratação de empresas terceirizadas para prestação de determinados serviços no âmbito da Administração Pública, como anteriormente explicitado, não existe qualquer legislação específica a respeito da contratação via terceirização por entes públicos, no entanto na lei de licitações (8.666/93) em seu art. 71, §1º, encontra-se previsão acerca da responsabilidade do órgão estatal advindas desse tipo de contratação. O referido texto normativo, assim preceitua:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)<sup>56</sup>.

Pela simples leitura do dispositivo acima, infere-se que não há qualquer responsabilidade por parte da Administração Pública em face do inadimplemento do prestador de serviços contratado quanto aos créditos trabalhistas não honrados.

---

<sup>55</sup> Aqueles que tem o dever de licitar estão elencados no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

<sup>56</sup> Op. Cit., nota 10.

Neste diapasão, não haveria que se falar em responsabilizar a Administração Pública tomadora dos serviços, ainda que subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas do contratado.

No entanto, historicamente, não é esse o entendimento adotado pelos tribunais trabalhistas. Adiante se verificará quais os fundamentos desse entendimento bem como àqueles utilizados pelos que defendem a constitucionalidade do artigo transcrito e conseqüente irresponsabilidade da Administração Pública decorrente de créditos trabalhistas do prestador de serviços terceirizados. Diante desse posicionamento dos tribunais trabalhistas fora proposta a ADC n. 16 perante o STF a fim de se declarar a constitucionalidade do art. 71, §1º da lei de licitações para que por via transversa fosse declarada a inconstitucionalidade do entendimento consubstanciado no verbete 331, IV, do Colendo TST.

#### **4.5.3 Da Terceirização na Administração Pública**

Nem todos os aspectos relacionados à terceirização no âmbito privado são aplicáveis àquela promovida pelo Poder Público. Dentre os pontos que as diferenciam, dois se destacam: o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro com a empresa tomadora de serviços, quando verificada a ilicitude na terceirização, e a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando do inadimplemento da prestadora de serviços.

Quanto à primeira especificidade, conforme já foi examinado anteriormente, caso reste comprovado que a terceirização, no âmbito privado, se deu de forma ilícita, reconhece-se o vínculo entre o obreiro e a tomadora de serviços. Entretanto, esse reconhecimento, no caso de terceirização na Administração Pública, não se torna possível.

Diz-se isso em virtude da necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, como requisito insuperável para a investidura em cargo ou emprego público. Assim, será considerado nulo o ato de admissão efetuado sem a sua observância.

Este requisito, por sua vez, existe como uma garantia em favor de toda a sociedade, estando fundado na ideia de que a administração e o patrimônio público sintetizam valores e interesses de toda a sociedade, sobrepondo-se aos interesses de pessoas ou categorias particulares.

Desta forma, tendo em vista essa necessidade de concurso público e as consequências de uma terceirização ilícita, percebe-se que seria impossível o reconhecimento do vínculo empregatício com entes da Administração Pública quando aquela restar configurada. Essa vedação, inclusive, foi absorvida pelo texto da súmula n. 331, II, TST.

Ainda não existe posição doutrinária pacífica acerca dos efeitos da terceirização ilícita praticada pelo Poder Público. Há três correntes que buscam a solução do presente impasse<sup>57</sup>:

a) A primeira delas defende que a terceirização ilícita praticada por entidades da Administração Pública não geraria vínculo empregatício, não gerando, também, direito a qualquer diferença jus trabalhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado.

b) A segunda posição sustenta que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido. Desse modo seriam convalidados todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador de serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

c) A terceira corrente, também chamada de intermediária, pugna pelo não reconhecimento do vínculo empregatício do empregado terceirizado com o Poder Público, devendo ele, a fim de evitar que o ilícito trabalhista traga mais benefícios ao seu praticante, arcar com as verbas ditas incontroversas, quais sejam o salário e os depósitos de FGTS.

Sobre tal divergência, tem decidido o TST de acordo com a posição da corrente intermediária. Para ele, em caso de terceirização ilícita por parte da Administração Pública, não se geria o vínculo empregatício entre ela e o empregado, em respeito à necessidade de concurso público, devendo o tomador de serviços arcar com as verbas incontroversas, evitando-se o enriquecimento ilícito do tomador de serviços.

Com relação ao segundo ponto, questiona-se se a responsabilidade subsidiária preconizada na súmula n. 331, IV, TST aplica-se também aos créditos

---

<sup>57</sup> Op. Cit., nota 40, p. 423/425.

trabalhistas resultantes de contratos de terceirização elaborados pelas entidades estatais, afinal o art. 71, parágrafo primeiro, da Lei de Licitações, contrariamente, orienta a não responsabilização.

Essa era a redação da súmula n. 331, IV, do TST<sup>58</sup>:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Por sua vez, diz a redação do art. 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93<sup>59</sup>:

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

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

[...]

Não há, ainda, entendimento pacificado sobre o assunto.

A parcela da doutrina que é a favor dessa responsabilidade, utiliza como fundamentos as noções de culpa *in vigilando* e *in elegendo*, a responsabilidade objetiva baseada no risco de terceirizar e os princípios da Administração Pública.

Para eles, o Poder Público deve ser responsabilizado no caso de uma eventual culpa pela má escolha do contratante, e também quando houver má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais e de seus efeitos, afinal há uma previsão da obrigatoriedade dessa fiscalização não só no art. 29, IV da Lei 8.666/93, como também na nossa Constituição, em seu art. 195, parágrafo terceiro.

Salientam, ainda, que, além de todos esses mecanismos fiscalizatórios há a possibilidade da Administração Pública reter o pagamento feito às prestadoras de serviços até a comprovação do efetivo adimplemento das verbas trabalhistas.

Quanto à ideia de responsabilização da Administração Pública através da aplicabilidade da teoria do risco administrativo, afirmam que o risco seria imanente à

---

<sup>58</sup> Op.Cit., nota 10.

<sup>59</sup> Op.Cit., nota 10.

atividade terceirizada, já que sempre existirá a opção de contratação direta do servidor. Assim, a partir do momento que a Administração Pública opta por terceirizar, ela está ciente do risco que corre.

Finalizando, salientam que o Poder Público deve pautar seus atos levando em conta não apenas os princípios da legalidade e impessoalidade, mas também o princípio da moralidade pública, que, em hipótese alguma, permitiria a irresponsabilidade do Estado quando, de uma omissão sua, fossem gerados prejuízos a terceiros.

Aqueles que refutam a tese da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em virtude da má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais e de seus efeitos alegam, primeiramente, que não há lei que obrigue o tomador a fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços.

Segundo eles, a única obrigatoriedade legal de fiscalização decorre das contribuições ao FGTS e das contribuições previdenciárias, levando-se em consideração o que preceitua os arts. 29, IV e 71, parágrafo segundo, ambos da Lei 8.666/93. A hipótese de responsabilidade do tomador de serviços pelo inadimplemento genérico das verbas trabalhistas não admitiria a responsabilidade subsidiária.

Além disso, afirmam que eventuais ingerências da administração nos contratos de trabalho para fins de tentar afastar a culpa *in vigilando* resultaria em direção pessoal dos serviços, transformando-se aquela em empregadora, o que acabaria por subverter a essência da terceirização.

Defendem, ainda, que o objetivo da Administração Pública, ao terceirizar, é de reduzir custos. Portanto, sua eventual responsabilização subsidiária tornaria a terceirização uma opção inviável, pois seus custos acabariam saindo excessivamente onerosos.

Sustentam, quanto à culpa *in eligendo*, que o regular processamento licitatório possuiria o condão de afastar essa modalidade culposa. Logo, a modalidade de culpa em questão somente se verificaria em casos de fraude no procedimento licitatório, e portanto, como se trataria de analisar a situação sob o enfoque da ilicitude, deveria restar comprovada em cada caso, e não de forma genérica.

Por fim, acerca do argumento da responsabilidade objetiva da administração pelo risco administrativo, afirmam que a ideia do risco da atividade



poderia ser admitido para responsabilizar o empregador, que nesse caso seria o prestador de serviços, e não a Administração Pública (tomadora de serviços). Assim sendo, também não teria como imputar o inadimplemento da prestadora à administração, afinal não haveria nexos causal entre um e outro (não se trata da teoria do risco integral).

Antes do julgamento da ADC n. 16 pelo STF, o Tribunal Superior do Trabalho entendia ser possível a aplicação de sua súmula 331, IV, às entidades da Administração Pública, não excepcionando o Estado e suas entidades no tocante à responsabilização em contextos terceirizantes. Contudo, a decisão proferida nessa ação declaratória de constitucionalidade mudou as regras do jogo, conforme veremos a seguir.

## **5 A ADC N. 16 E SUA REPERCUSSÃO**

### **5.1 Considerações Iniciais**

É certo que, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, parágrafo primeiro, da Lei de Licitações, o STF acabou vedando a aplicação da súmula n. 331, do TST como fundamento exclusivo para imputar a responsabilidade subsidiária ao Poder Público.

Destarte, diversas Reclamações Constitucionais contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho lastreadas na súmula n. 331, IV, foram providas, sendo afastada a aplicabilidade desse enunciado.

Em virtude dessa transformação jurisprudencial, é fundamental, primeiramente, entender o que é ADC e os efeitos de suas decisões, para que depois possamos analisar como a decisão proferida especificamente na ADC n.16 vai repercutir no mundo jurídico.

### **5.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A ADC é um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade no qual o próprio mérito da causa é a declaração de constitucionalidade de determinado dispositivo. Seu julgamento se dá no plano abstrato, desvinculado de qualquer caso concreto.

Segundo Marcelo Novelino<sup>60</sup>, a “ação direta de constitucionalidade foi concebida com o objetivo de abreviar o tempo para a pronúncia do Supremo Tribunal Federal”.

Em consonância, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino alegam o seguinte:

Nessa ação, o autor apenas comparece perante o Supremo Tribunal Federal para pedir que se declare a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. O seu objetivo é, portanto, abreviar o tempo – que em muitos casos pode ser longo – para obtenção de uma pronúncia do STF sobre a constitucionalidade de certo ato, que esteja originando dissenso nos juízos inferiores, consubstanciando um verdadeiro atalho para encerrar a controvérsia sobre sua legitimidade<sup>61</sup>.

Com relação a seus efeitos, sabe-se que a declaração de constitucionalidade tem eficácia “*erga omnes*” e “efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta ou indireta, das esferas federal, estadual e municipal (Lei 9.868/1999, art. 28, parágrafo único)”<sup>62</sup>.

Quando se diz que a ação declaratória de constitucionalidade tem efeito *erga omnes*, afirma-se que eventual decisão dessa ADC terá eficácia contra todos, ou seja, não será aplicada apenas entre as partes da relação jurídica. Por sua vez, o efeito vinculante trata da obrigatoriedade de respeito, por parte dos Órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública, direta ou indireta das esferas federal, estadual e municipal, da decisão proferida.

Outrossim, o efeito vinculante no controle de constitucionalidade não está apenas adstrito à parte dispositiva da decisão, estendendo-se também aos fundamentos determinantes ou razões de decidir. Essa é uma diferença que existe entre um caso de decisão de controle concentrado de constitucionalidade e o direito processual<sup>63</sup>.

Nesse sentido, muitos costumam dizer que com o julgamento pela procedência da ADC forma-se uma presunção absoluta de constitucionalidade da norma. No entanto, cumpre salientar que não é bem assim.

Diz-se isso, pois o efeito vinculante da decisão proferida em ADC não abrange nem o STF nem o Legislativo, sendo possível uma reapreciação da matéria pelo STF, desde que ocorra uma eventual inconstitucionalidade superveniente,

---

<sup>60</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. Método: São Paulo, p. 290.

<sup>61</sup> Op. Cit., nota 9, p. 865.

<sup>62</sup> Id. Ibid. p. 307.

<sup>63</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização**. Decisório Trabalhista: Revista de Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, TST, STJ, e STF. Curitiba, 199, p. 10, fev. 2011.

assim como não se impede que o legislador promulgue uma lei de teor idêntico ao de um texto já censurado.

Além disso, numa ação declaratória de constitucionalidade temos uma decisão baseada num plano abstrato, desvinculada de casos concretos. Logo, se um julgado de constitucionalidade apreciou apenas um dos sentidos da norma, o STF emitiu a palavra final que apenas deve ser respeitada vinculada aos motivos determinantes. Os demais sentidos, contudo, não estariam sob o manto da coisa julgada<sup>64</sup>.

Ademais, acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes, ou seja, da possibilidade da extensão dos efeitos vinculantes a outros casos não exatamente idênticos, entende o STF não ser isso possível. Segundo o guardião da nossa Constituição, só é possível estender os efeitos vinculantes a outro caso com perfeita identidade de tese central.

Portanto, declarada constitucional determinada lei ou dispositivo de lei em sede de ação declaratória de constitucionalidade, ainda é possível que, via controle difuso, em virtude dos vários sentidos que essa lei ou dispositivo possuam, seja declarada sua inconstitucionalidade num caso concreto.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos:

Em diversas situações, inclusive e notadamente nas hipóteses de colisão de normas e de direitos constitucionais, não será possível colher no sistema, em tese, a solução adequada: ela somente poderá ser formulada à vista dos elementos do caso concreto, que permitam afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional. [...] É preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional<sup>65</sup>.

### **5.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16**

Em virtude da mencionada divergência e considerando as diversas decisões do TST condenando a Administração Pública a arcar com as despesas geradas pela inadimplência das prestadoras de serviços, o governador do Distrito Federal moveu uma Ação Declaratória de Constitucionalidade cujo objeto foi o art. 71, parágrafo primeiro da Lei 8.666/93.

Na sua petição inicial, o governador alegou que o TST, ao editar enunciado de súmula responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação ao inadimplemento das verbas trabalhistas pelas

---

<sup>64</sup> Id. Ibid. p. 10.

<sup>65</sup> Op. Cit., nota 61, p. 24.

prestadoras de serviços negou vigência ao comando normativo expresso no art. 71, parágrafo primeiro, da Lei Federal n. 8.666/93.

Aduziu também que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho ofenderia os princípios da legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio de risco administrativo.

Iniciado o julgamento da ADC em questão, o Ministro Relator Cezar Peluso, primeiramente, alegou, em seu voto, ser incognoscível o pedido da parte autora, pelo fato de considerar não haver o interesse de agir, ou seja, considerou o autor carecedor de ação.

Justificou seu voto aduzindo o seguinte<sup>66</sup>:

Nos termos do art. 14, III, da Lei n. 9.868/99, consagrou-se, portanto, na doutrina e na jurisprudência da corte, aliás como requisito óbvio de acesso justificado à jurisdição, despida de funções consultivas, a necessidade de demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma, como requisito indispensável à instauração do processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse caso, escusa provar a existência de pronunciamentos judiciais de constitucionalidade da norma, porquanto isso já se presume; mas é de todo indeclinável evidenciar, já na petição inicial, tenha havido decisões que, em juízo incidental, lhe declararam a inconstitucionalidade.

Não o fez, todavia, o autor.

Defendeu ainda que o TST não declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, seja no enunciado da súmula n. 331, IV, do TST, seja no julgamento que lhe deu origem. A seguir, ementa que reproduz o julgamento que resultou na redação anterior do item IV da súmula n. 331, do TST<sup>67</sup>:

**INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode**

<sup>66</sup> STF - ADC N. 16. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisaInteiroTeor.asp#resultado](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisaInteiroTeor.asp#resultado)>. Acesso em: 05 de janeiro de 2012.

<sup>67</sup> Op. Cit., nota 66.

deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. (grifo nosso)

Entretanto, após alguns debates durante os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto e da Ministra Carmem Lúcia, o Ministro Relator retificou seu voto, decidindo pelo conhecimento da ADC em questão, e pela constitucionalidade do art. 71, parágrafo primeiro da Lei de Licitações, sob a justificativa de não ter o enunciado da súmula 331, IV, do TST declarado a inconstitucionalidade do dispositivo citado.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, defendeu a admissibilidade da ação proposta e a constitucionalidade do questionado artigo da Lei de Licitações, sob a justificativa de que houve uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei de Licitações. Segundo ele<sup>68</sup>:

O que temos no cenário? O afastamento, por um verbete de súmula de jurisprudência predominante de certo Tribunal Superior, de um preceito legal, à mercê – não vou adiantar o ponto de vista – de uma interpretação toda própria – e diria aqui, já adiantando esse mesmo ponto de vista -, ampliativa da solidariedade prevista no parágrafo segundo, do art. 2 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Partindo desse pressuposto, considerando que a solidariedade presente no art. 2, parágrafo segundo da CLT tem como premissa a direção, o controle ou a administração da outra empresa, e considerando que o Poder Público não tem a direção, a administração e nem o controle da empresa prestadora de serviços, concluiu o Ilustre Ministro pela procedência do pedido autoral.

A Ministra Carmem Lúcia, por sua vez, também votou pelo conhecimento da presente ADC. Segundo ela, “a aplicação do item IV da Súmula n. 331 por órgão

---

<sup>68</sup> Op. Cit., nota 66.

fracionário de Tribunal resultaria em desrespeito à Súmula Vinculante n. 10”, de seguinte teor<sup>69</sup>:

Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Em sede de mérito, sustentou que o art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 regulamenta expressamente o art. 37, XXI da Constituição Federal e que transferir à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo inadimplemento da prestadora de serviços quanto aos encargos trabalhistas seria onerar ainda mais a Administração Pública.

Defendeu que a atuação do Poder Público deve ser pautada pelo princípio da responsabilidade do Estado, sendo necessário que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público tenha como autor o agente público. Assim, de forma diversa, na situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei de Licitações o dano “considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública”.

Alegou que entendimento diverso poderia levar a uma situação absurda, situação na qual o Estado seria um “segurador universal”. Inclusive, para fundamentar tal raciocínio a Ilustre Ministra fez a citação de um trecho de artigo escrito pelo Ministro Gilmar Mendes, intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União 'seguradora universal'?”:

Por mais que se faça um pretenso juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados<sup>70</sup>.

Ainda de acordo com a excelentíssima Ministra Carmem Lúcia, eventual descumprimento, pelo Poder Público, de seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, não significaria, automaticamente, sua responsabilidade subsidiária por esse pagamento.

---

<sup>69</sup> Op. Cit., nota 66.

<sup>70</sup> Mendes, Gilmar. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União 'seguradora universal'?**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Rev\\_13/perlex.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Rev_13/perlex.htm)>. Acesso em: 08 de março de 2012.

Aduziu também que isso não quer dizer que a Administração Pública não possa vir a ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas contratadas por ela. Bastaria que se comprovasse sua culpa por não ter cumprido com seu dever de observar os princípios da legalidade e moralidade administrativa.

Por conseguinte, tendo em vista os argumentos supracitados, concluiu a Ministra Carmem Lúcia pelo provimento da ADC n.16, ou seja, pela constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93.

Carlos Ayres Britto, a seu turno, votou pela improcedência do pedido. Segundo ele<sup>71</sup>:

A Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo em comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou a terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador de serviços que é a Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

Por fim, o Ministro Celso de Mello entendeu ter restado demonstrada a existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da regra capitulada no art. 71, § 1º da Lei de Licitações, decidindo pela admissibilidade da ADC. Quanto à questão de mérito, seguiu o voto do relator.

Ante o exposto, consoante toda a argumentação examinada, percebe-se que o STF, por maioria de votos, decidiu pela procedência da ADC n. 16.

Levando-se em conta o resultado do julgamento da ação declaratória de constitucionalidade em análise, percebe-se que a imputação da responsabilidade subsidiária ao Poder Público somente poderá ocorrer em caso de constatação de efetiva culpa da administração, em virtude da inobservância do seu dever de bem licitar e fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços.

Ademais, dentre os fundamentos utilizados pelos Ministros ao julgarem o caso, destacou-se aquele, segundo o qual a redação da súmula n. 331, IV, do TST, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao Poder Público, rejeita a aplicação do art.

---

<sup>71</sup> Op. Cit., nota 66.

71, § 1º da Lei 8.666/93 sem declarar sua inconstitucionalidade, violando a reserva de plenário, prevista no art. 97 da nossa Carta Máxima e a Súmula Vinculante n. 10 do STF.

### 5.3.1 ADC n. 16 e a súmula 331, IV, do TST

Após ter sido declarado constitucional o art. 71, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.666/93, a solução prevista na súmula n. 331, IV, TST, e aplicada pelo Tribunal Superior do Trabalho restou prejudicada. Nova revisão na redação dessa súmula foi feita. Nessa ocasião, foi alterada a redação do seu inciso “IV”, assim como foram incluídos os incisos “V” e “VI”.

Assim sendo, faz-se necessária não só uma análise comparativa entre as redações antiga e nova, mas também uma análise sobre alterações no seu inciso “IV” e as inclusões dos incisos “V” e “VI”.

A seguir, a antiga redação da súmula n. 331, do TST<sup>72</sup>:

#### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Agora, a “nova súmula n. 331”, do Tribunal Superior do Trabalho<sup>73</sup>:

#### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e

<sup>72</sup> Op. Cit., nota 10.

<sup>73</sup> Op. Cit., nota 10.



limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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. 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.

Com o intuito de adaptar a redação da súmula à nova realidade, ou seja, à responsabilização por culpa da administração, percebe-se que o TST promoveu a retirada do trecho “[...] inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista [...]”, antes presente no inciso “IV” da súmula, assim como incluiu o inciso “V”, o qual evidencia que só haverá responsabilização subsidiária do Poder Público em caso de culpa *in vigilando* ou *in elegendo*.

Por último, quanto ao inciso “VI”, é clarividente que sua inclusão teve como objetivo derrubar qualquer argumentação de que a responsabilidade subsidiária ao terceirizar estaria restrita aos créditos trabalhistas principais. Assim consolidou-se o entendimento de que o tomador de serviços responderá por todas e quaisquer verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

#### **5.4 Responsabilidade do Estado Pós-ADC n. 16**

Tendo em vista o conceito de ação declaratória de constitucionalidade, os efeitos e extensão de suas decisões e o julgado do STF na ADC n. 16, resta claro que não houve uma derrota da súmula n. 331, IV, do TST, afinal ainda é possível a responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, desde que reste reconhecida no caso concreto a culpa *in vigilando* ou *in elegendo* do Poder Público.

Entretanto, é fato que a ação declaratória de constitucionalidade n. 16 alterou algumas questões atinentes a essa responsabilização. Assim sendo, mostra-se necessário examinar tal decisão, a fim de se analisar:

- a) sua extensão;

b) a fiscalização necessária a fim de se evitar eventual responsabilização por culpa;

c) a caracterização da culpa *in vigilando* ou *in elegendo*; e

d) quem terá de provar essa culpa e quais verbas serão devidas aos obreiros em caso de eventual inadimplemento por falha na fiscalização.

#### **5.4.1 Efeitos e extensão da ADC n. 16**

Segundo o acórdão do STF “a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações não impede sua interpretação sistemática com os demais dispositivos do ordenamento jurídico”. Assim, além da constitucionalidade do art. 71, parágrafo primeiro da Lei 8.666/93, tal decisão ressaltou a necessidade de interpretá-lo de acordo com as normas do ordenamento jurídico que com ele se relacionam.

*Ab initio*, com vistas nessa interpretação sistemática, é essencial que o intérprete do direito perceba que o art. 71, parágrafo primeiro, além de estar inserido na Lei de Licitações, está colocado dentro daquelas normas que obrigam o Poder Público a uma eficaz fiscalização no cumprimento do contrato de prestação de serviços.

Tal obrigação decorre não só dos princípios da legalidade e moralidade pública, mas também do princípio de justiça, o qual postula uma distribuição de prerrogativas e direitos proporcional aos deveres e às atribuições conferidas à pessoa. Assim, conclui-se que muitas prerrogativas implicam em muitas responsabilidades.

Nesse sentido, o dispositivo que prevê a não responsabilização da Administração Pública, o faz num contexto de diversos outros preceitos que a obrigam a fiscalizar de forma eficiente e séria o cumprimento dos contratos por parte dos seus prestadores de serviços.

Essa fiscalização, por sua vez, deve ocorrer durante todo o procedimento licitatório, durante a formalização do contrato, durante sua execução, até o dia de sua extinção. Inclusive, nesse momento, caberá ainda, ao Poder Público, tomar diversas providências que assegurem aos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços todas as verbas que lhe são devidas.

Para que saibamos qual deve ser o padrão fiscalizatório da Administração Pública, devemos analisar, conjuntamente, os dispositivos da Lei 8.666/93 e os dispositivos presentes na Instrução Normativa n. 02/2008, atualizada pela Instrução Normativa n. 03/2009, do Ministério do Planejamento e Orçamento e Gestão, afinal tais instruções normativas tratam do procedimento de fiscalização.

Nelas, são fixados os limites da obrigação de fiscalizar considerando a realidade do gerenciamento contratual, os riscos originados dessas práticas e os direitos e deveres atribuídos à Administração Pública perante os administrados e os terceiros interessados.

A supracitada Instrução Normativa n. 02/2008 possui normas que, além de tratarem da fiscalização dos contratos de terceirização, esclarecem os limites dessa obrigação do Poder Público, criando um padrão fiscalizatório composto de técnicas cujos objetivos são a eficiência do controle e a efetividade dos direitos fiscalizados.

Ademais, deve ela refletir em todos os âmbitos federativos, posto que nossa Constituição estabelece que é competência privativa da União legislar sobre normas de licitações e contratos, cabendo aos Estados e Municípios complementar esta legislação, observando as diretrizes nacionais. A seguir, redação do art. 22, XXVII, da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...] <sup>74</sup>

Logo, cabe aos Estados e Municípios observarem, na edição de sua legislação específica a respeito da matéria, o modelo de fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização desenhado pela Instrução Normativa 02/2008 do Ministério do Planejamento, inclusive em relação aos direitos trabalhistas.

#### **5.4.2 Fiscalização na Lei 8.666/93 e nas instruções normativas**

Nesse modelo a ser elaborado, os cuidados relacionados à fiscalização têm início no edital da licitação, o qual, segundo o art. 19, da Instrução Normativa 02/2008, conterà menção expressa da necessidade de indicar às convenções e

---

<sup>74</sup> Op. Cit., nota 10.

acordos coletivos aplicáveis aos trabalhadores terceirizados, disposição no sentido de que a execução completa do contrato apenas ocorrerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referentes à mão de obra utilizada, além de outras garantias. A seguir, art. 19, IN 02/2008<sup>75</sup>:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

III - o modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme Anexo III desta Instrução Normativa, o qual constituirá anexo do ato convocatório e deverá ser preenchido pelos proponentes;

IX - a exigência da indicação, quando da apresentação da proposta, dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço, quando for o caso; (Nova redação pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009).

XI - indicação das sanções cabíveis por eventual descumprimento das obrigações contratuais pactuadas;

XII - a necessidade de adequação dos pagamentos ao atendimento das metas na execução do serviço, com base no Acordo de Níveis de Serviço e nos instrumentos de fiscalização e medição da qualidade definidos no Projeto Básico ou Termo de Referência;

XV - as hipóteses de substituição dos profissionais alocados aos serviços contratados, quando for o caso, nos termos artigo 30, § 10, da Lei nº 8.666/93, exclusivamente em relação aos profissionais integrantes da equipe técnica que será avaliada;

XVIII - disposição prevendo que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra; e (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

XIX - exigência de garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação efetivada no contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para os serviços continuados com uso intensivo de mão de obra com dedicação exclusiva, com a previsão expressa de que a garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa. (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009).

Buscando-se evitar uma eventual culpa in vigilando, o art. 19-A, dessa mesma instrução normativa, também permite que o edital ou até o próprio contrato prevejam a possibilidade de provisionamento e retenção de valores do contrato destinados ao pagamento direto, pela administração, de salário, férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e FGTS dos empregados da empresa terceirizada.

Art. 19-A. Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços

---

<sup>75</sup> BRASIL; Dataprev. **Instrução Normativa** n. 2/2008. Disponível em: <http://www.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em 24 de abril de 2012.

continuados com dedicação exclusiva da mão de obra: (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições: (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos; (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

b) parcialmente, pelo valor correspondente às férias e ao 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato; (Nova redação dada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP nº 5, de 18/12/2009)

c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato; (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado; (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica; (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis. (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)<sup>76</sup>.

Observando-se todos esses cuidados preliminares, o dever de fiscalização inicia-se com a fase de habilitação, momento em que deve ser exigida, por parte do Poder Público, a documentação que comprove a regularidade da empresa com relação aos encargos sociais e trabalhistas. Assim determina o art. 29, IV da Lei 8.666/93<sup>77</sup>:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

[...]

<sup>76</sup> Op. Cit., nota 67.

<sup>77</sup> Op. Cit., nota 10.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Posteriormente, quando do julgamento das propostas, também deve a Administração Pública observar se os preços oferecidos pelas empresas que participam da licitação são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de recusa da proposta, por inexequibilidade, conforme o art. 44, parágrafo terceiro da Lei de Licitações<sup>78</sup>:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

A fim de regulamentar esse artigo, a IN 02/2008 em seu art. 29, parágrafo terceiro, prevê que se a administração perceber indício de inexequibilidade da proposta de preço poderá adotar diversas providências voltadas a aferir a observância dos direitos que devem compor o preço do serviço.

Dentre essas providências, temos a verificação dos acordos e convenções coletivas aplicáveis aos trabalhadores da terceirizada, consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego, verificação de outros contratos em que o proponente mantenha com a administração ou com a iniciativa privada, a fim de aferir o patamar de suas obrigações trabalhistas, etc. Senão vejamos:

Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

§ 3º Se houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

I - questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexequibilidade;

II - verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho;

III - levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e junto ao Ministério da Previdência Social;

IV - consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;

[...]

<sup>78</sup>

Op. Cit., nota 10.

IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa;  
 [...]
   
XIII - demais verificações que porventura se fizerem necessárias<sup>79</sup>.

Através do exame desses dispositivos, percebe-se toda a preocupação da Administração Pública em instituir instrumentos eficazes na fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas das possíveis empresas contratantes desde a análise prévia da formação do preço constante da proposta apresentada.

A norma em questão chega, inclusive, a instituir um modelo de “planilha de custos e formação de preços” a ser observada pelos órgãos contratantes, a qual está prevista no anexo III da IN, com a discriminação de todos os direitos laborais a serem considerados no custo contratual. Senão vejamos:

1. Quantidade de empregados necessários para a execução dos serviços;
2. Dados complementares para composição dos custos referente à mão-de-obra (com valores unitários por empregado):
  - 2.1. Salário mínimo para cálculo de insalubridade;
  - 2.2. Categoria profissional (vinculada à execução contratual);
  - 2.3. Data base da categoria;
  - 2.4. Valor da remuneração por empregado:
    - a) Salário
    - b) Hora Extra
    - c) Adicional Noturno
    - d) Adicional Periculosidade %
    - e) Adicional Insalubridade %
    - f) Outros (especificar)
3. Insumos de Mão-de-obra Valor (R\$):
  - a) Transporte
  - b) Auxílio alimentação (Vales, cesta básica etc.)
  - c) Uniformes/equipamentos
  - d) Assistência médica
  - e) Seguro de vida
  - f) Treinamento/Capacitação/Reciclagem
  - g) Auxílio funeral
  - h) Outros (especificar).

Considerando que essa planilha vincula o contrato de prestação de serviços, a execução contratual pressupõe a satisfação de todos os custos que integram a proposta vencedora, inclusive os custos trabalhistas constantes da planilha.

Logo, a obrigação de fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas ocorre desde a fase de habilitação das empresas licitantes e de julgamento das propostas oferecidas, mediante uma análise necessária dos preços objeto das

---

<sup>79</sup> Op. Cit., nota 67.

propostas, a fim de verificar a observância de todos os custos trabalhistas na composição do preço do serviço.

Por sua vez, se a habilitação da empresa pressupõe sua regularidade para com os encargos sociais, inclusive trabalhistas, e se os encargos trabalhistas devem estar necessariamente inseridos na composição do preço da proposta vencedora, há que se observar que o contrato administrativo a ser firmado vincula-se tanto a estas condições de habilitação previstas no edital quanto às condições previstas na proposta vencedora, razão pela qual cabe ao ente público contratante não apenas especificar no contrato de prestação de serviços as responsabilidades da empresa contratada em satisfazer os direitos de seus empregados, como também lhe cabe, por consequência, fiscalizar o cumprimento destas obrigações.

Nesse sentido o art. 54, parágrafo primeiro, o art. 55, XIII e o art. 66 da Lei de Licitações<sup>80</sup>:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Cumpra observar que a execução do contrato, nos moldes da Lei n. 8.666/93, abrange todos os requisitos necessários à satisfação de seu objeto, quais sejam, o cumprimento dos deveres fiscais, comerciais e trabalhistas da empresa contratada. Por isso, deve a administração fiscalizar de forma minuciosa o cumprimento de todos os aspectos contratuais, consoante o art. 67, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93:

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

§ 1º **O representante da Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato,**

---

<sup>80</sup>

Op. Cit., nota 10.



determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados<sup>81</sup>. (grifo nosso)

Ao aduzir “todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato”, o supracitado dispositivo pretendeu englobar, além do cumprimento dos deveres fiscais e comerciais, o cumprimento dos direitos trabalhistas, com vistas à satisfação dos elementos que integram o preço do serviço, conforme corretamente prelecionam o art. 34 e o art. 36, da IN 02/2008:

Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada;

II - os recursos humanos empregados, em função da quantidade e da formação profissional exigidas;

V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e

VI - a satisfação do público usuário.

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição federal sob pena de rescisão contratual;

b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;

c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;

d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;

e) pagamento do 13º salário;

f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;

g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;

h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;

i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED

j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e

k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos:

§ 1º A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações:

I - do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados, na forma do § 4º do Art. 31 da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995 (LEI DO SALÁRIO

MÍNIMO), quando se tratar de mão-de-obra diretamente envolvida na execução dos serviços na contratação de serviços continuados;

III - do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração.

§ 2º O descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e as relativas ao FGTS ensejará o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízo das sanções cabíveis.

§ 7º O pagamento pela Administração das verbas destinadas ao pagamento das férias e 13º dos trabalhadores da contratada poderá ocorrer em conta vinculada, conforme estiver previsto no instrumento convocatório<sup>82</sup>.

Até possíveis precauções que deve o ente público adotar quando da rescisão contratual, com intuito de garantir o pagamento das verbas trabalhistas rescisórias pela empresa contratada, também são regulamentadas pela Instrução Normativa em questão. Diz a norma, em seu art. 35<sup>83</sup>:

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada, podendo ainda utilizá-la para o pagamento direto aos trabalhadores no caso da empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa.

Restou claro, então, que a fiscalização a ser realizada pela Administração Pública está pautada num modelo de vigilância eficaz, comprometido com o efetivo cumprimento dos direitos laborais devidos no curso dos contratos de trabalho e também dos direitos devidos ao final destes.

Daí a preocupação da Instrução Normativa em instituir um procedimento padronizado de fiscalização desses direitos, conforme previsão do seu art. 31, parágrafo único:

Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

Parágrafo único. Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN<sup>84</sup>.

Ademais, da leitura do parágrafo único do artigo supracitado, extrai-se que a fiscalização contratual, além de seguir as normas já tratadas, observará a

<sup>82</sup> Op. Cit., nota 67.

<sup>83</sup> Op. Cit., nota 67.

<sup>84</sup> Op. Cit., nota 67.

existência de um “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”, previsto no anexo IV da Instrução Normativa 02/2008. Segundo ele, a fiscalização contratual dos serviços continuados deve ser escalonada em quatro momentos distintos:

- a) a fiscalização inicial (no momento em que a terceirização é iniciada): que compreende a elaboração de uma planilha resumo de todo o contrato com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão, divididos por contrato, com nome completo, função e direitos devidos; conferência de todas as anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados; verificação de que o salário pago não seja inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria; consulta sobre eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas; verificação da existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados e ao fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) etc.;
- b) a fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura): que compreende a elaboração de uma planilha mensal com informações sobre o nome completo do empregado, função exercida, dias efetivamente trabalhados, horas extras trabalhadas, férias, licenças, faltas, ocorrências; verificação do número de dias e horas trabalhados efetivamente; exigência de que a empresa apresente cópias das folhas de ponto dos empregados por ponto eletrônico ou meio que não seja padronizado (Súmula nº 338/TST), de forma que, em caso de faltas ou horas trabalhadas a menor, deve ser feita glosa da fatura; exigência de comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio alimentação dos empregados; realização da retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores da contrata, caso exista autorização da empresa contratada, conforme definido no instrumento convocatório, ou exigência de comprovação de recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais etc.;
- c) a fiscalização diária: que consiste na conferência diária de quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções, acompanhando com a planilha mensal; verificação de que os empregados estejam cumprindo à risca a jornada de trabalho, instaurando-se uma rotina para autorizar pedidos de realização de horas extras por terceirizados etc.; e
- d) a fiscalização especial: que compreende a análise da data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT); verificação dos reajustes dos empregados no dia e percentual previstos (verificar a necessidade de proceder ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de reajuste salarial); controle de férias e licenças dos empregados na planilha resumo; verificação das estabilidade provisórias dos empregados (cipeiro, gestante, estabilidade acidentária) etc.<sup>85</sup>.

A Lei de Licitações também atribuiu ao Poder Público o dever de, no ato de fiscalização, determinar o necessário para regularização das faltas ou defeitos observados, sob pena de rescisão contratual em caso de desatendimento destas determinações, consoante se vê com uma leitura integrada entre o art. 67, parágrafo primeiro e o art. 78, VII, da Lei de Licitações:

<sup>85</sup> VIANA, Marco Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques.** Editora Magister, fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=933](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=933)>. Acesso em 20 de novembro de 2011.

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

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores<sup>86</sup>.

Por fim, ainda existe a possibilidade de rescisão unilateral do contrato quando da inexecução de direitos trabalhistas pela empresa contratada, afinal tal inexecução implica na inexecução do próprio contrato de prestação de serviços. Nesse sentido, o art. 77 e o art. 78, ambos da Lei 8.666/93<sup>87</sup>.

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

[...]

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

[...]

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

Há, inclusive, dispositivos na Instrução Normativa 02/2008 que regulamentam os arts. 78 e 79 da Lei de Licitações. São eles o art. 34, parágrafo quarto e o art. 34-A:

Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar

<sup>86</sup> Op.Cit., nota 10.

<sup>87</sup> Op.Cit., nota 10.

ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação<sup>88</sup>.

Ante o exposto, não restam dúvidas acerca do dever que tem o Poder Público de exercer uma eficaz e minuciosa fiscalização do adimplemento trabalhista das empresas contratadas.

#### **5.4.3 Culpa *in vigilando* e *In eligendo***

Após regular a questão da fiscalização dos encargos trabalhistas por parte do Poder Público, a Lei 8.666/93, em seu art. 71, parágrafo primeiro, trata da responsabilidade pelo cumprimento desses direitos. Segundo ele, “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento [...]”<sup>89</sup>.

Entretanto, sabe-se que o dispositivo citado acima trata do mero inadimplemento com relação aos encargos trabalhistas, o qual não é suficiente para ensejar a responsabilização da Administração Pública, haja vista a necessidade de restar configurada uma falha na fiscalização por parte do Poder Público, ao fiscalizar a empresa contratada.

Ademais, o dever de fiscalização somente se esgota com a observância de todo o procedimento já estudado, além daqueles condizentes com os princípios legais e constitucionais, especialmente com o da eficiência administrativa, princípio setorial regente da Administração Pública à luz do art. 37 da nossa Carta Máxima.

Assim, não havendo fiscalização ou sendo a mesma insuficiente, restaria configurada a inadimplência do ente público. Neste caso, segundo Helder Santos Amorim<sup>90</sup>, “estabelecido o nexo causal entre as inadimplências da administração pública e da empresa contratada, resulta a configuração da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da administração, o que lhe acarreta responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos”.

A culpa *in eligendo*, caracteriza-se pela má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento de uma obrigação. No caso em

---

<sup>88</sup> Op. Cit., nota 67.

<sup>89</sup> Op. Cit., nota 10.

<sup>90</sup> Op. Cit., nota 77.

estudo, resta configurada quando a Administração Pública não observa as regras legais relativas ao procedimento de licitação voltadas à escolha de uma empresa idônea para a prestação dos serviços, capaz de adimplir plenamente os direitos dos seus empregados, tais como as regras dos arts. 29, IV e 44, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, e dos arts. 19 e 29 da IN 02/2008, que tratam de estabelecer procedimentos de habilitação e de julgamento de propostas com preços exequíveis, condizentes com os custos reais dos direitos dos trabalhadores.

A seu turno, a culpa *in vigilando* se caracteriza pela má fiscalização do agente a quem se imputa o cumprimento de um dever perante terceiro, tal como ocorre com as empresas contratadas pela Administração Pública, quando esta não exerce seu dever legal de fiscalizá-las de forma efetiva e eficaz, inclusive quando ao cumprimento de direitos trabalhistas, deixando de adotar as providências necessárias à preservação destes direitos ou adotando providências inadequadas ou insuficientes ao objetivo pretendido.

#### **5.4.4. Ônus probatório e verbas devidas**

Caracterizada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da administração, restaria configurada sua responsabilidade subsidiária pelos valores não pagos, em cumprimento aos princípios constitucionais do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da justa distribuição de direitos e deveres a todas as pessoas públicas e privadas, igualmente incumbidas de observar a legalidade, em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Acerca do ônus probatório, ou seja, no que tange à prova da ausência de fiscalização ou de sua efetiva ocorrência, não há posicionamento jurisprudencial sedimentado. No entanto, alguns pontos devem ser considerados.

Primeiramente, deve-se considerar que, na relação jurídica em questão, ter-se-ia o obreiro, parte hipossuficiente, e o Poder Público, responsável pela fiscalização e pela guarda dos documentos utilizados para esse fim. Assim, é clarividente que seria praticamente impossível para o obreiro provar tal ausência ou falha fiscalizatória, sendo razoável que essa exigibilidade recaia sobre a administração.

Cumprido salientar ainda ser bastante improvável que, caso a Administração Pública tome todos os devidos cuidados na fiscalização, haja inadimplemento por

parte da prestadora de serviços. Logo, sua ocorrência implicaria numa hipótese de culpa presumida do Poder Público, cabendo a ele o ônus da prova em contrário.

Logo, o mais justo e razoável é que o ônus probante recaia sobre o Poder Público, vez que o obreiro é parte hipossuficiente da relação e que toda a documentação relativa à fiscalização fica em poder da Administração Pública.

Por fim, no que tange às verbas devidas pelo Estado em caso de falha na sua fiscalização e, conseqüentemente, inadimplência dos valores trabalhistas devidos, o mais justo é o pagamento, pelo Poder Público, de todas aquelas valores que possui a obrigação de fiscalizar (art. 34, parágrafo quinto, I, da IN 02/2008). São elas:

- ▲ as verbas devidas à seguridade social (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “a”);
- ▲ os depósitos de FGTS (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “b”);
- ▲ o saldo de salário (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “c”); o fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação (quando cabível) (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “d”);
- ▲ o décimo terceiro salário (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “e”);
- ▲ a concessão de férias e o pagamento de seu adicional (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “f”);
- ▲ o cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa de dissídio coletivo de trabalho (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “j”); e
- ▲ o cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato (art. 34, parágrafo quinto, I, alínea “k”).

## **6 CONCLUSÃO**

A responsabilidade civil extracontratual do Estado é um dos mais importantes temas de Direito Administrativo, estando ele ligado à controvérsia existente acerca da responsabilização do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas terceirizadas.

Para poder vislumbrar a verdadeira dimensão do tema abordado, foi necessário entender o conceito de Administração Pública e o ingresso de seus agentes no serviço público. Doravante fez, também, necessário, compreender como aconteceu a Reforma Administrativa e os seus verdadeiros efeitos, depois da EC n.19. Para sopesar no decorrer das laudas seguintes o impacto da Reforma e o atual cenário dos contratos Administrativos com terceirizadas.

Com o exame dos principais pontos acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, restou claro que, em caso de atos comissivos, será possível imputar o dever de ressarcir ao Poder Público, com fundamento na teoria



do risco, sempre que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos causarem danos a terceiros, sejam eles usuários ou não dos serviços.

A responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos, por sua vez, ainda é questão controversa na doutrina, havendo uma inclinação dos nossos tribunais pela sua responsabilização apenas nos casos em que houver o seu dever de agente.

Contudo, tal responsabilidade não poderá ser imputada à Administração Pública quando o dano causado ocorrer em virtude de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, em virtude de caso fortuito ou força maior, haja vista inexistir, nesses casos, nexos causal entre a conduta do Poder Público, comissiva ou omissiva, e o dano causado, assim como poderá ser atenuado o dever de indenizar do Estado em casos de culpa concorrente.

Acerca da terceirização, viu-se que a mesma é uma estratégia empresarial, a qual consiste numa empresa transferir para a outra, sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou da realização de um serviço, objetivando, isoladamente ou em conjunto, a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores.

Sua ocorrência mostra-se possível nas situações empresariais que autorizam a contratação de trabalho temporário, nas atividades de vigilância, nas atividades de conservação e limpeza e nas atividades relacionadas a serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador.

Há que se observar que, caso desrespeitadas as hipóteses previstas ou se comprovada a existência de algum requisito da relação empregatícia entre o tomador de serviços e o obreiro, restará ilícita a terceirização, tendo como consequências o reconhecimento do vínculo entre esse e aquele e a consequente responsabilização do tomador de serviços pelos valores inadimplidos.

No que tange à terceirização ilícita na Administração Pública, ressalta-se que esta apenas gerará a obrigatoriedade do Poder Público de arcar com as verbas incontroversas, não acarretando vínculo empregatício do obreiro com aquele, e que era imputada a responsabilidade subsidiária ao Estado pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas contratadas, diferentemente do que previa o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, fato que acabou ensejando o ajuizamento de

ação com o intuito de declarar a constitucionalidade desse artigo da Lei de Licitações.

Entretanto, mesmo com o julgamento pela procedência da ADC supracitada não houve uma derrota da súmula n. 331, IV, do TST, afinal ainda é possível a responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços.

Assim, caso o Poder Público opte pela terceirização, deverá ele fiscalizar a empresa contratada respeitando os dispositivos legais presentes na Lei 8.666/93 e na Instrução Normativa 02/2008, os quais, em conjunto, impõem um padrão fiscalizatório ao Estado, sob pena de restar configurada sua culpa, *in eligendo* ou *in vigilando*, e de lhe ser imputado o dever de ressarcir os obreiros por eventual inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa terceirizante.

A culpa *in eligendo*, caracteriza-se quando a Administração não observa as regras legais, relativas ao procedimento de licitação, voltadas à escolha de uma empresa idônea para a prestação dos serviços, enquanto a culpa *in vigilando* se caracteriza pela má fiscalização do agente a quem se imputa o cumprimento de um dever perante terceiro.

Por fim, à questão do ônus probatório e das verbas devidas em caso de ficar comprovada a ocorrência de alguma dessas culpas, em que pese não haver posicionamento jurisprudencial sobre o assunto, restou claro que deve aquele recair sobre o Poder Público, devendo o mesmo pagar todos os valores que é obrigado a monitorar o efetivo pagamento.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

ANNE, Joyce Angher. *Vade mecum acadêmico de direito rideel*. 14. ed. Atual. Ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. **A responsabilidade subsidiária dos Entes Públicos nas terceirizações de serviços fundada no Enunciado 331, IV do TST**. 05 mai 2007. Disponível em : <<http://jusvi.com/artigos/25031>> Acesso em : 03.dez.2010.

BRAMANTE, Ivani Contin. A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. *Decisório trabalhista: Revista de doutrina e jurisprudência dos Tribunais regionais do trabalho, TST, STJ e STF*. Curitiba, 199, p. 5-33, fev. 2012.

BRASIL, **Código civil**, 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República Federativa do Brasil.

BRASIL, Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - Revisão da Súmula nº 256. Disponível em: <[www.dji.com.br/normas...tst/tst\\_0331a0360.htm](http://www.dji.com.br/normas...tst/tst_0331a0360.htm)> Acesso em: 20.nov.2010.

BRASIL, Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e da outras Providências. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 3 jan. 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm)>. Acesso em: 15 abril. 2012.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. RO n. 00240-2008-004-10-00-0, Rel. Alexandre Nery de Oliveira, Brasília, publicado no DJ em 16-1-2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Brasília, publicada no DJE n. 117/2008, p.1, em 27-6-2008.

BRITO JUNIOR, Willian Almeida. **A Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho frente à Lei de Licitações e Contratos**. dez.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6591>> Acesso em : 07.nov 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **A volta do regime jurídico único**. Jus navigandi, outubro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10621/a-volta-do-regime-juridico-unico>>.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. **A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial**. Disponível em:

< [www.revista.fadir.ufu.br/include/getdoc.php?id=409&article...](http://www.revista.fadir.ufu.br/include/getdoc.php?id=409&article...) >

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil. 16. ed. Vol.7. São Paulo: Saraiva, 2002.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. 23. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: ed.Dialética,1998.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas**. Editora LTR, São Paulo, 2003.

MARCANTE, Carolina Pereira. **A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados**. abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209&p=3>>  
Acesso em: 20.nov. 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. 32. ed. 2006.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Carlos Marcos Batista de. **Os enunciados ns. 331, IV e 363, do C. TST – uma visão crítica ante a responsabilidade subsidiária da Administração Pública**. In: Revista LTR, vol. 65, n. 11, novembro de 2001.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY, Daniel Christianini. **A constitucionalidade do emprego público**. Revista autor, agosto de 2008. disponível em:

<[http://www.revistaautor.com/portal/linex.phpoption=com\\_content&view=article&id=271:a-constitucionalidade-do-emprego-pco&catid=15:direito&itemid=44](http://www.revistaautor.com/portal/linex.phpoption=com_content&view=article&id=271:a-constitucionalidade-do-emprego-pco&catid=15:direito&itemid=44)>

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Débitos trabalhistas na administração pública e nulidade do enunciado 331 do TST**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro do Direito Público, nº15, julho/agosto/setembro, 2008.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15.dez.2010.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sobrinho, Zéu Palmeira. **Terceirização e reestruturação produtiva**. São Paulo: LTR, 2008.