

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

LUCIANO ALVES SOARES

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Salvador
2017

LUCIANO ALVES SOARES

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2017

LUCIANO ALVES SOARES

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade
Baiana de Direito como requisito parcial
para obtenção do título de especialização
em Direito e Processo do Trabalho

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Professor (a)

Professor (a)

Professor (a)

“Tu te tornas eternamente responsável
por aquilo que cativas”.

(Antoine de Saint-Exupéry).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, antes de tudo e de todos, posto que a fé nos eleva à condição de sujeito espiritual capaz de seguir à frente . A minha família, pela compreensão e dedicação, sempre apoiando e acreditando no nosso potencial. Um agradecimento especial à minha esposa Wedja Maria e à nossa filha Maria Júlia, por entenderem e caminharem junto no processo de elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos e colegas de curso, pela oportunidade de aprender sempre mais com cada intervenção, cada opinião, cada pergunta que fatalmente acrescentou bastante conhecimento.

A todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram e contribuem para a minha formação acadêmica permanente e para a realização deste trabalho.

Também agradeço a todos os professores do curso que durante esse tempo passaram seus conhecimentos de maneira brilhante e confirmaram a excelência do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito, do qual sinto orgulho de ter participado.

RESUMO

O presente trabalho busca compreender o processo de responsabilização civil a que o Estado está exposto, mais especificamente com relação aos créditos trabalhistas inadimplidos por empresas nos contratos de terceirização firmados.

A terceirização é um dos temas em evidência no momento, justamente pela ausência de regulamentação específica e pela movimentação parlamentar com o objetivo de editar norma que discipline a matéria. Tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei com esse objetivo. Merecem destaque aqui, os PL nº 4330/2004 que foi aprovado na Câmara dos Deputados e agora tramita no Senado Federal como PL nº 30/2015, os pontos de maior destaque, como não poderia deixar de ser, dizem respeito aos limites da atividade terceirizada e a responsabilização do agente tomador pelos créditos trabalhistas advertidamente inadimplidos. Neste compasso e, aliás é o que objetiva este trabalho, as discussões sobre a possibilidade de responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização.

Outro projeto que merece destaque, justamente pela dedicação que o Governo Federal impôs no momento, é o PL 4302/1998, que em linhas gerais propõe uma ampla implementação da terceirização em todos os setores da tomadora, tanto na atividade-meio, como hoje é estabelecido, quanto na atividade-fim, hoje proibida. Outra questão é a confirmação da terceirização na Administração Pública, nos mesmos moldes, imputando a esta, apenas a responsabilidade subsidiária, e restritivamente nas hipóteses de culpa, ou falha no processo de fiscalização.

Justifica-se, portanto, o desenvolvimento do presente trabalho pela oportuna discussão estabelecida tanto no Poder Legislativo e Executivo, quanto no Poder Judiciário, que discute no RE 760931 (com julgamento suspenso), a responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização por ela firmados.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade Subsidiária. Culpa *in vigilando*. Atividade-fim. Atividade-meio.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 DO ESTADO..... | 9 |
| 3 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 11 |
| 3.1 Princípios..... | 11 |
| 3.1.1 Princípio da Legalidade..... | 12 |
| 3.1.2 Princípio da Impessoalidade..... | 12 |
| 3.1.3 Princípio da Moralidade..... | 13 |
| 3.1.4 Princípio da Publicidade..... | 13 |
| 3.1.5 Princípio da Eficiência..... | 14 |
| 3.1.6 Princípio da Finalidade do Interesse Público..... | 14 |
| 3.2 Dos contratos..... | 15 |
| 3.3 Lei 8.666/93 e os contratos da Administração Pública..... | 16 |
| 4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 20 |
| 4.1 Da responsabilidade civil do Estado..... | 22 |
| 4.1.1 Teorias Civilistas..... | 23 |
| 4.1.2 Teorias Publicistas..... | 23 |
| 4.1.3 A responsabilidade objetiva do Estado..... | 25 |
| 5 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO..... | 28 |
| 6 DA CULPA “IN VIGILANDO” E “IN ELIGENDO” DO ESTADO..... | 31 |
| 7 DA TERCEIRIZAÇÃO..... | 33 |
| 7.1 Evolução Histórica no Brasil..... | 35 |
| 7.2 Terceirização Lícita e Ilícita..... | 37 |
| 7.3 Atividade-Fim..... | 40 |
| 7.4 Atividade - Meio..... | 43 |
| 8 DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO ESTATAL..... | 45 |
| 8.1 A terceirização e a fiscalização trabalhista..... | 49 |
| 9 O SETOR PÚBLICO E OS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO..... | 51 |
| 9.1 Responsabilidade subsidiária e responsabilidade solidária..... | 54 |
| 9.2 A responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização. ... | 55 |
| Noutro, giro,..... | 58 |
| 9.3 Repercussão jurídica..... | 59 |
| 9.4 Posição da Súmula 331 DO TST..... | 60 |
| 10 COMENTÁRIOS AOS PROJETOS DE TERCEIRIZAÇÃO EM TRAMITAÇÃO..... | 64 |
| 11 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS..... | 67 |
| 12 – REFERÊNCIAS..... | 69 |

1 INTRODUÇÃO

Do dever de reparação em função de um dano ocasionado por ação de um agente, no caso concreto, surge a responsabilidade civil, como forma de ressarcir ao prejudicado. A responsabilidade então poderá ser objetiva ou subjetiva a partir da existência dos elementos caracterizadores de uma ou de outra espécie. No Brasil, prevalece um sistema dual de responsabilidade estatal, baseado nas teorias do risco administrativo (responsabilidade objetiva) e da culpa administrativa (responsabilidade subjetiva).

O estudo da responsabilização do Estado no que aos contratos de terceirização, repousa na obrigatoriedade deste em acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos com ele firmados, considerado a rigor como uma espécie de culpa *a in vigilando* que é aquela que decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem.

Implica desta forma no estudo acentuado da responsabilidade, suas facetas e da obrigatoriedade do ente contratante, neste caso o Estado, no acompanhamento da execução dos serviços e compromissos objetos dos contratos. A culpa neste caso seria o descumprimento por parte do Estado do seu dever legal de fiscalização e acompanhamento.

Identificar o papel do Estado na eleição dos critérios a serem atendidos pelas empresas quando da possibilidade de contratar, espécie de responsabilidade *in eligendo*, bem como a obrigação deste na fiscalização da execução dos contratos firmados, compreendendo desta forma se há responsabilidade estatal por omissão, quando da ausência de fiscalização e o conseqüente inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da contratada, constitui o caminho a ser percorrido no desenvolvimento deste trabalho.

Os princípios da Administração Pública definidos no texto constitucional notadamente o princípio da eficiência, ficam comprometidos quando da ineficácia do ente estatal no acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos firmados e o conseqüente inadimplemento do contratado no que diz respeito às verbas de caráter trabalhista e previdenciário.

Importante a observação da competência e responsabilização do Estado ante a repercussão do inadimplemento das verbas de caráter trabalhista que as

empresas terceirizadas que contratam com a Administração Pública, acabam por não cumprir.

O trabalho é desencadeado à partir da discussão da inegável existência e solidificação do fenômeno da terceirização em todos os ramos da sociedade, inclusive na Administração Pública, buscando compreender os limites e possibilidades da terceirização, suas implicações de maneira geral, bem como sua repercussão quando se trata da atuação na atividade estatal.

2 DO ESTADO

As discussões a respeito dos aspectos que envolvem as formas de organização da sociedade e a própria composição social como se configura na atualidade urge a necessidade de conceituar o Estado como uma produção da humanidade e como alternativa de grande pressuposto do convívio social.

Do latim *status*, a palavra “Estado” significa modo de estar, condição, como forma de organização da convivência social e política é atribuído seu surgimento em 1513 na obra “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel, que de forma conceitual define amplamente a estrutura organizacional do Estado como instituição responsável pelo controle e auto composição do cotidiano coletivo. Assim o Estado pode ser definido como o exercício de um poder político, administrativo e jurídico dentro de um determinado território.

O Estado como algo concentrador das funções de organização da sociedade é uma criação humana destinada a manter a coexistência pacífica dos indivíduos, a ordem social, de forma que os seres humanos consigam conviver e produzir o bem social, para tanto importante também estabelecer a População, o Território e o Governo como elementos constitutivos do Estado e de forma direta determinam a composição, o espaço e a administração da organização social. Neste contexto a População é o conjunto de habitantes do território, que se caracteriza pela composição espacial, ou seja, o limite geográfico de permanência da população, do povo e das estruturas de governo. O Governo especificamente corresponde ao exercício do poder do Estado, à administração e execução das ações no convívio estatal.

O Estado é poder, e por isso seus atos obrigam; mas ele é poder abstrato, e por isso não é afetado pelas modificações que atingem seus agentes. Enfim, se ele dura tanto, a despeito das contingências históricas, é porque encarna uma ideia, a imagem de ordem que é o próprio fundamento do poder. (DALLARI, 1998, p. 4).

Desta forma o Estado representado na forma de governo e de organização política, exerce o poder, interferindo sobremaneira na vida dos indivíduos, definindo caminhos e configurando modelos de constituição da sociedade. Com percepção do poder instituído ao Estado surge também a obrigação deste na busca contínua do bem estar da coletividade, representado pelo conjunto de ações desenvolvidas pelas

diversas instituições estatais que compõem todo o aparelho administrativo do Estado.

Na composição da atuação de governo o Estado pode ser organizado de diversas maneiras caracterizadas por uma das formas de Governo: Monarquia, que caracterizada como forma de governo em que o chefe de Estado é o monarca, poder transmitido sucessoriamente com defesa dos princípios da hereditariedade e vitaliciedade, modelo absolutista, com concentração poder e a República, forma de governo que tem como principal aspecto característico a participação do povo da escolha dos seus representantes.

Com origem na Roma antiga a República ainda pode se apresentar de duas formas: a república parlamentarista, onde a chefia do Estado será ocupada por um representante escolhido indiretamente pelo legislativo, comumente chamado de primeiro ministro, e a república presidencialista, onde a participação popular ocorre de forma direta, escolhendo o chefe de Estado que também acumula a chefia de governo, este chamado de presidente.

Do estudo da composição estatal na forma de governo republicana a grande contribuição de Montesquieu foi a criação do princípio da separação dos poderes, acompanhado por um sistema denominado freios e contrapesos, com os poderes executivo, legislativo e judiciário independentes e harmônicos entre si, não permitindo a supremacia de qualquer deles sobre os demais, ou seja, oposto ao absolutismo que concentra o poder nas mãos do monarca, o que se pretende com a separação dos poderes é uma organização onde a distribuição de competências convirjam para a melhor forma de organização social, evitando governos totalitários.

Agindo como representação da vontade da coletividade o Estado deve exercer suas funções alinhadas com os princípios estabelecidos por regramento próprio, na busca pela satisfação dos interesses da sociedade, proporcionando o atendimento com serviços públicos eficientes. A maneira como a Administração, gerencia o orçamento público de modo a devolver à população na modalidade de serviços tem como intermediários os contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e os interessados em atuar como fornecedores.

3 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública está adstrita a regras e limitações impostas pela Constituição Federal/88 e outros regramentos. Aqui nos interessa no primeiro momento estabelecer os padrões mínimos de regramento fundados nos princípios que regem o regime jurídico-administrativo da Administração Pública.

O regime jurídico-administrativo é o regime jurídico ao qual se encontra submetida a Administração Pública direta e indireta. Compreende um conjunto de princípios constitucionais que governam toda a atuação dos agentes públicos no desempenho das funções administrativas, conformando toda a Administração Pública. (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 930).

A Administração Pública é, pois,

[...] subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e objetivamente é a expressão do Estado agindo em concreto para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social. (ALESSI, apud, MEIRELLES, 2007, p. 84).

Visa desta forma, a Administração Pública, o fim do bem-estar da coletividade, atuando e agindo em função da coisa pública.

3.1 Princípios

Os princípios da Administração Pública estão disciplinados na Constituição de 1988 e derivam de dois grandes princípios: o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Destes derivam outros princípios, principalmente os esculpido no art. 37 da CF/88, princípio da legalidade; princípio da impessoalidade; princípio da moralidade; princípio da publicidade e princípio da eficiência, os quais nos atentaremos, além do princípio da finalidade do interesse público, fundamental para a interpretação das questões vinculadas à Administração Pública.

[...] esclarecendo que tais princípios gozam de imediata aplicabilidade, não dependendo de lei formal para produzirem os seus efeitos e vincularem a Administração, como, a propósito, já decidiu o STF: "Ementa: Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. proibição que decorre do art. 37, *caput*, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal." (RE 579951, Relator Ministro

Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008). (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 931).

3.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade evoca a premissa de que todos os atos da Administração Pública, aprioristicamente devem estar regulados e garantidos por lei.

Segundo Meirelles (2007, p.87):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Ainda a esse respeito, Cunha Júnior (2011, p. 933):

Como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica.

Desta maneira, todo ato com intenção e finalidade administrativa advindo do Poder Público deve considerar o princípio da legalidade.

3.1.2 Princípio da Impessoalidade

Foco na coletividade, esse deve ser o modo de agir da atividade administrativa, de modo a atender todos os administrados, agindo e apresentando-se de maneira impessoal.

Para Moraes (2008, p. 321):

Esse princípio completa a ideia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou.

Cunha Júnior (2011, p. 934) ao tratar do princípio da impessoalidade, diz:

A atuação impessoal da Administração Pública é imperativo que funciona como uma via de mão dupla, pois se aplica em relação ao administrado e ao administrador. Assim, de referência ao administrado, a atividade administrativa deve ser necessariamente uma atividade destinada a satisfazer a todos, de sorte que a Administração Pública não pode atuar de forma a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas.

Objetiva-se pois, colocar a coletividade como foco da atuação da Administração Pública, evitando o direcionamento a situações e grupos específicos.

3.1.3 Princípio da Moralidade

Ligado à honestidade, aos bons costumes, diz-se que o administrador público no exercício da função pública não pode abrir mão do elemento ético de sua conduta. O princípio da moralidade é pressuposto de validade necessária à conduta do administrador, esculpido no *caput* do art. 37 da CF/88.

Neste ponto, Di Pietro (2014, p. 780, nos ensina que:

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.

Conclui Meirelles (2007, p. 89):

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. [...] tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido pelo zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda.

Claramente o princípio da moralidade envolve a essência da atividade administrativa e a própria obrigação humana de atuar com honestidade, altruísmo, ética e moral.

3.1.4 Princípio da Publicidade

A transparência como um dos fundamentos da atividade administrativa, refere-se que todos os atos devem ser públicos, de conhecimento geral.

Para Meirelles (2007, p. 95)

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Segundo Moraes (2008, p. 323):

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

Dar conhecimento, divulgar para que a coletividade tenha conhecimento dos atos e atividade da Administração Pública, constitui finalidade do princípio em comento.

3.1.5 Princípio da Eficiência

Integra ainda o *caput* do art. 37 da CF/88, em função da EC nº 19/98, o princípio da eficiência, com finalidade de abranger sucesso tanto nos meios (eficiência), quanto nos fins (eficácia).

Para Cunha Júnior *apud* Di Pietro (2011, p. 938):

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e pode também ser considerado em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados no desempenho da função ou atividade administrativa.

Nas palavras de Meirelles (2007, p. 96):

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Por fim, requer o mencionado princípio a busca e garantia da eficiência e eficácia da função administrativa, ou seja, fazer o melhor para resultar em melhores benefícios para a coletividade.

3.1.6 Princípio da Finalidade do Interesse Público

Para melhor entendimento do quesito terceirização, mister se faz compreender o princípio da finalidade pública, que deve abranger toda e qualquer

ação ou atividade da Administração Pública, isso pois, ao firmar ajustes que visem a contratação de serviço terceirizado, deve a Administração Pública observar a finalidade e os melhores interesses da coletividade.

Aliás, este é a própria razão de existir da Administração Pública, atender a um fim público, pela proteção dos interesses da coletividade.

Para Cunha Júnior (2011, p. 939):

[...] há uma finalidade pública geral que é aquela prevista em todas as leis, por imperativo da ordem jurídica; e uma finalidade pública especial que é aquela ditada pela lei à qual se esteja dando execução.

O desvio de finalidade, por conseguinte, pode ser genérico ou específico. Diz-se genérico quando a Administração Pública deixa simplesmente de atender ao interesse público, desviando-se para socorrer interesses privados. Diz-se específico quando a Administração Pública desatende a finalidade indicada em lei, visando outra finalidade pública.

Quanto ao controle, os atos sob a égide do desvio de finalidade, por se tornar inválidos, posto que a finalidade é vinculada, estarão sujeitos ao controle do judiciário.

3.2 Dos contratos

Importante instituto jurídico os contratos permeiam o cotidiano da sociedade produzindo um amplo campo de encontro de interesses, pois é da natureza dos contratos a manifestação da vontade livre e consciente na sua efetivação. O conceito “*lato sensu*” deste instituto é bem definido como:

[...] é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.47).

Presentes neste conceito fundamentos essenciais para a compreensão do que seja o instituto, bem como dos seus efeitos no mundo jurídico, na medida em que declara sua natureza jurídica enquanto um negócio jurídico, ou seja, uma declaração de vontade que provoca determinados efeitos, porém regidos por princípios importantes e observados os quesitos imprescindíveis de existência, validade e eficácia próprios dos negócios jurídicos obedecendo, portanto requisitos

mínimos de existência, de pressupostos legais e de eventuais elementos acidentais que influenciem na sua eficácia.

O conceito de contrato definido por Orlando Gomes (2007, p. 10) como sendo “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”, talvez nos seja mais apropriado quando observados os comportamentos desejáveis da Administração Pública e da parte contratada no percurso da execução dos contratos firmados, pelo fato do rigor na conduta de ambos nesta espécie de contrato.

O contrato é instituto típico do direito privado, porém muito utilizado pela Administração Pública tanto em sua feição originária quanto com as adaptações à esfera pública, quando da utilização dos contratos administrativos, que carregam também os princípios gerais como o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), porém sob a égide do regime de direito público, atuando o direito privado apenas de forma supletiva.

3.3 Lei 8.666/93 e os contratos da Administração Pública

A Lei 8.666/93 abrange todos os contratos administrativos e disciplina a forma como a Administração deve celebrá-los, configurando em verdade um limitador, restringindo a ampla liberdade da Administração Pública impondo procedimentos específicos, tendo como principal referência a licitação, que é um procedimento administrativo que compõe os atos preparatórios para que a finalidade objetivada pela Administração seja alcançada. Sobre o conceito de licitação:

Pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DROMI, 1975 apud DI PIETRO, 2012, p. 373).

Como toda ação da Administração Pública o procedimento licitatório é envolvido por princípios que buscam atingir a tão almejada finalidade pública, requisito essencial em todos os atos da Administração. Não há consenso na doutrina a respeito de quais seriam os princípios informativos da licitação sendo apazíveis para o objetivo deste estudo os princípios cunhados por Adilson Abreu Dallari (1973

apud DI PIETRO, 2014, p. 377): “igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital” e a capacidade da Administração fiscalizar todos os princípios anteriores, uma contribuição do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), um princípio importante quando se busca a eficiência da Administração e a consequente realização do bem comum.

A Constituição Federal de 1988 ampara os contratos administrativos em seu artigo 37, inciso XXI, bem como atribui em seu artigo 22, inciso XXVII, privativamente à União a competência legislativa sobre “normas gerais para licitação e contratos” que tem sua regulamentação esculpida na Lei 8.666/93.

Os contratos da Administração Pública são em regra, todas as espécies de contratos que a Administração celebra, abrangendo desta forma os regidos pelo direito público e os regidos pelo direito privado. Pode a Administração realizar contratos sob norma de Direito Privado, estando desta maneira na mesma posição da parte, não se verificando a sua superioridade como bem nos relata Meirelles:

A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado (STF, RTJ 91/1.099) - e frequentemente os realiza - em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressuposto do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já o conceituou o antigo TFR), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico (MEIRELLES, 2007, p. 213).

Neste diapasão nos interessa os contratos celebrados pela Administração sob a batuta da terceirização, neste particular, os contratos administrativos, que tem sua definição claramente demonstrada no texto do artigo 2º, parágrafo único da Lei 8.666/93:

Parágrafo único - Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 2014).

A melhor doutrina entende ser o contrato administrativo um elemento específico do gênero contrato com características próprias que o distingue dos contratos privados, para tanto Di Pietro (2014, p.261) o define como “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas

ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Portanto, com definições e regramento específicos e segundo Meirelles (2007, p. 212) “nas condições estabelecidas pela própria Administração”. Traz ainda consigo características importantes como: a finalidade pública, ou seja, o interesse coletivo; o formalismo, pois se expressa na forma escrita e com regramento próprio; a comutatividade na medida em que há a equivalência e reciprocidade dos interesses; a natureza de contrato de adesão uma vez que o contratado apenas adere às cláusulas estabelecidas pela Administração; o fato de ser personalíssimo, ou seja, natureza *intuitu personae* em função das condições pessoais de cada contratado, devendo ser executado por este; a presença da Administração com prerrogativas de supremacia; e a presença significativa de cláusulas exorbitantes, que excedem o Direito Comum e que não seriam lícitas num contrato privado na medida em que desequilibra a relação entre as partes, atendendo a finalidade pública, tendo para tanto previsão legal.

As cláusulas exorbitantes são em regra a principal evidência da supremacia do interesse coletivo sobre o particular e uma das principais características que diferenciam o contrato administrativo do contrato privado, quando da legalização de procedimentos indisponíveis em se tratando da relação jurídica privada e na medida em que as cláusulas exorbitantes do direito comum são derogatórias do direito privado.

Neste sentido Hely Lopes Meirelles discorre a respeito do aspecto que difere o contrato administrativo do contrato privado como sendo “a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis* causa, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo”. (MEIRELLES, 2007, p.213).

Dentro do rol das cláusulas exorbitantes muitas delas acolhidas pela Lei nº 8.666/93 que empoderam o Estado nas relações contratuais e em contrapartida atribuem a este, responsabilidades na execução dos contratos, podem ser citados: a faculdade de exigência de garantia prevista no artigo 56, §1; a possibilidade de alteração unilateral, acolhida no artigo 58, I; a rescisão unilateral, artigo 58, II, combinado com os artigos 79, I, e 78, incisos I a XII e XVII; a exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – a Administração pode invocar a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado, sendo

defeso a este utilizar-se desta mesma prerrogativa; a faculdade da mutabilidade; a possibilidade de anulação do contrato, entendido como a capacidade de controle de seus próprios atos, ou o atributo da autotutela, prerrogativa consagrada pelo STF na Súmula nº 473:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, súmula nº 473, 2014).

Dentre todas as cláusulas exorbitantes, chama atenção para o presente estudo, e as quais nos reportaremos em outros momentos: a fiscalização, prevista como prerrogativa no artigo 58, III, e como dever no artigo 67 e a possibilidade de aplicação de penalidades, sanções de natureza administrativa que repousa no artigo 58, IV, todas constantes na Lei 8.666/93, cláusulas que compõem a chamada prerrogativa de controle do contrato assim definida por Hely Lopes Meirelles:

A intervenção, como instrumento de *controle do contrato administrativo*, é cabível sempre que, por incúria da empresa ou pela ocorrência de eventos estranhos ao contratante, sobrevém retardamento ou paralisação da execução ou perigo de desvirtuamento ou perecimento do objeto do ajuste, com prejuízos atuais ou iminentes para a programação administrativa [...] (MEIRELLES, 2007, p.218, grifo do autor).

O acompanhamento da execução do contrato é, pois dever da Administração, devendo zelar pelo cumprimento do contrato em todas as suas nuances, compreendendo a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e aplicação de penalidades contratuais, o acompanhamento é comando consagrado pelo artigo 67 da Lei das Licitações: "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". (BRASIL, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, 2014).

Portanto cabe à Administração a tomada de medidas preventivas, quando da elaboração do procedimento licitatório, norma que disciplinará as obrigações das partes, bem como o acompanhamento das fases de execução do contrato, no intuito de se concretizar a finalidade para a qual a Administração propôs a licitação, buscando ademais, a satisfação da coletividade com fulcro na eficiência da Administração Pública.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo da responsabilidade civil do Estado em virtude da não fiscalização dos contratos administrativos, ou seja, o inadimplemento por parte do contratado e a repercussão jurídica de possíveis danos urge o estudo do instituto da responsabilidade civil enquanto gênero e da responsabilidade contratual e administrativa nas modalidades de espécies.

A responsabilidade civil resulta da infração, ou descumprimento de alguém com atuação em princípio ilícita violando regramento legal ou contratual, gerando desta maneira a repercussão jurídica do dever de reparação. Na formação das bases estruturais da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho estabelece duas premissas doutrinárias fundamentais para a sedimentação do conceito e identificação deste instituto jurídico:

Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segunda: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.05).

Diante destas premissas é possível a compreensão de que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo em função do descumprimento ou violação de uma obrigação preexistente causadora de um dano em potencial, que conseqüentemente promove o desequilíbrio da relação jurídico-econômica sendo, portanto o dever de indenizar, solução prevista para o retorno do *status quo ante*, reestabelecendo novamente o equilíbrio. O dano causado efetivamente passa a compor o centro do fundamento da responsabilização civil e desta forma, conclui Montenegro (s.d.), apud, Cavalieri Filho (2010, p.13): “a tese de Ilhering de que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi-se desmoronando paulatinamente”.

Temos então como principal fato gerador da responsabilização o dano e não a culpa como outrora defendido, esta especificação é de extrema importância para a análise do dever de reparação por eventual dano causado, no caso em tela da responsabilização da Administração. A culpa em sentido *latu sensu*, entretanto, tem papel fundamental para a caracterização do dever de reparar quando se busca desvendar se a conduta ilícita do agente causou dano por mera culpa ou por dolo.

Os estudos deste tema nos remetem à clássica divisão da responsabilidade em subjetiva e objetiva. A respeito da culpa o Código Civil de 2002 em seu artigo 186, diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete o ato ilícito”. (BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 2014).

Portanto, a responsabilidade subjetiva, como o próprio nome nos faz remeter, advém de uma conduta do agente que viola um dever jurídico voluntariamente, infringindo conseqüentemente o direito de alguém, causando dano, surgindo desta inferência pressupostos caros à responsabilidade subjetiva que são: a conduta, o nexo de causalidade e o dano. Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 70) “a culpa não é pressuposto geral da responsabilidade civil”, apesar de mencionada no texto legal, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade cujo elemento subjetivo culpa é desconsiderado, diz ainda que “A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental”.

A responsabilidade objetiva por seu turno advém da responsabilização do agente causador do dano, independente de culpa, uma filiação à teoria do risco, uma espécie de responsabilidade pelo risco, onde qualquer pessoa que desenvolva atividade que de alguma maneira possa gerar riscos, assumirá a obrigação de reparar, ainda que não tenha tido culpa. Teoria abraçada pelo Código Civil de 2002, que diz no artigo 927, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco para os direitos de outrem*” (grifo nosso). (BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 2014).

Também na responsabilidade objetiva haverá uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal, não sendo, portanto necessidade do elemento culpa que poderá existir, porém será irrelevante. A percepção da relação de causalidade é indispensável para a responsabilização uma vez que esta não poderá passar da pessoa que deu causa ao dano.

A teoria do risco que teve como um de seus seleiros a França do século XIX, define o risco como sendo o perigo, a probabilidade de dano assumida por aquele que exerce uma atividade com estas prerrogativas, com dever de reparar o dano

que dela decorra. Várias modalidades doutrinárias surgiram deste tronco conceitual como as teorias: do risco-proveito, que leva em consideração que a reparação deve ser dada por quem de alguma forma tira proveito ou vantagem da atividade danosa, segundo Cavalieri Filho (2010, p. 143) “com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *ubi emolumentum, ibi onus*”; a teoria do risco profissional, fundada no risco da atividade profissional desempenhada, ou seja, o dano decorrente desta atividade deverá ser indenizado pelo empregador independente de culpa; do risco excepcional, dano em razão de um risco excepcional; a teoria do risco criado que teria como fundamento que “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evita-lo” (MÁRIO, 1992 apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 144).

Por fim a teoria do risco integral que ultrapassa alguns fundamentos como a existência de relação causal impondo a responsabilização e o dever de indenizar apenas em razão do dano.

4.1 Da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado vai surgir das hipóteses em que este figurará na qualidade de polo passivo da relação jurídica sendo civilmente responsável por danos causados a terceiros, sempre que seus agentes ou terceiros que o representam causarem dano a alguém.

Na evolução dos estudos a respeito da responsabilização do Estado a história nos revela a passagem por algumas teorias justificadoras do posicionamento do ente estatal face da existência de dano nas hipóteses dispostas no parágrafo anterior. Nos Estados absolutistas imperava a ideia de recusa da responsabilização do Estado posto que isto poderia ocasionar descontinuidade dos seus serviços. Dominava então a teoria da irresponsabilidade do Estado, bem simbolizada no brocardo “The king can do no wrong” (“O Rei nada faz de errado”).

Fundamentada na soberania dos Estados absolutistas, onde estes estariam acima de qualquer relação estabelecida com e entre seus súditos. Esta teoria sucumbiu a partir do momento em que se passou a exigir que o Estado que deve tutelar o direito, também responda quando por sua ação ou omissão causar danos a terceiros. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. (MELLO, 2011, p. 1007).

Desta maneira, é imperativo lógico o entendimento que todos devem estar sujeitos ao regramento legal estabelecido numa sociedade democrática de direito. Ainda a respeito do surgimento do reconhecimento da responsabilização estatal e da própria necessidade de sua existência, Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina:

O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse a responsabilidade do Estado 'não é nem geral nem absoluta' e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável à falta de lei." (MELLO, 2011, p. 1010).

4.1.1 Teorias Civilistas

Da flexibilização do extremo poder estatal de refutar qualquer responsabilização surge por volta do final do século XIX, inicialmente a adoção de princípios do Direito Civil, reconhecendo a aplicabilidade da concepção da responsabilidade subjetiva, com fundamento da existência de culpa do funcionário, desta forma "incidindo o Estado em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, deveria ser obrigado a reparar os danos causados por seus representantes" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 231), e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro.

O lastro doutrinário civilista compreendia a responsabilização do Estado desde que proveniente de culpa demonstrada. "Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era **a teoria da culpa civil** ou da **responsabilidade subjetiva**." (DI PIETRO, 2014, p.718, grifos da autora).

4.1.2 Teorias Publicistas

As teorias publicistas têm seu início datado do fim do século XIX como sendo os primeiros indícios da vinculação da responsabilização do Estado conforme

princípios de Direito Público, ou seja, agregando à discussão da responsabilização do Estado a condição de esta não poder reger-se pelos princípios do Código Civil.

Sob as bases da predominância do Direito Público como ferramenta jurídica para a intermediação dos conflitos surgem no rol das chamadas teorias publicistas: a teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa anônima ou falta do serviço, ganhou notoriedade segundo Sérgio de Andréa Ferreira citado por José dos Santos Carvalho Filho a partir:

[...] da clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. (FERREIRA, 1985, apud FILHO, 2011, p. 503).

Configura-se, portanto uma alteração da responsabilização por meio da culpa outrora atribuída ao funcionário público, para a culpa do serviço público, que poderia ser identificada quando:

[...] o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. (DI PIETRO, 2014, p. 719).

O fundo principiológico que sustenta as teorias do risco administrativo e do risco integral como já dito anteriormente é a teoria do risco ou teoria da responsabilidade objetiva, onde o elemento culpa não é fundamental para a imputação da responsabilidade, a culpa é substituída pelo nexos de causalidade entre o serviço público e o dano causado, parte da ideia de que a atividade estatal envolve um risco de dano.

Com efeito, a teoria do risco administrativo atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco da atividade que desenvolve, dispensando a prova de culpa, porém para esta teoria poderá haver excludentes de responsabilidade nas hipóteses de culpa da vítima, culpa de terceiro ou força maior. No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho esta teoria:

[...] surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243).

A teoria do risco integral em contrapartida não admite as excludentes de responsabilidade, hipótese em que a Administração teria que suportar todo e qualquer dano sofrido por terceiros, ainda que presentes a excludente “culpa da vítima”, esta teoria não sido utilizada atualmente pelos transtornos que poderia causar, muito em razão do que segundo Meirelles (2007, p. 244) “não poderá o Estado ser responsabilizado quando não existir a relação de causalidade entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular”.

4.1.3 A responsabilidade objetiva do Estado

É, pois objetiva a responsabilidade civil do Estado figurada no nosso ordenamento jurídico, atentando para a adoção da teoria do risco administrativo, segundo a qual a atividade estatal é acompanhada de um risco inerente. Doutrina e jurisprudência caminham juntas no entendimento de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, tendo sido traçado esta afirmação já há algum tempo como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art.194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, edita a Emenda 1 à ‘Constituição’ de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual artigo 37, §6º. (MELLO, 2011, P. 1006).

A jurisprudência assim como a doutrina, tem sido categórica na afirmação da responsabilização objetiva da Administração, cabendo conforme caso específico a obrigação de indenizar, nas oportunidades em que há evidência do nexo de causalidade.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE. BURACO EM VIA PÚBLICA. CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. ARE 754958 RJ – Relator Min. LUIZ FUX – Julgamento: 10/12/2013.

E ainda com a predominância das excludentes de responsabilidade, conforme julgamento:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.5.2010. AI 838358 RJ – Relatora: Min. ROSA WEBER – Julgamento: 18/06/2013.

O nosso ordenamento jurídico atribui ao Estado a figura da responsabilidade objetiva, bem definida tanto no Código Civil quanto na Constituição Federal de 1988, fruto de um processo de amadurecimento conceitual e disciplinar do compromisso estatal. Como dito, o Código Civil recepcionou a matéria no seu artigo 43, *in verbis*:

Art. 43 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 2014).

Sendo, portanto o Código Civil consoante com a Constituição Federal que diz no seu artigo 37, §6º, *in verbis*:

§6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, Constituição Federal, 1988, 2014).

Do texto constitucional depreende-se a afirmação da responsabilização objetiva do ente estatal e inclusive das pessoas jurídicas de direito privado que estejam ou que sejam prestadoras de serviços públicos, que são de competência do Estado, porém delegados a terceiros. Outro aspecto importante a ser observado na interpretação deste artigo é a presença da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva atribuída ao Estado e a subjetiva atribuída ao responsável pelo dano nos casos de dolo ou culpa, ou seja, em ação de regresso do Estado contra o agente causador do dano.

A demanda jurídica, portanto deve ser suportada pela Administração Pública, ainda que o dano tenha sido causado por culpa do agente público, a pessoa jurídica é a responsável objetivamente pelos danos causados. Segundo Di Pietro (2014, p. 738) “pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa”.

Neste sentido tem decidido inclusive, o Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE nº 327.904/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Carlos Britto**, DJ de 8/9/06).

Cabe, portanto à Administração o encargo de responder a demanda, ainda que tenha o dever de agir em regresso contra o agente causador do dano na qualidade e na execução do serviço público, com conduta manifestamente culposa.

5 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO

Conforme dito na introdução deste trabalho, há sim no Brasil um sistema dual de responsabilidade estatal, a regra de fato repousa na configuração da responsabilidade objetiva quando do dano causado por preposto do Estado, porém há responsabilização subjetiva do Estado justamente, segundo a doutrina, quando o Estado age com omissão, restando “ainda espaço para a responsabilidade subjetiva nos casos de fatos de terceiros e fenômenos da natureza” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 270), fundamentando assim na chamada culpa anônima ou culpa do serviço ou ainda falta do serviço justamente por omissão do Estado.

Há, portanto uma tendência jurisprudencial brasileira em matéria de responsabilidade civil do Estado, no caminho da afirmação do caráter subjetivo da responsabilidade em razão da omissão estatal, estabelecendo a máxima de que a responsabilidade civil do Estado advém tanto de ato comissivo (quando faz o que não devia fazer) quanto de ato omissivo do agente do Estado (quando este deixa de fazer o que tinha o dever de fazer), onde diante do dano causado por omissão do agente estatal, além da comprovação do nexo de causalidade deverá provar a culpa deste agente, estando desta maneira condicionada a obrigação de reparação à comprovação de negligência do referido agente.

Apesar de a responsabilidade objetiva ser o elemento fundamental da responsabilidade extracontratual da Administração, o ato omissivo tem repercussão jurídica e sua responsabilização ocorrerá quando presentes os aspectos que definem a culpa, José dos Santos Carvalho Filho exemplifica:

Uma das hipóteses que, sem dúvida, evidenciam culpa em conduta omissiva da Administração é a que resulta de descumprimento de ordem judicial. Na verdade, nem deveria ocorrer essa omissão, mas infelizmente aqui e ali alguns administradores relutam em atender a determinações judiciais. Quando não a descumprem, retardam o seu cumprimento, o que também revela omissão quanto a dever concreto de agir. Nesses casos, o lesado tem direito a ser indenizado pela Administração Pública omissa.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 519).

Refuta ainda Carvalho Filho (2011, p. 520) “algumas vozes que levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas”, o que significaria a atribuição das características singulares da

responsabilidade objetiva, ainda que constatada a conduta omissa e não comissiva, atribuindo ao Estado a obrigação de indenizar todas as carências da sociedade.

A jurisprudência como pontuado anteriormente tem difundido a responsabilidade subjetiva estatal, adotando-a em alguns julgados. A respeito do tema em questão decidiu o STJ no REsp 602102/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

[...]

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

[...]

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.” (grifo nosso).

As discussões que envolvem a interpretação do §6º do artigo 37 da Constituição Federal caminham para posicionamentos doutrinários que afirmam ter o texto legal restringido a responsabilização do Estado à responsabilidade objetiva, como dito no capítulo anterior, porém há na doutrina quem atribua um caráter mais abrangente, como afirma Cavaliere Filho (2010, p. 251): “Em nosso entender, o art. 37, §6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva”.

Ainda a respeito desta discussão, pondera José dos Santos Carvalho Filho:

Acresce notar, por fim, que, mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade subjetiva, estarão fatalmente presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser esta mais abrangente que aquela. De fato, sempre estarão presentes o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade. A única peculiaridade é que, nas condutas omissivas, se exigirá, além do fato administrativo em si, que seja ele calcado na culpa. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 519).

Conclui-se da análise da discussão doutrinária e jurisprudencial que coexistem no lastro jurídico brasileiro a imputação da responsabilidade objetiva ao Estado como regra geral nos atos comissivos causadores de danos a terceiros e a

responsabilidade subjetiva estatal nas condutas omissivas dos agentes do Estado, cabendo nesta hipótese a demonstração obrigatoriamente da culpa.

6 DA CULPA “*IN VIGILANDO*” E “*IN ELIGENDO*” DO ESTADO

O conceito de culpa *lato sensu*, bem como dos seus desdobramentos em *in vigilando* e *in eligendo*, torna-se importante neste estudo na medida em que é identificada também a responsabilidade subjetiva do Estado em determinadas situações em decorrência de danos ocasionados por culpa.

A definição de culpa envolve um arcabouço de elementos presentes no ato em si, podendo conceituá-la como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

Na essência do conceito atribuído ao caráter culposo da conduta está a não observância de um dever de cuidado, inobservância que ensejará maneiras de descumprimento do dever jurídico, limitados aqui nas modalidades definidas neste tópico para fins de interlocução com o objeto em estudo tendo, portanto outros desdobramentos.

Inicialmente a culpa pode ser contratual ou extracontratual, levando em consideração para esta classificação a natureza do dever violado, será contratual quando a obrigação violada estiver prevista em contrato preexistente e por conseguinte será extracontratual, também chamada de aquiliana, quando for afrontada a própria lei ou norma geral do Direito.

Pode ainda segundo a doutrina, conforme o modo em que se apresentam identificar as modalidades de culpa *in vigilando* e aqui encontra-se presente uma das características da conduta omissiva do Estado, pois configura esta culpa como sendo a ausência, a falta, a inexistência de fiscalização a qual se encontrava obrigado a exercer, como entendimento jurisprudencial:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL TETRAPLEGIA CAUSADA EM TRANSEUNTE POR DISPARO DE ARMA DE FOGO, DURANTE SUPOSTA TENTATIVA DE ROUBO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL POLICIAL MILITAR QUE NELE EXERCIA ATIVIDADE EXTRA COMO SEGURANÇA PARTICULAR (“BICO”) Ação ajuizada contra a Fazenda do Estado, com fundamento na teoria da responsabilidade subjetiva. Militar denunciado à lide. Conduta culposa Análise dos fatos nesse sentido, pelo Juízo de Direito Criminal, no processo movido contra um dos acusados de roubo. Imputação peremptória, no âmbito administrativo-militar, de que “no calor dos fatos” ele efetuou disparos com a arma da Corporação “em local público e não atentando para as normas básicas de segurança durante a utilização de sua arma colocando em risco a vida de civis que por lá trafegavam” Culpa “in vigilando” do Estado em relação ao agente público, ao confiar-lhe armamento e não fiscalizar eventual utilização em horário de folga.

Circunstâncias suficientes para caracterizar responsabilidade civil. [...] TJ-SP - Apelação: APL 1667285620088260000 SP 0166728-56.2008.8.26.0000. Relator (a): Gonzaga Franceschini. Julgamento: 09/11/2011. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Publicação: 11/11/2011.

No caso concreto apenas para definir a possibilidade de imputação do Estado pela violação do dever jurídico de fiscalização ocasionando, pois a aplicação dos fundamentos da culpa extracontratual na modalidade *in vigilando*.

A chamada culpa *in eligendo*, advém da inabilidade na escolha do preposto, ou seja, pela má escolha deste. No que se refere à Administração Pública esta condição seria aplicada apenas nas hipóteses de inexigibilidade de procedimento licitatório, posto que a norma legal já disciplina as condições nas quais o Estado deve contratar.

7 DA TERCEIRIZAÇÃO

A rigor o surgimento da terceirização enquanto alternativa à organização e planejamento empresarial, bem como uma nova conformação de relação trabalhista, advém com o avanço industrial e tecnológico e porque não dizer, com os realinhamentos que a globalização impõe para que as corporações se adaptem ao mercado buscando cada vez mais eficiência na produção.

O conceito de terceirização foi forjado justamente a partir da palavra terceiro, com o intuito de demonstrar a necessidade de descentralização das atividades das empresas para que estas busquem cada vez mais concentrar sua gestão nas atividades que formam sua razão de existir.

Para Mauricio Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho a 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 estes os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, 2015, p.473).

Reduzir custos e aumentar a produtividade, concentrando esforços na atividade fim, esse foi predominantemente a razão disseminada para a proliferação da prática terceirizatória, fazendo surgir como: fornecedora de mão de obra e tomadora de mão de obra, nesse mesmo sentido, quanto ao surgimento, José Cairo Júnior (2016, p. 419):

Em determinado momento histórico, percebeu-se que havia uma sensível redução dos custos operacionais de um empreendimento, com o transpasse de parte da atividade desenvolvida para outra empresa, cujo objetivo social seria, exclusivamente, o fornecimento de mão-de-obra. A redução dos custos e o conseqüente aumento dos lucros adviriam da especialização da empresa prestadora de serviços, em um ramo específico da unidade produtiva.

A terceirização nas relações de trabalho portanto, funda-se no contrato de ocupações por uma firma tomadora, não estando estes serviços atrelados à atividade fim. Prestados por uma pessoa física ou jurídica através de seus empregados ou trabalhadores, de quem receberão as ordens e o pagamento dos salários. A empresa terceirizada contrata o trabalhador e o disponibiliza para a tomadora, que a priori não possui nenhum vínculo trabalhista, apenas teria o dever de vigiar se realmente a empregadora estar cumprindo com as obrigações legais.

A nova prática de ajuste socioeconômico e da relação de emprego, inicialmente não foi alvo de regulamentação pelo Direito do Trabalho, distinto na forma clássica e habitual de construção da relação empregatícia, até então bilateral, a terceirização nos apresenta um caráter "trilateral" da relação de emprego, o que trouxe além de incertezas, a ploriferação de empresas de intermediação cujo patrimônio, segundo José Cairo Jr, (2016, p. 420), "limitava-se à força de trabalho dos seus empregados, pois o capital social declarado nos seus atos constitutivos quase nunca é integralizado".

Convém tornar relevante que a terceirização tem por obrigação atender as atividades meio, podendo desta forma fazer, em tese, com que melhore a qualidade e competitividade. Segundo Sergio Pinto Martins, "A terceirização trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organiza-las e estabelecer métodos da atividade empresarial". (MARTINS, 2014, p.10).

É possível notar que muitas empresas com propósito de se tornarem mais competitivas no mercado, apelam para alternativas que alavanquem continuamente para a excelência na realização do seu trabalho, concentrando o tempo prioritariamente no seu escopo básico. Entretanto, a legislação trabalhista por longo tempo caminhou dispersa dessa metodologia de organização da mão de obra não dispondo qualquer ato que estabelecesse os preceitos preliminares desse processo.

Também não define os procedimentos a serem observados pelas empresas que fazem uso dos mesmos, exceto no que refere a fiscalização. Inobstante a omissão legal, se torna constantemente mais usual a pratica desta atividade.

A ausência prolongada de normatização, fez com que a atividade terceirizante proliferasse a passos largos, caminhado à margem da regulamentação e da heteronomia estatal.

O avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, caput, e 3º caput, da CLT.

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno tereceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. (DELGADO, 2015, p.475).

A terceirização para efeito jurídico distingue-se por lícita e ilícita. A conformação lícita está expressamente clara na Súmula 331 TST, disciplinando que é perfeitamente admissível a contratação de prestação de serviço entre duas entidades empresárias. A subordinação e a pessoalidade deverá se manter diante a empresa terceirizada e não pela sociedade tomadora dos serviços terceirizados.

Inicialmente é preciso constituir qualquer distinção entre terceirização lícita e ilícita. A terceirização lícita é a que ressalta as cláusulas legais, referentes aos direitos dos trabalhadores, não objetivando enganar, distanciando-se da essência da afinidade de serviço. Tem-se com terceirização ilícita consistir na que se alude à implantação constante de caráter de obra, podendo dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.

7.1 Evolução Histórica no Brasil

No Brasil, a terceirização veio surgir por volta de 1929. Na época o país estava devastado por uma anormalidade econômica, momento em que os cafeeiros instalaram usinas a qual se contratavam terceiros para executavam tarefas secundárias, com intenção de economizar com o dinheiro da mão de obra, não havendo clareza do fato de terceirização. Segundo o autor, Mauricio Godinho Delgado: “A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil”. (GODINHO, 2015, p.474).

Em 1950, o Brasil trouxe a noção do que é terceirização através das usinas automobilísticas que contratavam serviços de terceiros para a atividade de produção de componentes de automóvel e montagem. É indispensável advertir que a terceirização é um formato a qual amenizou e estimulou a manifestação de inovações a empresas e mão de obra para melhor processo econômico no nosso país.

Nesse diapasão, compete destacar conhecimento do professor Alvarez: “A terceirização serve, pois, para incrementar o surgimento de novas atividades comerciais e industriais e, como consequência, diminuir a fome e a miséria que impera no país”. (ALVAREZ, 2008, pg.89).

Ocorrendo desta forma, o acrescentamento da celeridade da terceirização de forma geral e a diminuição do desemprego.

No processo histórico de sedimentação e da apropriação pelo Estado da atividade de terceirização, enquanto fenômeno vivo e presente na sociedade, especificamente na relação trabalhista, é possível identificar as insipientes tentativas de se disciplinar ou iniciar o processo de apropriação heterônoma do Estado com relação à terceirização.

A CLT já trazia no seu bojo institutos que em essência não se confunde com a terceirização, mas que é possível estabelecer uma sintonia e identificar uma incipiente correlação:

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, "a", III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial.(DELGADO, 2015, p. 476).

Mais adiante na década de 1960 a intenção de descentralização ganhou a Administração Pública, com o advento do Decreto Lei nº 200 de 1967 e da Lei nº 5645/70, com a implantação da possibilidade de contratação de serviços por meio de empresas para atividades operacionais. Podemos dizer, desta maneira que o nascedouro teve seu ponto de acesso no campo público.

O Decreto Lei nº 200/67, impunha uma ideia ampla de descentralização nas atividades da Administração, dando um tom de terceirização, conforme o próprio texto legal em comento, senão vejamos:

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

(...)

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

A primeira manifestação de uma espécie de terceirização, no que tange ao aspecto da atividade heterônoma estatal com abrangência para o campo privado, foi justamente a disciplina do trabalho temporário nas empresas urbanas, foi a Lei nº 6.019/74, que já nesta época definiu que as empresas tomadora e a empresa de

trabalho temporário atuarão como com solidariedade nas hipóteses de falência, inteligência do art. 16 da referida lei.

Ainda para Mauricio Godinho Delgado:

O modelo terceirizante da Lei nº 6.019/74 produziu, indubitavelmente, uma inflexão no sistema trabalhista do país, já que contrapunha à clássica relação bilateral (própria à CLT) uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Contudo, ainda assim tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo (DELGADO, 2015, p. 478).

Já na década de 1980, mais precisamente no ano de 1983 a Lei nº 7.102/83 tratou da regulamentação dos serviços de vigilância e transportes de valores, o que na prática permitiu a contratação de empresa de vigilância interposta para o oferecimento de serviço de vigilância para estabelecimentos financeiros, com guarda e movimentação de valores.

Porém a partir da edição da Lei nº 8.863/94 que alterou a Lei nº 7.102/83, proporcionou ampliar o leque de abrangência dos efeitos da terceirização, passando a incluir a vigilância patrimonial e segurança de pessoas físicas e de estabelecimento público ou privado.

Por fim a Organização Internacional de Trabalho, estabelece na sua Convenção nº 155, ratificada pelo Decreto nº 1.254/94, no seu art. 17:

Art. 17 Sempre que duas ou mais empresas desenvolverem simultaneamente atividades num mesmo local de trabalho, as mesmas terão o dever de colaborar na aplicação das medidas previstas na presente Convenção.

Ou seja, atribuiu a solidariedade entre as empresas, notadamente com relação às questões que envolvam situações que digam respeito à segurança e higiene do trabalho.

No capítulo específico sobre a Súmula 331 do TST, daremos continuidade à progressão da implementação da terceirização na medida em que o mundo do trabalho disseminara tal prática.

7.2 Terceirização Lícita e Ilícita

De início consolidou-se a premissa de admissão da prática de terceirização apenas vinculadas à autorização legal, o que dissuadir disto seria considerada

prática ilegal, recaindo portanto o manto da relação empregatícia com vínculo direto do trabalhador com a empresa tomadora de serviço, orientação inclusive prevista na extinta Súmula 256 do TST.

Deste modo, a terceirização apresenta algumas faces que direta ou indiretamente podem implicar em consequências diversas na relação contratante e contratado, figurando as espécies de terceirização no binômio lícitas e ilícitas.

Varias modificações ocorrem na esfera do trabalho, notadamente sob influência das evoluções tecnológicas, o mundo corporativo se apropriou da mão de obra e da nova metodologia de relação empregatícia por precisar desta forma de trabalhadores para atingir as necessidades. Tendo a terceirização lícita uma atividade apreciada como secundária tal atividade atribuída a dar suporte concluindo a atividade da empresa meio.

A terceirização lícita também conhecida como legal atua nos preceitos legais posto que admitida pela legislação e lastro jurisprudencial. É em firmes palavras o que nos ensina Sérgio Pinto Martins (2014). “A terceirização é lícita, pois toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição (art. 594 do Código Civil)”.

Com pressuposto na legalidade, a terceirização lícita está disposta na Lei nº 6.019/74, que trata especificamente do trabalho temporário, ainda na Lei nº 7.102/83, que como já sabido corresponde à disciplina dos serviços de vigilância e transporte de valores, além das enumerações disposta na Súmula 331 do TST.

A Súmula 331,I do TST, põe como autorizadas da implementação da terceirização as elencadas na Lei nº 6.019/74, entendidas como quando se tratar da necessidade não permanente de substituição de pessoal permanente da tomadora ou em função da necessidade pelo acréscimo extraordinário de serviços.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a Súmula 331 do TST amplia a abrangência, quando se refere à questão dos vigilantes:

(...) pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de súmula revisado. A Súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei nº 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significa que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização (DELGADO, 2015, p.488).

Fundamental atentar para a assertiva de que vigilante não é vigia, que por não ser especializado, em que pese as duas categorias de servidores estarem vinculados de maneira geral à atividade meio das empresas, diferenciam-se pela especialização que uma exige e a outra não.

Além das hipóteses de terceirização lícitas discriminadas acima, a Súmula 331, III do TST põe no rol, situações que envolvam atividades de conservação e limpeza, essas em verdade responsáveis pela grande disseminação da terceirização no contexto do mercado de trabalho

A atividade terceirizante lícita é aparada pela Súmula 331 do TST e é equiparada a atividade meio, há alguns exemplos como: instalação e manutenção de telefones, correspondentes bancários, organizações das ocupações de telecomunicações, o contrato de terceiros para transporte rodoviários de carga dentre outros. Dentre estes também a terceirização lícita ocorre no trabalho em domicílio, sendo a contratação de autônomos.

A possibilidade da empresa fazer uso da terceirização em setores específicos de sua atividade produtiva, deve caminhar junto com as consequências em termos de responsabilidade, que a prática da terceirização impõe ao setor empresarial, estabelecendo garantias ao trabalhador e limites tanto ao tomador quanto à empresa interposta. Nesse sentido:

A permissão da realização de um negócio jurídico não implica, necessariamente, ausência de efeitos previstos na lei. Obviamente que, no negócio jurídico, promove-se, por meio da manifestação da autonomia da vontade, a criação, modificação ou extinção de um direito, regulando seus efeitos. Entretanto, determinados efeitos são ditados pela Lei e os particulares não podem afastá-los. (CAIRO JR, 2016, p.424).

Quanto aos requisitos da terceirização ilícita observa-se segundo o entendimento da jurisprudência, que está predominantemente ligada à atividade fim, sendo uma ação de terceirização cuja atividade se preocupa apenas com o menor preço, com o enxugamento das despesas, desta forma desgastando o que se diz a conceito da terceirização lícita. Corroborar com tal entendimento Sérgio Pinto Martins, “Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas à subordinação e pessoalidade com o tomador dos serviços”. (MARTINS, 2014, p.162).

As situações de terceirização que não encontram guarida na legislação e em todo arcabouço jurisprudencial, portanto enquadram-se no contexto da ilicitude da terceirização.

Segundo José Cairo Jr:

Nesse passo, se o serviço terceirizado não é de vigilância, trabalho temporário ou de conservação e limpeza, a terceirização será ilícita. Também o será quando a empresa cliente repassar serviços relacionados com a sua atividade-fim.

O problema é identificar o que seria atividade-meio e atividade-fim de uma empresa. (CAIRO JR, 2016, p. 426).

Para Mauricio Godinho Delgado,

Excluídas as (...) situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida. (DELGADO, 2015, p. 490).

Compreende-se, portanto que, ainda que a influência do desemprego e da procura incessante do enriquecimento reservada pelo proveito a qualquer valor, a profilaxia do trabalho justo, legal guerreiam juntamente com a justiça do trabalho numa batalha para poupar os direitos dos trabalhadores. Entretanto é sucinto advertir que o Poder Judiciário carece ser instigado pelos empregados para que se possa restringir a violação da deficiência de regulamentação para prevalecer-se a terceirização na forma ilícita.

7.3 Atividade-Fim

A atividade-fim se caracteriza por ser o alvo basilar da empresa, aquilo que a caracteriza e identifica, seu destino, normalmente está expressa no contrato social, abrange as agilidades eficazes.

Seria em outras palavras, o objetivo fundamental da sociedade empresária, a sua destinação, o seu empreendimento, sua tarefa, seu mister identificador do cotidiano vislumbrado por sua atividade necessária e útil. Conforme nos ensina: Sergio Pinto Martins, “A atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da

empresa, incluído a produção de bens ou serviços, a comercialização etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social". (MARTINS, 2014, p.130).

Noutro giro, José Cairo Jr, com relação à atividade-fim da empresa, acentua:

Presume-se ser atividade-fim da empresa aquela que se encontra estreitamente relacionada ao seu objetivo social. Entretanto, nesse aspecto, prevalece o princípio da primazia da realidade, caso não haja correspondência entre o que consta do estatuto social e o que de fato a empresa está desenvolvendo como atividade. (CAIRO JR, 2016, p. 426).

Ainda a esse respeito,

atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (DELGADO,2015, p. 489).

Ainda que a literatura jurídica, bem como o arcabouço jurisprudencial apontem para a licitude da prática da terceirização estar estritamente vinculada e restrita à execução de atividade-meio da empresa, a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre as Telecomunicações e portanto, chamada de Lei Geral das Telecomunicações claramente, a terceirização de setores considerados de atividade-fim, é o que se extrai do art, 94, II:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - (...);

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

A jurisprudência tem divergido a respeito da interpretação ampliada do dispositivo legal exposto no parágrafo anterior, senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TÉCNICO DE INSTALAÇÃO DE REDES ELÉTRICAS. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CARACTERIZAÇÃO. Cinge-se a controvérsia a estabelecer a possibilidade ou não de terceirização, por parte das empresas de telecomunicações, de serviços que sejam considerados atividades-fim, ante os termos dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/95 e 94, II, da Lei n.º 9.472/97. Ao contrário da interpretação conferida pelas empresas aos indigitados dispositivos legais, inexistente autorização legislativa para a terceirização ampla e irrestrita. Desse modo, a terceirização levada a efeito pelas empresas de telecomunicações

deve, necessariamente, atender às disposições insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Esse entendimento permanece firme, mesmo após os amplos debates encetados quando da audiência pública sobre o assunto. Nesse contexto, não podendo haver a terceirização de atividade-fim pelas empresas de telecomunicações, deve ser reformada a decisão regional, a fim de ser reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços. Estando a decisão de acordo com o entendimento desta Corte, não se conhece da Revista, ante o disposto no artigo 896, § 7.º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RR: 433006620125170010, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 05/08/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015)

Ainda a respeito da Lei Geral das Telecomunicações e suas implicações

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ATIVIDADE-FIM 1. Inválida a terceirização em atividade-fim (Súmula n.º 331, I e III, do TST), havendo-se por tais os serviços essenciais à consecução do objeto mercantil da empresa. 2. Insere-se na atividade-fim da instituição financeira o serviço de teleatendimento aos respectivos clientes, por telefone, em atividades tais como refinanciamento e renegociação de dívidas decorrentes de cartão de crédito, cheque especial e empréstimo, cobrança de clientes inadimplentes, negociação de parcelamentos e emissão de boletos de cobrança. 3. Recurso de revista do Reclamado de que não se conhece.

(TST - RR: 273420145030179, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 27/05/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015)

Neste ínterim, tem-se percebido que a jurisprudência caminha no posicionamento de que a chamada Lei Geral das Telecomunicações, apresenta um caráter administrativo, sem contudo atingir o patamar jurídico constitucional e justralhista.

Sustenta a jurisprudência hegemônica que a Lei n.º 8.987/95, em seu art. 25, §1º, e a Lei 9.472/97, em seu art. 94, II, construídas depois do advento da Súmula 331 do TST, não tiveram o objetivo e o poder de provocar verdadeira regressão precarizante na ordem econômica, social e jurídica brasileiras, ao largo de todo universo coerente de princípios, regras e institutos da Constituição da República e de seu segmento jurídico nuclear, o Direito do Trabalho. (DELGADO, 2015, p. 481).

Como percebido, a jurisprudência dos tribunais apontam e maior escala para o fortalecimento dos princípios constitucionais e para a sedimentação da intenção posta na Súmula 331 do TST de direcionar o horizonte de terceirização

lícita e da responsabilização pelas práticas adversas de terceirização e precarização do trabalho.

7.4 Atividade - Meio

Em lado oposto, sem se vincular à atividade que compõe o capital social da sociedade empresária, podemos dizer que a atividade-meio significa a coisa pela qual não consisti no escopo básico da empresa, trata-se de serviço necessário, porém não tendo relação direta com a atividade fundamental da empresa, não sendo ela fundamental como a atividade-fim.

É nas sábias palavras de Mauricio Godinho Delgado,

[...] atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento etc.) (DELGADO, 2015, p. 489).

Tanto a doutrina como a jurisprudência define como atividade-meio aquela que não é inerente ao escopo básico da empresa, apesar de serviço necessário, mas que configura-se enquanto afinidade acessória à atividade principal da corporação, ou seja, é um serviço não essencial, em contraponto à atividade-fim.

Exemplo de atividade-meio: encontra-se serviços de manutenção geral predial e especializada, de conservação patrimonial e de limpeza, serviço de segurança, manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de oficina mecânica para veículos, transporte de funcionários, atividades jurídicas e também de assistência médica, aos trabalhos de telefonistas, serviços de recepção, administração de recursos humanos e de relações trabalhistas e sindicais, dentre outros.

Em síntese as chamadas atividades-meio estariam vinculadas de maneira restritiva a funções instrumentais, à margem dos objetivos mais específicos da empresa, sendo de fato acessórias e circunstanciais. Uma das maneiras de “diferenciar a atividade-fim da atividade-meio é o critério da indispensabilidade. Se determinada atividade é indispensável, ou seja, constitui condição *sine qua non* para

o funcionamento da empresa, a hipótese será de atividade-fim”, (CAIRO JR, 2016, p. 426).

Conforme elencado no texto da Súmula 331 do TST, a que se segue relata:

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

Portando desta forma o vínculo direto com o tomador permite ao operário elevar seu patamar de direitos, atendendo-se assim diversos princípios do Direito do Trabalho, bem como princípios gerais de Direito, tais como a proteção ao trabalhador, à isonomia, dentre outros.

Desta forma a atividade-meio pode ser entendida como: “atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central.” (MARTINS, 2014, p.130).

8 DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO ESTATAL

Na relação estabelecida entre a Administração Pública e o contratante como já visto anteriormente, o ente público exerce prerrogativas específicas e prioritárias da Administração, mas em contrapartida também possui o dever de zelo e acompanhamento para que o objeto dos respectivos contratos administrativos seja entregue no término da relação contratual. Deve, pois a Administração controlar, acompanhar e fiscalizar a execução em todas as suas fases, o controle administrativo advém da própria atividade administrativa:

[...] o controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à Administração e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. Com efeito, desde que à Administração incubem a realização de obras públicas e a prestação de serviços à coletividade, há de ter a correspondente prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-los às exigências do momento, *supervisionando, acompanhando e fiscalizando* a sua execução ou nela *intervindo*. (MELLO, 2011, p. 220, grifos do autor).

Com efeito, em atendimento ao princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o particular, da eficiência do serviço público e da busca pela satisfação do bem e realização comum, tem a Administração no exercício da função de contratante, o dever de acompanhamento, zelando para a consecução daquilo que foi contratado e nas condições estabelecidas. Este acompanhamento é na verdade, um “dever-poder” inerente à atividade estatal, pois segundo Diogenes Gasparini:

Não basta uma licitação bem feita ou promovida com toda a atenção devida, assim como não basta um contrato bem celebrado, se o ajuste não for bem executado pelo contratado. Assim, é dever-poder da Administração Pública contratante promover a gestão administrativa do contrato e, ao mesmo tempo, fiscalizar a sua execução física. (GASPARINI, 2012 p. 772).

A Lei 8.666/93, também chamada de “Lei de Licitações” é um importante regramento de todo o processo de contratação pela Administração Pública, impondo a esta a prerrogativa e o dever de fiscalização, esculpido no artigo 58, III da referida lei e mais especificamente estabelecendo no art. 67 uma obrigação ao ente estatal contratante de acompanhamento da execução dos contratos firmados, função que a doutrina compreende enquanto as atribuições de fiscalizar, orientar, intermediar e intervir.

O dever de fiscalização, portanto advém da obrigação que a Administração tem de acompanhar a execução do contrato o que abrange dentre outras coisas,

para Meirelles (2011, p. 235) “a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento”.

Deve ainda a fiscalização ser exercida pela própria Administração por meio de seus servidores ou pela contratação de terceiros que atentarão para os registros desta atribuição em livro próprio, consignando ocorrências, faltas e as medidas tomadas no decorrer da execução, a inadimplência ou inexecução do contrato pela contratante identificado no procedimento de fiscalização pode culminar dentre outras consequências, em rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública, exercendo neste momento um dos privilégios atribuídos pelas cláusulas exorbitantes.

Em verdade, as consequências da inexecução do contrato, no todo ou em parte, pode acarretar para o contratado conforme Meirelles (2007, p. 241) “consequências de ordem civil e administrativa, inclusive a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração”. Desta inexecução advém a responsabilidade contratual a que estará subordinada o inadimplente, nas hipóteses em que desta conduta ocasionar prejuízos, estando, pois obrigado a indenizar.

A responsabilidade civil é independente de qualquer outra e abrange não só as efetivas perdas e danos (lucros cessantes e dano emergente) como as multas moratórias ou compensatórias prefixadas em cláusula penal do contrato. Nela podem incidir tanto o particular contratado como a própria Administração. (MEIRELLES, 2007, p. 242).

Na esfera da responsabilidade administrativa pode então o Estado no exercício do dever de fiscalização, aplicar diretamente ao contratado inadimplente sanções administrativas previstas na Lei 8.666/93 como: advertência, multa, suspensão provisória, interdição, e declaração de idoneidade. Possui, portanto a Administração ferramentas valiosas para impedir a má ou total inexecução dos contratos por parte dos contratados. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles:

No que tange aos contratos, a responsabilidade administrativa surge perante os órgãos públicos fiscalizadores das atividades contratadas ou do exercício profissional. A inexecução do contrato ou sua imperfeita execução pode gerar responsabilidade dessa natureza, paralelamente à civil, à criminal e às demais que resultem das obrigações assumidas pelas partes, **tais como as trabalhistas**, nestas incluídas as de natureza previdenciária e acidentária. (MEIRELLES, 2007, p. 243, grifo nosso).

Importante estabelecer que a fiscalização da execução do contrato pela Administração, não diminui nem tampouco exclui as responsabilidades do contratado, estando este sujeito às sanções e encargos próprios disciplinados em contrato e em outros diplomas legais, esta atividade estatal tem conforme se depreende da análise desta obrigatoriedade a finalidade de assegurar a perfeita execução do contrato garantindo desta maneira o alcance da eficiência do serviço público.

Este é, portanto o ponto de encontro da natureza da responsabilidade estatal em razão da não fiscalização dos contratos administrativos, ou seja, a negligência do Estado em face de um dever atribuído por lei e a conseqüente inadimplência do contratado. Quando da omissão da Administração na fiscalização ensejando uma possível culpa *in vigilando*, bem como da não aplicação das sanções previstas deverá sim haver uma responsabilização,

[...] a omissão na aplicação das penalidades contratuais acarreta responsabilidade para a autoridade omissa, pois ao administrador público não é lícito renunciar, *sem justificativa*, os direitos do Estado. A relevação de penalidade deve ser sempre motivada e baseada em conveniência administrativa. (MEIRELLES, 2007, p. 231, grifo do autor).

A responsabilização da Administração por inadimplência do contratado tem sua materialização, na chamada responsabilidade subsidiária, atribuída quando o Estado celebra contrato de terceirização de serviços de atividade meio e a empresa contratada não cumpre com suas obrigações trabalhistas, entendimento estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio da Súmula 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE [...]

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

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

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

laboral. (grifo nosso). (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011).

Com efeito, a súmula apresenta uma variação com relação ao artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, considerado constitucional pelo STF na ADC 16, que estabelece:

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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC 16, 2010, 2014).

A responsabilidade subsidiária atribuída à Administração, caracterizada no inciso V da Súmula 331, apresenta de fato uma exceção à regra posta na Lei 8.666/93. Cabe aqui a incidência da culpa atribuída ao Estado em razão do descumprimento do dever legal de acompanhamento e fiscalização dos contratos, ou seja, a culpa *in vigilando*, que deve ser evidenciada no pedido de responsabilização da Administração, requisito necessário, como fica evidente na jurisprudência:

Ementa: RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - CULPA IN VIGILANDO - NÃO OCORRÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666 /93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. **Entretanto, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da Administração Pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666 /93 impõem à Administração Pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (entre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT).** [...]. Logo, no caso, a sociedade de economia mista não pode ser responsabilizada subsidiariamente pela dívida trabalhista. Incide a Súmula nº 331, V, do TST. Recurso de revista conhecido e provido. **Encontrado em:** 7ª Turma DEJT 25/10/2013 - 25/10/2013 RR 1 (TST) Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. (grifo nosso).

A possibilidade da responsabilidade da Administração ocorre de fato em virtude da omissão deste no acompanhamento e fiscalização dos contratos celebrados, devendo o Estado em função do advento da Súmula 331, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, adotar medidas cautelares que sem estas a Administração poderá ser responsabilizada subsidiariamente:

[...] na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento aplicar as penalidades cabíveis; exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11. (DI PIETRO, 2014, p. 364).

Fica sedimentado, desta forma tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente que da inobservância, omissão ou descumprimento do dever de fiscalização por parte da Administração Pública, poderá haver a efetivação da responsabilidade subjetiva por omissão, devendo ser demonstrado tanto o nexo de causalidade quanto a existência de culpa, notadamente a culpa *in vigilando*, como requisitos taxativos para a imputação do Estado à reparação de possíveis danos.

8.1 A terceirização e a fiscalização trabalhista

Inicialmente definir a palavra fiscalizar a qual sinonimamente seria: inspecionar, examinar, sindicat. Em tal sentido estrito para o Direito do Trabalho tem-se verificado a observância da norma legal e sua orientação quanto à aplicação. Como responsável o fiscal do trabalho não só apenas tem a obrigação de multar como cumpridor das leis, mas de orientar as empresas como elas devem proceder de forma para a sua aplicabilidade, incluindo a medicina e segurança do trabalho.

Ele também deve fiscalizar os grupos de afazeres que ainda não foram regulamentadas pelas leis, mas que posteriormente venha a ser objeto de regulamentação. O objetivo principal de sua função seria a fiscalização trabalhista em relação a empresa terceirizada, posto que, ocorre o risco de haver problemas trabalhistas em relação à empresa terceirizante. Discorre sobre tal entendimento o professor Sérgio Pinto Martins, quando diz que: “O Ministério do Trabalho estava preocupado com a onda de fraudes que estavam ocorrendo. Resolveu, para tanto, editar a Instrução Normativa nº 7, de 21 de fevereiro de 1990.” (MARTINS, 2014, p.169).

Considera-se que a terceirização pode trazer grandes consequências às empresas, dentre elas, na inspeção a empresa poderá ser multada por não haver o registro de empregados, por exemplo. É necessário, ainda, que a empresa tenha cópias de registro dos seus empregados, e em seu local da prestação de serviços, exames médicos admissional e periódico, o quadro de ponto de horas, cartões de ponto, CIPAS, EPI's.

O Ministério do Trabalho, com seus obreiros treinados, apoia na direção e vistoria da legalidade laboral em nosso País, no que fere aos afazeres terceirizados, via contrato por uma empresa, de outra mais individualizada na consecução de atividade-meio daquela, na normatização exclusiva, tem-se que a empresa contratante deve ampliar atividade e ter intenção (objeto social) diferente daquela para a qual foi acordado o serviço. Como contorno de cômodo e total garantia, é aconselhável que a contratadora de empresa prestadora de empregos possua, em sua declaração, cópias de todos os dados indispensáveis e exigíveis em caso de vistoria, ainda que os empregados não incumbam a sua equipe ativa.

Ao Ministério Público do Trabalho cabe a defesa da ordem jurídica, para Sérgio Pinto Martins, o artigo 127 da Constituição esclarece: Artigo 127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Recomendável que a empresa terceirizante vigie a própria empresa terceirizada, pois poderá admitir as obrigações trabalhistas desta. O Ministério Público caberá atuar para evitar excessos e para a garantia do respeito às normas, é o que nos diz o texto Constitucional/88:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I – (...)

II – (...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ministério Público, bem como fiscal da lei, tem que se valer dos dispositivos que têm à mão, agindo da maneira mais perfeita, em prol do bem da sociedade que busca acautelá-la. Por fim, é ele o guardião da lei e, incluso desta finalidade, deve aproveitar todos os elementos jurisdicionais que o Estado lhe dá para a segurança dos direitos coletivos, mesmo que, inicialmente, esses direitos e zelo fiquem parcialmente encoberto por um disparate legislativo que deve ser ajustada no precisado tempo.

9 O SETOR PÚBLICO E OS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Com exaustiva exposição alhures, no que diz respeito ao advento da terceirização no setor público, inclusive com referências de seu surgimento mais robusto a partir da edição de regramentos disciplinadores ou regulamentadores de esferas do setor estatal, inserindo a nova ordem trilateral de composição da relação de emprego no setor público.

Ab initio, é importante selar as bases do ingresso da terceirização no setor estatal com o advento do Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei 5.645/70.

Para os entusiastas do fenômeno da terceirização, mesmo no setor estatal, é exposto que há grande necessidade de tal serviço para barateamento de custos e alívio de serviço no órgão público. Conforme dito o professor Sergio Pinto Martins:

O Estado, todavia, beneficia-se também da terceirização, ao destinar atividade que não lhe é essencial a outras pessoas mais competentes na prestação de serviços, podendo fazê-la por um custo menor, sendo até mesmo uma forma de diminuir déficit estatal, racionalizando sua estrutura. (Martins, 2014).

A Lei nº 5.645/70, cuidou de especificar, indicar o grupo de tarefas e atividades que na administração pública poderiam ser objeto de terceirização.

Observe-se o rol lançado pela Lei nº 5.645/70: atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. Trata-se de claro rol exemplificativo, como se vê. Não obstante isso, é também inquestionável que todas as atividades referidas nesse rol encontram-se unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio. (DELGADO, 2015, p. 477).

Em tempo, no que se alude à administração Pública na terceirização, o referido capítulo busca esclarecer que é possível a existência do ato lícito quanto à terceirização no órgão público como serviço. O Estado já trabalha exaustivamente na atividade de terceirização, basta perceber as atividades desempenhadas como: serviços de coleta de lixo, consumo de água, transporte público, energia elétrica, dentre outros. Nesse ponto o professor Sergio Pinto Martins entende que: “O Estado já terceiriza coleta de lixo e transporte público, além de outras atividades que estão sendo desempenhadas mediante o sistema de concessão ou de permissão.” (MARTINS, 2014, p.142).

O Estado tem por responsabilidade e obrigação de fiscalizar e verificar se o

serviço esta sendo feito de modo correto em favor da coletividade.

É possível a partir deste ponto, estabelecer a premissa de que é possível o encaixe lícito da terceirização no ambiente estatal, a rigor, observados os princípios caracterizadores da administração pública, bem como as limitações e consequências particulares adstritos à atuação estatal.

De todo modo, é importante frisar que a Constituição de 1988 em seu art. 37, inciso II, exige para a contratação de empregado ou servidor público, a prévia aprovação em concurso público.

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

(...)

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

Dispõe ainda o texto Constitucional sobre a possibilidade do Estado prestar serviços por intermédio de terceiros, que seriam nas hipóteses de permissão e concessão, ainda que por meio de procedimento licitatório. Ademais, o inciso XXI do art. 37 da Carta Magna, consigna a alternativa que o Estado possui de contratação de serviços de terceiros:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como exemplo cristalino da permanência da terceirização no setor público, a reboque das limitações impostas pelo arcabouço jurídico especializado, pode ser encontrado no artigo 64 da Lei nº 9.995/00 (BRASIL, 2000), que dispõe sobre as diretrizes para elaboração da lei orçamentária, é possível perceber a menção aos contratos de terceirização que a Administração Pública venham celebrar e suas implicações do ponto de vista orçamentário, independente da licitudes dos referidos contratos.

Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I - sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II - não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente. (*grifos nossos*)

O §1º da Lei Complementar nº 101, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, abre mais uma ala direcionada à terceirização, de certo modo, incentivando a prática, na medida em que não considera como despesas de pessoal, aquelas advindas dos contratos de terceirização de mão de obra, ou seja, um meio alternativo de fugir dos limites impostos pela referida lei, no que diz respeito aos limites impostos para as despesas com pessoal. Noutra prisma, é uma representação direta da presença da relação trilateral, ou seja, da terceirização no espaço da Administração Pública.

O desrespeito da regra constitucional para o ingresso de servidores e empregados públicos, em alguns casos a inobservância desta obrigação do concurso público como assim determina a Lei Maior, desta forma não ocorrendo, fere-se os mais importantes pilares do direito do trabalho como também o preceito constitucional que determina que deva haver concursos públicos para a mão de obra na Administração Pública.

Diante do texto expresso na norma analisa-se o princípio da legalidade o qual garante que a pessoa que presta serviço público não o torna um empregado público. Corrobora com tal entendimento o professor Sergio Pinto Martins: “O objetivo, portanto, do concurso público é evitar escopos politiqueros, perseguições eleitorais em razão da conveniência política.” (MARTINS, 2014, p.148). A contratação irregular realizada pela Administração Pública, ao contrário do que ocorre no setor privado, seja por fraude, seja por fraude na terceirização ou idoneidade da prestadora de serviço, não forma vínculo de emprego.

O estado contrata milhares de trabalhadores para pratica de terceirização no órgão público, tornando-se grande aliado de prestação de serviços de empresas

terceirizadas. Contribuindo para com a celeridade de suas atividades e obtendo menor custo, porém em diversos casos, precarizando as condições de trabalho, nutrindo o surgimento de empresas insolventes e irresponsáveis com seus trabalhadores, a pessoa terceirizada não arca com a mesma responsabilidade que é posta a um funcionário público.

O estado não pode trazer um terceirizado para seu âmbito de sua atividade fim, não deve haver um condão de relação de emprego, o trabalhador que não faz o concurso público não tem direito e nem obrigações conforme a de um concursado.

Em lúcidas palavras a Súmula 363 TST nos traz breve esclarecimento.

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art.37, II parágrafo 2º somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao numero de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo, dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Entende-se dessa forma, que não há que se falar em relação de terceirização e o servidor concursado, posto que são distintos, com forma de ingresso distintos e com garantias distintas.

9.1 Responsabilidade subsidiária e responsabilidade solidária

No estudo dos limites da responsabilização estatal em face dos inadimplementos envolvendo os contratos de terceirização de mão de obra, urge definir e distinguir a natureza e as repercussões nas hipóteses de se considerar a responsabilidade subsidiária ou solidária quando do fazimento das relações contratuais.

A priori, no descortinar do instituto da solidariedade, ou das obrigações solidárias, o Código Civil Brasileiro, 2002, no teor do art. 264, dispõe sobre a existência da solidariedade nas situações em que caberá direito ou obrigado à toda a dívidas nas obrigações em que concorrem mais de um credor ou mais de um devedor.

Existe solidariedade quando na mesma obrigação, cocorre uma pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva). Embora não haja previsão legal específica, consignada nas disposições gerais da solidariedade no Código Civil, nada impede que se fale também em solidariedade mista, constituída pela

vontade das partes, submetida, intuitivamente, às regras que regulam as duas primeiras. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.104).

Considerações importantes a respeito das obrigações solidárias é da obrigatoriedade desta estar expressamente demonstrada a vontade das partes ou clara disposição legal, ou seja, não há a possibilidade de se presumir a obrigação solidária, posto que esta não se presume nunca, consoante art. 265 do Código Civil Brasileiro.

Noutro flanco, a responsabilidade subsidiária não encontra designação específica no espaço reservado à discussão das obrigações, no Código Civil, podendo ser encontrada em outros artigos adentro do referido código, como por exemplo no art.46 que trata do registro da pessoa jurídica, no art. 1.091 que dispõe sobre a sociedade em comandita por ações, ainda no art. 1744 trata da responsabilidade do magistrado em matéria de direito de família.

O conceito de responsabilidade subsidiária pode ser assim definido,

Nada mais do que uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados, dizemos nós.

(...)

Na responsabilidade subsidiária, por sua vez, temos que uma das pessoas tem o débito originário e a outra tem apenas a responsabilidade por esse débito. Por isso, existe uma preferência (dada pela lei) na “fila” (ordem) de excussão (execução): no mesmo processo, primeiro são demandados os bens do devedor (porque foi ele quem se vinculou, de modo pessoal e originário, à dívida); não tendo sido encontrados bens do devedor ou não sendo eles suficientes, inicia-se a excussão de bens do responsável em caráter subsidiário, por toda a dívida. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.116).

Deste modo enquanto na responsabilidade solidária ambos possuem a obrigação de resolução do todo, na responsabilidade subsidiária o devedor originário é o principal responsável, apenas chegando aos demais envolvidos após esgotadas as tentativas de execução do devedor originário.

9.2 A responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização.

Para desenvolver este tópico, inevitável recorrer à Lei nº 8.666/93, porém é importante caminhar pelo contexto histórico até chegar à conformação atual.

As tratativas relacionadas à responsabilidade, já puderam ser observadas na Lei nº 6.019/74, onde trata como solidária a responsabilidade da empresa tomadora, nos casos em que houver falência da empresa de trabalho temporário, a responsabilidade abrangia verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização.

Com o advento da Súmula 331 do TST o debate a respeito da responsabilidade do tomador de serviços pelos inadimplementos de verbas trabalhistas e de outra natureza, volta à tona.

No que se refere à Administração Pública, o debate põe em evidência o comando legal assentado no §1º da Lei nº 8.666/93, que diz:

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.

Impõe na verdade no bojo das discussões, a tese da irresponsabilização do Estado, o que sepultaria qualquer pretensão do trabalhador em ver garantido seu direito.

A ideia de Estado irresponsável é uma das mais antigas e ultrapassadas concepções existentes na vida política, social e cultural, não tendo qualquer mínima correspondência com o conceito e a realidade normativos de Estado Democrático de Direito, tão bem capitaneados pela Constituição de 1988. Ao reverso, a Constituição da República, quando se reportou à noção de responsabilidade do Estado, o fez para acentuá-la e não reduzi-la, como passa em seu art.37, §6º, que estendeu a responsabilidade objetiva estatal até mesmo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (DELGADO, 2015, p. 507).

A teoria da irresponsabilidade estatal tem seu contexto histórico assentado nos Estados absolutos que acima de tudo primavam pela prevalência e manutenção da soberania, sendo esse Estado imune a qualquer situação desfavorável.

O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado

significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania. (PIETRO, 2014, p.717, *grifos da autora*).

Algo completamente inconcebível nos dias atuais em que prevalece a ideia de democratização e valorização social do trabalho, desta maneira, a jurisprudência tratou de afastar a possibilidade de não responsabilização do Estado, impondo limites e interpretação diversa do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, mesmo após a ADC 16 de novembro de 2010, quando o STF considerou constitucional o referido artigo, afastando a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado nos contratos de terceirização, porém impondo a possibilidade de responsabilização em função de falhas no processo de fiscalização dos contratos e sua aplicação pelo fornecedor de mão de obra (este tema é melhor dissecado nos demais tópicos).

Registre-se, de todo modo, que a interpretação em conformidade com a Constituição do citado art. 71, §1º, da Lei de Licitações conduziria à conclusão de que sua *mens legis* não visa a eliminar a responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora de serviços, dirigindo-se essencialmente ao resguardo da responsabilidade original do efetivo empregador terceirizante, de maneira a preservar hígido o direito de regresso do tomador de serviços estatal. (DELGADO, 2015, p. 509).

Após o longo caminhar, não é possível a negativa da incidência da responsabilidade objetiva do Estado, especificamente no que diz respeito aos contratos de terceirização firmados, entra em cena o elemento “culpa”, como definidor da possível responsabilização.

Estará pois, o Estado exposto à culpa *in eligendo*, fundada na escolha equivocada da empresa intermediadora contratada e à culpa *in vigilando*, por possível falha na função obrigatória de fiscalização dos contratos firmados, e mais especificamente no que diz respeito ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, intermediadora da mão de obra.

Ocorre que, quando a tomadora dos serviços, a despeito de ser uma entidade pública, que se pauta pelos princípios da moralidade, publicidade, legalidade e impessoalidade (art. 37 da CF/88), deixa de fiscalizar os contratos firmados com base nestas premissas, e esta ausência de fiscalização, ou ineficiência de gestão, principalmente no tocante ao cumprimento da legislação laboral, causa prejuízos aos trabalhadores, incide no caso o teor do art. 186 c/c o art. 927 do atual Código Civil, não havendo como isentar de responsabilidade o ente público contratante e beneficiário dos serviços prestados pelo trabalhador. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p.309).

Firmou a Súmula 331 do TST, após algumas adaptações, o entendimento de que é subsidiária a responsabilidade do Estado pelo inadimplemento das empresas prestadoras com relação às verbas trabalhistas desrespeitadas, o que em outra análise deixa claro a subsidiariedade da responsabilidade do Estado nos contratos de terceirização.

O novo texto da Súmula 331, V do TST, divulgado em 2011, realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa in eligendo. Mas preserva a responsabilidade subjetiva por culpa in vigilando (omissão do dever fiscalizatório), conforme deflui do mesmo julgamento da Corte Máxima (ADC 16). (DELGADO, 2015, p. 509).

Noutro, giro,

Após a referida decisão, o STF, em sua composição plenária, reconheceu a possibilidade de responsabilização da Administração Pública nos casos de terceirização, com base na culpa in eligendo ou in vigilando, conforme se observa do acórdão a seguir descrito, proferido em sede de reclamação constitucional:

RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º)– ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA “IN VIGILANDO”, “IN ELIGENDO” OU “IN OMITTENDO” – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67)– ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97)– SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(STF - Rcl: 12570 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 27/02/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-056 DIVULG 20-03-2014 PUBLIC 21-03-2014). (CAIRO JR, 2016, p.429)

Merece destaque ainda a possibilidade de equiparação salarial, expressa pela OJ nº 383, da SDI-I,

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados

terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

O que para José Cairo Jr (2016, p.427), mesmo com a ilicitude da terceirização o Ente público não tem a possibilidade de se transformar em empregador não caberia a possibilidade de equiparação salarial, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade a que a Administração Pública está adstrito. A reboque do que decide o Tribunal Superior do Trabalho.

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA ISONOMIA SALARIAL ENTRE OS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS E OS DA TOMADORA DE SERVIÇOS. Conforme se extrai da decisão regional, é incontroverso que a terceirização foi ilícita e o ente público praticou ato fraudulento. Tendo sido esse o caso dos autos, a isonomia salarial é inafastável, uma vez que, nos exatos termos da OJ 383 da SBDI-1 desta Corte, 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 3/01/1974. Recurso de revista conhecido por contrariedade à OJ 383 e provido para restabelecer integralmente a sentença .

(TST - RR: 1359002120095050342, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 14/10/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015)

A corte máxima, debruça-se ainda sobre a terceirização e a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, quanto aos créditos trabalhista inadimplidos pelas empresas fornecedoras, empresas terceirizadas.

No julgamento do RE 760931, interposto pela Advocacia Geral da União contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho que condenou a União a quitar créditos trabalhistas inadimplidos por empresa terceirizada, o Supremo Tribunal Federal discute a responsabilidade subsidiária da União. O julgamento encontra-se suspenso após empate de cinco votos favoráveis e cinco contrários, decidindo a corte em aguardar o voto do novo Ministro Alexandre de Moraes.

Com isso muitos processos permanecem suspensos aguardando a decisão que terá repercussão geral.

9.3 Repercussão jurídica

Os efeitos possíveis no que tange à ação terceirizante dependerá de diversos fatores, dentre eles, se a terceirização é lícita ou ilícita. Na hipótese de ilicitude na terceirização e consequente inadimplemento das verbas trabalhistas,

forma-se o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora de serviços. Nesse caso, a responsabilidade da pseudo-tomadora é direta. Em uma eventual reclamação trabalhista, o empregado poderá acionar uma, algumas ou todas as empresas que fizeram parte do processo de terceirização, já que se pode admitir a existência de um empregador único e, consequentemente, de solidariedade. (CAIRO JR, 2016, p. 431).

Na hipótese de licitude na relação e contrato de terceirização, recairá a responsabilidade subsidiária à empresa tomadora pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas que por ventura ocorrer.

Ainda há de se ressaltar que em se tratando de falência da empresa intermediadora de trabalho temporário, incide a Lei nº 6019/74, que disciplina em seu art. 16 a incidência da solidariedade com relação à empresa tomadora de serviços.

Outro efeito jurídico diz respeito a evocação da isonomia, enquanto princípio a ser seguido e exercido, ocasionando, além de outras consequências, o chamado salário equitativo.

Esse preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão, de modo a *mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante*. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei nº 6.019/74. Não há dúvida, portanto, de que o salário equitativo aplica-se plenamente a qualquer situação que envolva o trabalhador temporário. (DELGADO, 2015, p. 492, *grifo do autor*)

Em se tratando de terceirização lícita, onde não há a permanência de trabalhador temporário a jurisprudência tem caminhado na direção de que não comunicação e, portanto, não há que se falar em salário equitativo, entre o padrão remuneratório da empresa tomadora e os empregados terceirizados (DELGADO, 2015).

9.4 Posição da Súmula 331 DO TST

Além das produções legislativas amplamente discutidas alhures, a Súmula 331 do TST teve como precursora a Súmula 256 do TST que na década de 80,

antes do advento da Constituição de 1988, tratando da terceirização, impôs limites agudos, com hipóteses definidas de possibilidade de contratação de empregados por empresa interposta.

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

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A Súmula 256, TST trazia como premissa básica que as hipóteses de terceirização eram no mundo do trabalho, uma exceção, impondo inclusive ao tomador de serviços o vínculo direto com o empregado na ocasião de terceirização ilícita, ou seja, fora dos meios autorizados em lei.

Com a evolução do entendimento e movido pelo incipiente arcabouço que a Súmula 256, TST trazia, no ano de 1993 foi editada a Súmula 331 TST, com algumas alterações com relação a anterior 256 que foi substituída pela citada.

Composta de quatro itens inicialmente, a Súmula 331 TST, cobria algumas lacunas da súmula anterior, além de firmar conceitos e diretrizes significativos, consagrando no item II, a impossibilidade de formação de vínculo de emprego entre terceirizados e órgãos da Administração Pública.

Outras alterações estabeleceram contrapontos, um dos mais significativos foi referente à distinção entre atividade-meio e atividades-fim do tomador de ocupações, o que em última análise define ou caracteriza a licitude do procedimento de terceirização, outra questão foi esclarecer o fundamento e o contraponto do lícito e ilícito, com diferentes repercussões. Conforme corpo da Súmula 331 TST. Em seu inciso: “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*)”.

Com o advento da ADC 16, quando o STF decidiu afastar a responsabilidade objetiva estatal, também a responsabilidade fundada na culpa *in eligendo*, observada a licitação, O Tribunal Superior do Trabalho viu-se na obrigação de promover alterações na Súmula 331, para acomodar os novos direcionamentos, porém mantendo em linhas gerais os conceitos e fundamentos presentes com relação à terceirização.

Com isso a referida súmula nos dias atuais esta constituída de seis itens disciplinadores e limitadores da atividade terceirizante, firmando premissas básicas como: as situações empresariais que autorizem contratação temporária, atividade de prevenção/vigilância e as atividades lícitas ao que envolve as de limpeza e conservação e alargamento das possibilidades quando envolve, desde que sem pessoalidade e subordinação direta, os serviços especializados vinculados à atividade-meio.

Outra premissa estabelecida pela Súmula é a de que a intermediação de mão de obra, em regra, é ilegal, ou seja, é vedada a intermediação de mão de obra no sistema jurídico brasileiro, salvo nas situações autorizadoras. A jurisprudência trabalhista, e mais especificamente o TST, construiu um modelo a ser seguido em matéria de terceirização e seus efeitos no campo laboral. Atualmente tal modelo está praticamente concentrado na Súmula 331 do TST, que serve de referência para solução da questão.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DE SERVIÇOS – A terceirização dos serviços, figura jurídica importante e verdadeira necessidade de sobrevivência das empresas em competitivo mercado, traduz realidade inatacável e não evidencia prática ilegal, por si só. Entretanto, constitui fraude aos princípios norteadores do Direito do Trabalho a dissimulação de intermediação de mão de obra sob a forma de contrato de prestação de serviços que tenha por objeto a realização de tarefa ínsita à atividade fim do tomador. Assim é que a terceirização é admitida na contratação de empresa especializada em atividades paralelas ou de suporte, desde que não haja distorção em sua essência e finalidade, com a substituição dos empregados próprios por outros oriundos de empresa interposta. Observando-se, na hipótese, que o empregado oferecido por empresa prestadora se via engajado na atividade essencial do tomador de serviços, participando integrativamente do processo de produção, trata-se, por certo, de intermediação fraudulenta de mão de obra, o que autoriza a confirmação da R. sentença recorrida. Recurso a que se nega provimento.

(TRT 3ª R. – RO 00196-2007-088-03-00-0 – 4ª T. – Rel. Des. Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello – DJE 15/12/2007).

No mesmo sentido a outra jurisprudência que reforça a tese.

EMPRESA DE TELEFONIA – TELEMARKETING – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – FORMAÇÃO DO VÍNCULO DIRETO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS – Quando os serviços de telemarketing ocorrem na execução de atividade-fim da tomadora dos serviços, incluindo venda de produtos e cobranças, inarredável o reconhecimento da relação de emprego com a tomadora dos serviços. É certo que o instituto da terceirização é permitido, possibilitando uma maior especialização da prestação de serviços, bens e produtos. Ocorre que ela não pode ser levada a extremos, sob pena de admitir que a empresa tomadora de serviços torne-se apenas uma abstração legal, sem nenhuma atividade desenvolvida por ela diretamente.

(TRT 3ª R. – RO 765/2009-108-03-00.9 – Rel. Juiz Conv. Milton V. Thibau de Almeida – DJE 25/6/2010 – p. 137).

Durante muito tempo os tomadores de serviços condenados subsidiariamente em hipótese de terceirização, nos termos da Súmula 331, argumentaram que sua responsabilidade seria limitada ao crédito trabalhista principal. O item VI da Súmula derruba qualquer interpretação neste sentido, esclarecendo que todas e quaisquer registros, verbas decorrentes da condenação, logicamente referentes ao período da prestação laboral àquele tomador, são de sua responsabilidade.

Firma pois, o TST a tese de responsabilidade subsidiária do Ente Público comprovada a “culpa” *in vigilando* e em alguns casos, também a *in eligendo*, por créditos trabalhistas deixados por empresa interposta. Caberá agora ao STF decidir, inclusive com repercussão geral esta temática que atingirá milhares de processos no país.

Caberia ainda, à Administração Pública o ônus probandi, quando da imputação da culpa *in vigilando*, devendo, pois, comprovar que tomou todas as medidas necessárias e suficientes para impedir o desvio de conduta da empresa terceirizada, mormente no que se refere aos créditos trabalhistas, é como se comporta a jurisprudência:

ACÓRDÃO EM RECURSO ORDINÁRIO RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

[...]

6. Compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu as obrigações previstas em lei, sob pena de restar caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo.

[...]

(TRT 1ª R. – RO 3641420115010040 RJ – Rel. Juiz Ricardo Areosa – DJE 24/7/2012).

Recai sobre a Administração Pública, justamente por possuir melhores condições de produzir a prova e justificar seus atos no contrato de terceirização estabelecido.

10 COMENTÁRIOS AOS PROJETOS DE TERCEIRIZAÇÃO EM TRAMITAÇÃO

Tramitam no Congresso Nacional projetos que pretendem promover disciplina e regulamento em matéria de terceirização, provendo mudanças na lei do trabalho temporário e incluído terminantemente no arcabouço justralhista o instituto da terceirização com todas as suas implicações.

Diversos são os projetos que tramitam no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal, podemos citar: o Projeto de Lei do Senado nº 87/2010; Projeto de Lei do Senado nº 447/2011; Projeto de Lei da Câmara nº 4330/2015; Projeto de Lei nº 4302/1998 e o Projeto de Lei do Senado nº 339/2016.

A discussão envolve fundamentalmente dois projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, ambos com a proposta de disciplinar o fenômeno da terceirização, atraindo holofotes dos diversos ramos da sociedade que paralelamente travam o debate da viabilidade social e econômica da matéria.

Ab initio, merece destaque o Projeto de Lei nº 4330/2004 que foi aprovado na Câmara dos Deputados no dia 08 de abril de 2015, com a proposta de regulamentar os contratos de terceirização no mercado de trabalho, projeto polêmico, como não poderia deixar de ser, fincou premissas que agradam a uns e desagradam a outros.

A Agência Senado publicou no dia 24/07/2015, um resumo dos principais pontos de sedimentação do Projeto de Lei nº 4330/2004, aprovado na Câmara dos Deputados e que chegou ao Senado Federal como Projeto de Lei nº 30/2015:

TERCEIRIZAÇÃO: As empresas podem contratar trabalhadores terceirizados em qualquer ramo de atividade para execução de qualquer tarefa, seja em atividade-fim ou meio. Atualmente, a terceirização é permitida somente em atividades de suporte, como limpeza, segurança e conservação, nos termos da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA: A fornecedora de mão de obra terceirizada e a empresa contratante têm responsabilidade solidária nas obrigações trabalhistas. Assim, ambas podem responder judicialmente por direitos trabalhistas não honrados.

FISCALIZAÇÃO: A contratante tem obrigação de fiscalizar se a contratada está em dia com salário, férias, vale-transporte, FGTS e outros direitos trabalhistas.

DIREITOS: Os trabalhadores terceirizados têm direito às mesmas condições oferecidas aos empregados da contratante: alimentação em

refeitórios, serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, cursos e treinamento, quando necessários.

SUBCONTRATAÇÃO: A empresa que fornece mão de obra terceirizada pode subcontratar trabalhadores de outra empresa em casos de serviços técnicos altamente especializados e se houver previsão contratual.

VEDAÇÃO: A contratante não pode usar os trabalhadores terceirizados para tarefas distintas das que estão previstas em contrato.

DOMÉSTICOS: A lei não vale para trabalhadores domésticos. Emenda aprovada no Plenário da Câmara também vedou a aplicação para guardas portuários.(AGÊNCIA SENADO, 2015)

Em linhas gerais e com maior relação com a discussão proposta neste trabalho, chama a atenção a ampliação da terceirização às atividades-fim das empresas, além da imposição da responsabilidade subsidiária do tomador com relação às verbas trabalhistas por ventura inadimplidas.

A abrangência do projeto fica centrada nas sociedades de economia mista, empresas privadas e empresas públicas, excluindo, portanto, a administração pública direta, autarquias e fundações. Este é um grande ponto de divergência entre defensores e críticos à terceirização.

Malgrado, o referido projeto inaugura o instituto da “quarteirização”, ou seja, a possibilidade de subcontratação de mão de obra, até então proibido.

No Senado Federal, o Senador Rodolfe Rodrigues (REDE-AP), ingressa com o Projeto de Lei nº 339/2016, que pretende estabelecer um contraponto com o PL 4330/2004, requerendo, inclusive, sua substituição, em que propõe:

1. positivar, com segurança jurídica, o critério da distinção entre atividades essenciais (ou inerentes) e atividades não-essenciais (ou não-inerentes, ou ainda atividades-meio) como fator de legitimação legal da terceirização de serviços no Brasil;
2. estabelecer a regra da responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços em relação aos direitos dos trabalhadores terceirizados, inclusive nos acidentes de trabalho e nas doenças profissionais e do trabalho;
3. estabelecer a representação sindical pelo sindicato da categoria profissional predominante no âmbito da empresa tomadora;
4. estabelecer mínima isonomia salarial entre trabalhadores terceirizados e trabalhadores efetivos (empregados da empresa tomadora).

5. normatizar o princípio da norma mais benéfica em favor dos trabalhadores terceirizados, no âmbito da concorrência de normas estatais e convencionais, inclusive quanto às convencionadas no âmbito da tomadora dos serviços;
6. vedar a “quarteirização” e todas as subcontratações sucessivas;
7. vedar a terceirização por pessoas físicas, ainda que profissionais liberais ou produtores rurais;
8. proteger trabalhadores especialmente vulneráveis e reforçar a correspondente fiscalização. (JUSTIFICATIVA PROJETO DE LEI Nº 339/2016).

Dentre as propostas apresentadas pelo Senador Randolfe Rodrigues está o estabelecimento da responsabilidade solidária do tomador de serviços, algo que promove alvoroço naqueles que defendem a terceirização, além da permanência de proibição da “quarteirização”.

Por fim, o Projeto de Lei nº 4302/1998 de relatoria do Deputado Laércio Oliveira (SD-SE), que já tramita há 19 anos no Congresso Nacional, com aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, tendo retornado à Câmara dos Deputados em razão de alterações realizadas naquela casa, ganhou notoriedade nos últimos meses, pois agrada ao executivo.

O PL nº 4302/1998, também propõe a ampliação da terceirização a todos os setores da empresa tomadora, pondo fim às discussões a respeito da atividade-fim e atividade-meio, que passariam a não possuir importância significativa para sua caracterização.

Ainda estabelece o PL nº 4302/1998 a terceirização também na Administração Pública, com os mesmos critérios do setor privado, ou seja, terceirização plena, inclusive da atividade-fim. O projeto é criticado por setores da sociedade, que imputam a este o fim do concurso público e a clara afronta à Constituição Federal que no art. 37, II, define:

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;

Agora o que se tem a fazer é aguardar o desfecho do processo legislativo, com relação ao projeto de lei e do STF com relação ao julgamento do RE que trata da responsabilização da Administração Pública, com os créditos trabalhistas.

11 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A matriz de responsabilização da Administração Pública, assim como a maioria dos fatos constitutivos de repercussão jurídica, assume posicionamento multifacetado na medida em que tanto a literatura especializada como a jurisprudência leva a cabo a caracterização alinhada a cada caso concreto. Atribuindo ao Estado tanto a responsabilidade objetiva quanto a responsabilidade subjetiva, bastando para tanto o cumprimento de requisitos específicos.

Da análise de todo levantamento doutrinário, jurisprudencial e da legislação em vigor realizado neste trabalho é possível a sedimentação de conceitos básicos e fundamentais para a compreensão das possibilidades de responsabilização da Administração perante a existência de dano em consequência de condutas comissivas ou omissivas.

Fundamentalmente a responsabilidade civil do Estado em regra é objetiva, fundada nos danos ocasionados por condutas comissivas do agente público, ou seja, não haverá a necessidade de comprovação de culpa, bastando para tanto a demonstração da existência do dano e o nexo de causalidade, premissa sustentada pela ideia de risco da atividade estatal acolhida pela teoria do risco administrativo, como explicitado no decorrer do texto dissertativo.

Outra base importante é o entendimento da existência excepcional da possibilidade de responsabilização da Administração Pública subjetivamente, nas hipóteses em que o Estado figura no polo passivo da relação jurídica em razão de uma conduta omissiva, cabendo necessariamente a comprovação de culpa do agente.

As considerações a respeito, portanto da responsabilidade estatal em razão da não fiscalização dos contratos de terceirização, passam pela compreensão preliminar de que a Administração Pública, no interesse do bem estar e da finalidade pública tem o dever de zelar pela eficiência na consecução dos ajustes celebrados, fiscalizando, controlando e intervindo, exercendo de fato as prerrogativas atribuídas pelas cláusulas exorbitantes que figuram em todos os contratos com a Administração Pública.

Por fim, é possível estabelecer que até então, a Súmula 331 do TST estabelece a responsabilidade da Administração no que concerne à não fiscalização

dos contratos administrativos é, portanto subjetiva e conseqüentemente subsidiária, tendo como parâmetro principal a evidência da culpa *in vigilando*, definida aqui como a ausência de fiscalização, acompanhamento e controle na execução dos ajustes celebrados.

A questão da responsabilidade civil do Estado em face do inadimplemento de verbas trabalhistas por empresa terceirizada, portanto nos contratos de terceirização celebrados com a Administração Pública, não está pacificada, aguarda desfecho do Poder Legislativo com os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e podem mudar as regras da terceirização, além do posicionamento do STF com relação ao RE 760931 que discute a responsabilização subsidiária da União por créditos trabalhistas inadimplidos por empresa terceirizada.

Qualquer posicionamento não deverá, contudo, abrir mão da proteção ao trabalho e da garantia dos direitos sociais e individuais esculpidos no texto constitucional, bem como, do respeito ao princípio da dignidade humana e da valorização social do trabalho, sob pena, de ferir de morte a própria essência de Estado Democrático de Direito.

12 – REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/02/2017.

_____. Lei Federal nº 8.666/1993. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17/01/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Hábeas Corpus. ADMINISTRATIVO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. T2 - Segunda Turma. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 21 fev. 2005. DJ 21.02.2005 p. 146.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 602102/RS. Relatora Min. Eliana Calmon. DJ 21.02.2005 p. 146 LEXSTJ vol. 187 p. 166 RNDJ vol. 65 p. 127 RT vol. 836 p. 151. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/286608>> Acessado em, 17/01/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 16, Relator Min. Cezar Peluso. Disponível <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&class=e=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 05/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 327.904/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Carlos Britto**, DJ de 8/9/06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/>>, acessado em, 13/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969. Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acessado em 30/01/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/>>. Acessado em 26/01/2017.

_____. SENADO FEDERAL. disponível em : <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126900>>, acessado em 07/03/2017.

_____. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/04/27/quadro-pl-4.330>>. Acessado em 07/03/2017.

_____. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**, Editora Método 8ª Edição, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed., Salvador: JusPodivm.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da licitação. São Paulo: Juriscred, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva 1998 e 1973 (ver e inserir)

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Astrea, 1975.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Obrigações. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Humberto Pinto. **Direito do trabalho**, Editora Atlas 28ª Edição, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Terceirização e o Direito do Trabalho**. 13ª Ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 4ª ed. Âmbito Cultural Edições.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis Trabalhistas: Comentada**. Editora Atual 46 Ed. 2013.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002)*. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte.