

LIMITES À RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES

OUTSOURCING AND ACCOUNTABILITY SUBSIDIARY OF PUBLIC ADMINISTRATION SECOND SUPERIOR COURTS

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Procurador do Estado de São Paulo, com atuação perante os Tribunais Superiores em Brasília

RESUMO: A terceirização de serviços tem se tornado uma prática cada vez mais disseminada na economia e sociedade atual, sendo utilizada tanto no setor privado quanto no setor público. O presente trabalho tem como campo de estudo a responsabilidade da Administração Pública (tomadora do serviço) nas hipóteses em que tenha havido o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, nas terceirizações por ela realizadas. Objetiva, assim, analisar a evolução da jurisprudência pátria em relação ao tema “responsabilidade civil” e os seus limites, com destaque para a terceirização no âmbito da Administração Pública. Para tanto,

realizou-se uma pesquisa histórico-bibliográfica em relação ao tema ora analisado, com base na literatura nacional, com ênfase nos julgamentos proferidos após o julgamento da ADC 16/DF e alteração da Súmula nº 331 do TST. Ao final, o autor apresenta as suas conclusões em relação à responsabilidade da Administração (e os seus limites) na hipótese de contratação de serviços terceirizados.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; responsabilidade; Administração Pública; culpa *in vigilando*.

ABSTRACT: *The outsourcing of services has become an increasingly widespread practice in today's society and economy,*

¹ Coordenador do Grupo Trabalhista da PGE/SP em Brasília. Mestre em Direito pelo Cesumar/PR. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor junto ao Departamento de Direito - área de concentração Direito do Trabalho - da UNB - Universidade de Brasília. Afiliação acadêmica ou profissional: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília, Brasília/DF, Brasil.

both private sector as being used in the public sector. The present work is the responsibility field of study Public Administration (borrower) service in cases where there has been a breach of labor obligations by the employer in sourcing undertaken by it. Objective thus analyze the evolution of the homeland jurisprudence on the topic "liability" and its limits, especially for outsourcing in Public Administration. To do so, we performed a search-historical literature on the topic now analyzed, based on national literature, with emphasis on judgments rendered after the trial of ADC 16/DF and change the Scoresheet nº 331 TST. At the end, the author presents his conclusions regarding the responsibility of the Directors (and their limits) in the case of hiring outsourced services.

KEYWORDS: *Outsourcing; accountability; Public Administration; blame in vigilando.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da terceirização nos setores público e privado; 2 Responsabilidade civil e terceirização; 3 Das especificidades em relação à Administração Pública; 4 Do entendimento jurisprudencial sobre o tema; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Outsourcing in the public and private sectors; 2 Liability and outsourcing; 3 Of specific regarding Public Administration; 4 Of understanding on the theme jurisprudence; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil constitui-se como um dos temas mais instigantes na órbita jurídica. Isso porque, cotidianamente, o ser humano pratica atos e omissões que podem trazer consequências danosas para outras pessoas. Nessas hipóteses, surge a discussão acerca da possibilidade (ou não) de se atribuir a uma pessoa (ou ente) a responsabilidade por algum dano sofrido, bem como os limites da indenização subsequente.

Do mesmo modo, há hipóteses em que alguém pode ser responsabilizado por danos causados por terceiras pessoas. É a chamada responsabilidade por ato de outrem. Nesta linha, ganha destaque a questão atinente à responsabilidade da Administração Pública em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, nas hipóteses de serviços terceirizados.

Tal tema é relevante não apenas em razão de seus desdobramentos práticos, mas, principalmente, em razão das nuances e peculiaridades que envolvem o tema, quando afeto aos princípios que regem a Administração Pública. A terceirização tem se tornado um instituto cada vez mais comum no mercado e o direito deve estar atento aos seus desdobramentos e limites.

1 DA TERCEIRIZAÇÃO NOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

A terceirização é uma técnica administrativa de desconcentração produtiva, na qual o trabalhador presta serviços a um tomador de serviços, apesar de possuir contrato de trabalho com uma empresa interveniente ou fornecedora. Trata-se de um instituto que vem se ampliando no universo econômico em razão de vários fatores.

Um dos argumentos em defesa da terceirização refere-se à possibilidade de maior especialização do trabalho desempenhado, permitindo o aumento da qualidade e a melhor administração do tempo da empresa tomadora do serviço, a qual poderá concentrar as suas forças em sua atividade-fim. Neste aspecto, considera-se atividade-fim toda aquela que se encontra diretamente relacionada aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a sua comercialização, etc. É a atividade central da empresa, geralmente constante do seu contrato social (Martins, 2007, p. 136).

Dessa forma, a terceirização possibilita uma desconcentração produtiva, por meio da qual a empresa prestadora de determinado serviço pode concentrar os seus esforços em uma atividade determinada (Robortella, 1999, p. 33).

Segundo tal raciocínio, a terceirização passou a ser largamente utilizada em diversos setores e, inclusive, pela Administração Pública. Contudo, em razão dos princípios que regem a Administração Pública e das peculiaridades que envolvem as contratações por ela realizadas, a terceirização no setor público possui características próprias que a diferenciam da terceirização realizada no setor privado.

Tais características foram, paulatinamente, sendo observadas pelos julgadores, os quais passaram a diferenciar situações de terceirização realizadas nos setores privados ou públicos. Isso porque a Administração Pública se submete a princípios e regras inexistentes no âmbito privado, nos quais o fim de lucro costuma encontrar-se sempre presente.

Não há até o momento uma legislação específica regulamentando o instituto da terceirização. Contudo, em razão da grande quantidade de ações trabalhistas relacionadas à terceirização, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) editou uma súmula tratando especificamente da terceirização, estabelecendo diretrizes e posicionamentos relacionados aos aspectos jurídicos de tal instituto. Trata-se da Súmula nº 331, a qual encontra-se, atualmente, composta dos seguintes itens:

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, 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.

Tratam-se de seis itens que foram sendo inseridos e aperfeiçoados ao longo dos anos, visando a dar ao tema o tratamento jurídico correto.

Assim, conforme se observará nos próximos capítulos, a responsabilidade civil em relação ao tema “terceirização” é tratada de forma diversa, a depender da natureza jurídica do ente tomador do serviço, de tal forma que o tratamento no âmbito público é diferente daquele existente no âmbito privado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E TERCEIRIZAÇÃO

A responsabilidade civil, no âmbito do direito privado, vem tratada no Código Civil. Segundo dispõe o art. 927 do referido código, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, caracterizada a ocorrência de ato ilícito, surge a obrigação de indenizar. Nesta linha, o referido art. 186 estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Do mesmo modo, o art. 187 do Código Civil esclarece que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O Código Civil estabeleceu, ainda, que 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. Trata-se, como se vê, de hipótese de responsabilidade objetiva legalmente prevista.

No âmbito administrativo, a responsabilidade civil da Administração Pública vem prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Importante rememorar, no que se refere à responsabilidade civil do Estado, que esta evoluiu muito ao longo dos séculos. Assim, se inicialmente defendia-se a total irresponsabilidade do Estado, com base no absolutismo monárquico, sob o fundamento de que “*The King can do no wrong*”, tem-se que, hoje, o Estado responde “por suas ações e omissões, quando infringirem a ordem jurídica e lesarem terceiros” (Justen Filho, 2005, p. 791).

A primeira teoria permitindo a responsabilidade do Estado foi a teoria subjetiva, na qual, segundo Stoco (2007, p. 996-997), a obrigação de ressarcir incumbe àquele que por ato culposo ou doloso cause um dano a outrem ou

deixe de impedir a sua ocorrência quando a isso estivesse obrigado. Para que surja o dever de indenizar, faz-se necessária a presença dos seguintes elementos: dano, conduta lesiva e nexo de causalidade entre eles. Em se tratando de responsabilidade subjetiva, faz-se indispensável, também, a comprovação da culpa do agente ou, no caso da responsabilidade civil do Estado, da culpa do serviço.

Em um momento posterior, a responsabilidade do Estado evoluiu para o que se convencionou chamar de teoria da culpa administrativa (também denominada "*faute du service*"), de inspiração francesa. Segundo esta teoria, haverá a denominada culpa do serviço ou falta do serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

Por fim, há, em sede de responsabilidade civil, a teoria da responsabilidade objetiva com base no risco, a qual subdivide-se em duas:

A primeira é a teoria da responsabilidade objetiva com base no risco administrativo. Para essa teoria a responsabilidade exige a presença dos seguintes requisitos: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Já a segunda denomina-se teoria da responsabilidade objetiva com base no risco integral e difere-se da primeira em razão de não admitir a existência de causas excludentes da responsabilidade estatal. Observe-se que, nestas hipóteses, não há discussão acerca da ocorrência de culpa por parte do responsável ou de terceiros a ele subordinadas.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, com base no risco administrativo, é adotada no Brasil desde 1946 de tal forma que a responsabilidade do Estado pode ser afastada por meio de causas excludentes, tais como a força maior, o caso fortuito ou a culpa exclusiva da vítima.

Atualmente, a responsabilidade objetiva encontra-se prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, de tal forma que o Estado responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sem necessidade de comprovação da culpa dos agentes públicos.

Assim, tem-se que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público – em relação às condutas comissivas – deve ser vista sob a ótica da teoria da responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo. Deste modo, para o reconhecimento de tal responsabilidade há de se observar a presença dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

Na hipótese de conduta omissiva, não há unanimidade na doutrina e jurisprudência. Para uns, haveria responsabilidade objetiva do ente estatal, de tal modo que o Estado responderia independentemente da existência de culpa por parte de seus agentes. Para outros, caso o prejuízo surja de conduta omissiva nos casos em que há o dever legal de agir, adotar-se-ia a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, sendo necessário, portanto, a comprovação de culpa para que surja a obrigação de indenizar.

Com relação à responsabilidade civil em questões relacionadas a serviços terceirizados, o entendimento adotado pelo Judiciário tem variado segundo a natureza do tomador do serviço (ente de natureza pública ou privada).

Assim, na hipótese de terceirizações no âmbito privado, 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; contudo, na hipótese de o tomador de serviço ser um ente público, a situação será um pouco diferente em razão das peculiaridades relacionadas à contratação no setor público e aos princípios que orientam a sua atuação. É o que se passará a expor.

3 DAS ESPECIFICIDADES EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, no desempenho de suas funções, sujeita-se a regime jurídico diverso dos entes de direito privado. Isso porque, sendo ela responsável pela gestão de interesses pertencentes à coletividade, deve ela pautar-se por princípios específicos que deverão nortear sua atuação, visando ao adequado desempenho de suas funções.

Deste modo, os poderes e prerrogativas conferidos à Administração Pública têm como objetivo permitir que esta desempenhe a contento o papel para o qual fora ela criada, qual seja: a satisfação do interesse público. Registre-se, por oportuno, que a doutrina costuma classificar o interesse público em duas espécies distintas, a saber: interesse público primário e secundário. O primeiro pode ser identificado com o interesse da sociedade, significando valorização da justiça, da segurança e do bem-estar. Já o segundo é aquele no qual se objetiva o interesse da Administração Pública, enquanto ente estatal, ou seja, visa-se a consecução dos objetivos do governo.

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deriva o princípio da indisponibilidade do interesse público, o que se justifica em razão do fato de o meio ambiente constituir-se como um “bem público de uso comum do povo” (Benjamin, 1993, p. 71). Assim, a denominada “indisponibilidade do interesse público” se justifica em função da natureza dos bens tutelados pelo ente estatal, de tal modo que, por se tratarem de bens pertencentes a toda a sociedade, não se encontram sujeitos à livre disposição de quem quer que seja, pois se trata de bem de uso comum do povo, possuindo caráter indisponível.

Além destes, a doutrina costuma fazer menção a uma série de outros princípios inerentes à Administração Pública e independentemente de sua positivação. São os chamados princípios implícitos. Carvalho Filho (2007, p. 26-31) inclui entre os princípios implícitos a autotutela, a continuidade dos serviços públicos, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade. Di Pietro (2005, p. 89), por sua vez, enumera os seguintes princípios inerentes à Administração Pública: presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade, e segurança jurídica.

A par destes princípios basilares da Administração Pública, encontra-se, também, no art. 37 da Constituição Federal um rol de princípios explícitos que deverão ser obedecidos pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. São eles os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade encontra-se previsto em nossa Constituição Federal e constitui-se como um importante instrumento na defesa dos cidadãos, conferindo-lhes segurança jurídica e protegendo-os contra excessos praticados pelo Poder Público. França (2000, p. 168) ensina que toda a atuação da Administração Pública deve ter como meta a realização dos objetivos definidos em lei, ou seja: “Deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico administrativo”.

Já o princípio da legalidade comporta diferentes interpretações. Para alguns, o princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da finalidade, qual seja: a busca da satisfação do interesse público. Para outros, tal princípio estaria relacionado ao princípio da isonomia, na medida em que objetiva a igualdade de tratamento pela Administração em relação aos cidadãos que se encontrem na mesma situação jurídica. Por fim, há quem relacione o referido

princípio à estreita ligação da impessoalidade com a imputação, em razão dos atos praticados pelos agentes públicos serem imputados ao Poder Público.

O princípio da moralidade tem como objetivo orientar a atuação dos agentes públicos, abrangendo os princípios da lealdade e boa-fé, bem como a probidade administrativa.

Ainda com relação ao princípio da moralidade, Barboza (2002, p. 117) ensina que a aplicação de tal princípio deve levar em consideração “os objetivos sociais fixados na Constituição, que caracterizam o Estado brasileiro como Estado Social e Democrático e de Direito, volta à realização efetiva da democracia, que não se realiza sem um atuar positivo do Estado com vistas à redução das desigualdades”. E a autora arremata: “A moralidade administrativa funciona como um instrumento a ser utilizado pela Administração Pública a fim de orientá-la e modo a realizar as finalidades estatais, bem como com vistas ao bom atendimento da população” (Barboza, 2002, p. 119).

Com relação ao princípio da publicidade, tem-se que, em uma primeira análise, é possível relacionar-se o referido princípio à transparência na gestão pública, garantindo a legalidade e a moralidade dos atos administrativos. Sob uma segunda ótica, é possível dizer-se que ele se encontra diretamente ligado à possibilidade de controle dos atos da Administração Pública pelos administrados, os quais são, em última análise, os verdadeiros titulares do poder outorgado a ela. Neste sentido, o princípio da publicidade possui suma importância como orientador da atuação da Administração Pública. Isso porque, em razão do fato de seus atos se relacionarem a questões que repercutirão sobre toda a comunidade, os administrados têm o direito de ter conhecimento acerca das decisões proferidas pela Administração.

Conforme magistério de Di Pietro (2005, p. 89), os atos praticados pela Administração devem ser amplamente divulgados, ressalvadas as hipóteses em que a lei autoriza o sigilo. Tal publicidade permite um melhor controle do poder estatal e da moralidade administrativa, razão pela qual muitos autores afirmam que tal princípio constitui-se como requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo.

Por fim, tem-se o princípio da eficiência, o qual foi inserido em nossa Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1988. Tal princípio teve como objetivo ressaltar a ideia de que os agentes públicos devem atuar de forma idônea e racional, de modo a atingir a satisfação dos interesses da

coletividade. Nesse sentido, a moralidade administrativa se encontra relacionada ao dever de probidade que deve nortear a atuação estatal.

Os princípios da Administração Pública possuem uma função fundamental, consistente em orientar a sua atuação em prol da coletividade.

Observa-se, assim, que a função administrativa do Estado submete-se a um especial regime jurídico (denominado regime jurídico de direito público), o qual a diferencia da atuação dos entes de direito privado.

Assim, em razão destas e outras características e peculiaridades inerentes à Administração Pública, o Poder Judiciário tratou a terceirização de forma diversa, a depender de quem seja o tomador dos serviços.

4 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAL SOBRE O TEMA

A terceirização surgiu como uma alternativa visando à busca de novas formas de prestação de serviços. Trata-se de uma estratégia de modificação nas relações de trabalho utilizada pelas empresas com o objetivo de manterem a competitividade e produzir bens e serviços com preços favoráveis no mercado, diminuindo-se o custo do trabalho (Manus, 2002, p. 124).

Contudo, apesar da existência de poucas normas tratando acerca do instituto da terceirização, a jurisprudência brasileira tem evoluído muito em relação ao referido tema, sendo certo que o Enunciado nº 331 do TST constitui-se como a súmula mais importante daquele Tribunal em relação à terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

Do mesmo modo, em razão das questões jurídicas relacionadas ao tema, muitos são os acórdãos e as decisões proferidas pelo Poder Judiciário acerca desta questão, sendo relevante tratar de algumas dessas questões e aspectos relacionados.

4.1 TERCEIRIZAÇÃO E VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O item I do citado Enunciado nº 331 do TST esclarece que 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).

Assim, uma vez configurada situação de terceirização ilícita, por meio do desempenho de trabalho em atividade-fim da empresa, há de reconhecer-se vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. Isso porque

tal modalidade de terceirização fragiliza as relações de trabalho, tornando o trabalhador mero “produto” de um empreendimento, o qual, repassado a outra empresa para utilização na sua atividade-fim, certamente não usufrui dos mesmos salários e demais vantagens pagas aos empregados de referida tomadora e, para protegê-lo, o reconhecimento do vínculo empregatício é medida indissociável. Sobre o tema, veja-se Processos nºs TST RR-12-81.2013.5.04.0661 e TST-ARR-3070100-61.2008.5.09.0651.

Segundo Manus (2002, p. 126), a justificativa para tal posicionamento jurisprudencial reside na obrigação da tomadora de serviços em zelar pela escolha de empresa idônea como prestadora de serviço, fiscalizando a regularidade da relação entre esta e os seus empregados.

Importante observar que a atuação em serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador; desde que inexistente, a pessoalidade e a subordinação direta constituem-se como hipóteses de terceirização lícita, expressamente prevista no item III da Súmula nº 331 do TST. Tratam-se, em suma, de atividades secundárias que não constituem o objeto central da empresa, possuindo natureza meramente instrumental, de apoio ou complementar (Martins, 2007, p. 136).

Com relação à inexistência de pessoalidade e subordinação direta, relembre-se que ambas constituem-se como elementos da relação empregatícia. Assim, a relação jurídica pactuada é *intuitu personae*, demonstrando a sua infungibilidade em relação ao trabalhador (Godinho, 2013, p. 283). Com relação à subordinação jurídica, observa-se que esta refere-se a um estado de dependência real do trabalhador e do direito do empregador de comandar, de dar ordens (Nascimento, 2011, p. 378). Contudo, o referido autor prefere definir subordinação como “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da sua autodeterminação par o fim de transferir o poder de direção sobre a sua atividade ao empregador e sob a autorresponsabilidade deste” (Nascimento, 2011, p. 379).

Para nós, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho, exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam esse ramo do Direito, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar o seu sentido ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas, que disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho, consistente no princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de

emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, consagrou-se o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais.

Deste modo, a terceirização ilícita de mão de obra acarretará o reconhecimento do vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços. Tal solução, contudo, será diversa na hipótese de a terceirização ter sido realizada pela Administração Pública.

4.2 CONTRATAÇÃO IRREGULAR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização constitui-se como uma estratégia de administração de empresas, que tem por objetivo organizar e estabelecer métodos gerenciais para a atividade empresarial. Consiste na possibilidade de contratação de terceiro para realizar atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa, podendo evoluir a produção de bens e serviços (Martins, 2007, p. 23).

Ocorre que, segundo estabelece nossa Constituição Federal, em seu art. 37, II, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Deste modo, para que surja um vínculo de emprego com a Administração Pública exige-se a aprovação prévia em concurso público. Neste aspecto, o § 2º do citado artigo esclarece que a não observância desta regra implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Tem-se, assim, que a regra estabelecida no Enunciado nº 331, I, do TST, no sentido de que a contratação irregular gera vínculo diretamente com o tomador dos serviços, não pode ser aplicada nos casos relacionados à contratação irregular de trabalhador pela Administração Pública, em razão de expressa disposição constitucional. Ademais, a aplicação de tal regra às hipóteses de contratações realizadas pela Administração Pública violaria todo o sistema sobre o qual o regime jurídico de direito público foi edificado, colocando as normas de direito do trabalho acima do regramento constitucional de direito público.

Neste aspecto, consoante assevera Martins (2007, p. 148) os princípios do direito do trabalho (e, em especial, o princípio da primazia da realidade) não podem prevalecer diante da regra de ordem pública contida no inciso II do art. 37 da CF.

Deste modo, foi criado um inciso específico, no sentido de que não haverá o surgimento de vínculo de emprego entre o trabalhador e qualquer órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, mesmo na hipótese de contratação ilegal. Com efeito, estabelece o item II da referida súmula: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”. Segundo Delgado (2013, p. 456), tal proibição decorre da especificidade da situação existente no âmbito da Administração Pública, por força da regra estabelecida no art. 37, II, da CF/1988. Assim, mesmo na hipótese de contratação irregular de trabalhador, por meio do instituto da terceirização, não haverá o surgimento de vínculo de emprego do trabalhador com a Administração Pública.

Acrescente-se, ainda, a orientação firmada por meio da Súmula nº 363 do TST, no sentido de que a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Deste modo, observa-se que, mesmo na hipótese de terceirização irregular, não haverá o surgimento de vínculo empregatício entre o trabalhador e o ente público. Neste sentido, é pacífica a jurisprudência:

I - RECURSOS DE REVISTA DOS RECLAMADOS - MATÉRIA COMUM - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATO NULO - “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”. Inteligência da Súmula nº 363 do TST. Recursos de revista conhecidos e providos. (Processo nº TST-RR-1284-77.2010.5.04.0027)

Neste aspecto, registre-se que, no julgamento do Processo nº TST-RR 20500-68.2009.5.04.0541, decidiu-se conforme preconizado pela referida Súmula nº 363 do TST, excluindo-se do valor devido pelo reclamado qualquer parcela de natureza trabalhista diferente da contraprestação pactuada e dos valores referentes ao depósito do FGTS.

Observe-se, ainda, que, segundo estabelece o art. 37, II, da Constituição da República, a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura em cargos e empregos públicos aplica-se não apenas aos entes da Administração Pública que ostentam personalidade jurídica de direito público, mas também àqueles que possuem personalidade jurídica de direito privado – tais como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado. Assim, em quaisquer dessas hipóteses, não será possível o reconhecimento de vínculo de emprego do empregador com a Administração Pública direta ou indireta, ainda que declarada a ilicitude da terceirização. Logo, a terceirização ilícita não tem o condão de produzir o efeito de reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública, em razão da vedação expressa do art. 37, II e § 2º. Contudo, tal circunstância dá ensejo à responsabilização subsidiária da tomadora de serviços pelas verbas inadimplidas pela prestadora de serviços. Sobre o tema, conforme os Processos nºs TST-ARR-727-10.2011.5.01.0037 e TST-ARR-170800-65.2008.5.04.0771.

4.3 DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O item IV da Súmula nº 331 do TST (em sua redação original) aplicava-se tanto às hipóteses de terceirização contratada por entes privados quanto por entes públicos, deixando claro que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações”.

Contudo, após o julgamento da ADC 16/DF, o TST acabou mudando o seu entendimento, limitando a aplicação do referido item às hipóteses em que a terceirização ocorreu no setor privado, criando um item específico para tratar da terceirização envolvendo os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta. Assim, segundo dispõe o item V da referida Súmula nº 331 do TST, tais entes respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da

Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Como se vê, a responsabilização do ente público tomador de serviços foi condicionada à sua omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço. Tal diferenciação deve-se, entre outros fatores, ao fato de que, no setor público, em regra, as obras, os serviços, as compras e as alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública no qual se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento e exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI, da CF).

Por fim, observe-se que o novo item V foi expresso no sentido de que “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Assim, conforme assevera Delgado (2013, p. 471), a responsabilidade subsidiária da Administração Pública só estaria presente na hipótese de comprovação de ocorrência de culpa *in vigilando*.

Neste sentido, encontram-se diversos julgados no sentido de que a inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, consoante dispõe o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de novembro de 2010 (no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF). Assim, foi acrescentado o item V à Súmula nº 331 do TST, no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Neste aspecto, registre-se que, no julgamento do Processo nº RR-0100300-58.2007.5.02.0061, concluiu-se no sentido de que, no referido feito, não ficara evidenciada a culpa *in vigilando* do órgão público contratante, de tal forma que a Corte Regional teria mantido a condenação subsidiária do ente público tomador dos serviços em razão do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora dos serviços, real empregadora. Assim, deu-se provimento ao recurso de revista da Administração Pública, de modo a afastar a sua responsabilidade subsidiária, nos exatos termos do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16/DF e do item V da Súmula nº 331 do TST.

Com relação ao tema em discussão na ADC 16/DF, observe-se que o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 é claro no sentido de que, nas hipóteses de licitação, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. O mesmo artigo, em seu § 1º, consoante relembra Gasparini (2012, p. 819), estabelece que 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, razão pela qual é possível encontrar-se inúmeros julgados no sentido de que, não caracterizada a conduta culposa da tomadora dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993 (haja vista a decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) não subsiste a condenação do recorrente como responsável subsidiário (cf. Processo nº RR-0005800-57.2008.5.02.0063). Assim, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST (com a redação aprovada pela Resolução nº 174/2011), a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

4.4 CULPA IN VIGILANDO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Conforme mencionado, a alteração nos itens do Enunciado nº 331 do TST ocorreu em razão da decisão preferida no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (ADC 16/DF) perante o STF, tendo-se considerado o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 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. Com o referido julgamento, o STF firmou o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, viável se torna a responsabilização do ente público pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria.

Desse modo, a alteração nos itens da Súmula nº 331 do TST teve como objetivo ajustar a jurisprudência daquele Tribunal à decisão do STF sobre o tema, o qual concluiu que apenas na hipótese da ocorrência de culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou, ainda, *in omittendo* restará configurada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado.

Com relação à responsabilidade estatal na hipótese de danos decorrentes de condutas omissivas, defende-se nesta tese que a mesma deve ser analisada sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Aliás, conforme já mencionado, a teoria da *faute du service* (também denominada de teoria da culpa anônima) atribui a responsabilidade ao ente estatal em razão de uma omissão por parte deste, sem que haja a necessidade de se comprovar uma atuação específica por parte do agente público. Fala-se, deste modo, em uma culpa anônima, uma vez que não é necessária a identificação de uma culpa individual para que surja a responsabilidade do Estado.

Assim, somente ficando comprovado que a ação negligente do Poder Público (ou de seus agentes) deu causa ao prejuízo experimentado pelo trabalhador será possível discutir-se acerca de eventual responsabilidade do Estado por danos decorrentes de condutas omissivas.

Assim, tem-se que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, a sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

Tal responsabilidade só estará presente se caracterizada a culpa *in vigilando*, lembrando que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, consoante entendimento sedimentado por meio do Enunciado nº 331 do TST.

A propósito, no julgamento do Processo nº RR-0083000-82.2007.5.02.0029, a 7ª Turma do TST entendeu que “a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas para a entidade pública”. Importante observar, ainda, que a Corte Suprema, ao julgar a referida ADC 16, concluiu que continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público quando constatada, no caso concreto, a violação do dever de licitar e de fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, fazendo menção ao disposto no item V da Súmula nº 331 do TST.

Tem-se, desta forma, que não é possível imputar-se responsabilidade objetiva ao ente público, devendo tal responsabilidade subsistir apenas na hipótese de restar provada, no caso concreto, a ocorrência de conduta culposa apta a possibilitar a responsabilização do ente público.

Cite-se, também, o Processo nº RR-0252600-43.2007.5.02.0016 da 7ª Turma do TST, sob a relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, no qual entendeu-se que, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, nos casos de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. Observe-se que, no caso em análise, segundo constou do acórdão, “o quadro fático delineado no acórdão regional não evidencia a culpa *in vigilando* do ente público”, razão pela qual o recurso por ele interposto foi provido.

Conclui-se, assim, que o TST tem firmado o entendimento no sentido de que a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas à entidade pública, conforme assevera o item V da Súmula nº 331 do TST.

Nesta mesma linha, cite-se o Processo nº RR-0001853-17.2010.5.02.0033, de relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing, no qual deu-se provimento ao recurso de revista da Administração Pública em razão da não configuração da sua responsabilidade subsidiária. Assim, segundo o entendimento da 7ª Turma do TST, tem-se que, para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva, no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas, a teor do disposto na Lei nº 8.666/1993. O mesmo acórdão ainda esclarece que tal entendimento foi esposado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, na decisão proferida no julgamento do ADC 16, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, asseverou que apenas quando houver constatação da culpa *in vigilando*, ou seja, da omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização do cumprimento dos encargos sociais, haverá a responsabilidade do ente contratante.

Assim, segundo concluíram os Ministros do TST, não tendo o Tribunal Regional identificado concretamente (mas, apenas, de forma genérica) que o recorrente foi omisso quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da prestadora de serviços, não há falar em responsabilidade subsidiária. Logo, tendo o STF, no julgamento da ADC 16, considerado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, de modo a permitir-se o afastamento da responsabilidade subsidiária a ele atribuída pelas obrigações trabalhistas

inadimplidas pela empresa contratada, conclui-se que o reconhecimento de tal responsabilidade afronta o disposto no referido dispositivo.

Do mesmo modo, observa-se que nos casos em que a Corte local não deixou expresso, com base nos fatos e provas dos autos, a quebra do dever de fiscalização que incumbe à Administração Pública, o ente público não pode ser responsabilizado subsidiariamente pela dívida trabalhista. Incide a Súmula nº 331, V, do TST (neste sentido, *vide*: Processo nº RR-0248800-60.2007.5.02.0063).

4.5 DA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO

Conforme constou do item V do Enunciado nº 331 do TST, tem-se que a responsabilidade subsidiária do ente público (nos mesmos moldes do item IV do Enunciado nº 331) será possível apenas quando evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Logo, para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei nº 8.666/1993, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas (Processo nº RR-0001853-17.2010.5.02.0033). Logo, caso não haja tal comprovação, o ente público estará eximido da referida responsabilidade e, em consequência, será excluído da lide por ilegitimidade de parte (neste aspecto, cf. Processo nº RR-0078000-33.2008.5.02.0008).

Ocorre que, não obstante as explicações apresentadas *supra*, e a clareza das decisões, dos acórdãos e das súmulas mencionados, ainda é possível encontrar-se diversos julgados nos quais a responsabilização do ente público tem ocorrido de forma objetiva. Tais decisões destacam o disposto no art. 37, § 6º, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Assim, com o objetivo de caracterizar o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes públicos e o prejuízo sofrido pelo empregado, e, conseqüentemente, permitir a responsabilização do ente público, vários argumentos costumam ser utilizados.

Um destes argumentos utilizados para a tentativa de caracterização da culpa *in vigilando* refere-se ao disposto no art. 58 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual o regime jurídico dos contratos administrativos instituídos pela referida lei confere à Administração uma série de prerrogativas em relação a tais contratos. Entre elas citam-se as seguintes: I - modificar tais contratos de forma unilateral, de modo a permitir a sua melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitadas os direitos do contratado; II - rescindir tais contratos, também de forma unilateral, nos casos previstos em lei²; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente (nos casos de serviços essenciais) bens, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Como base no supradescrito, entende-se que, estando a fiscalização do contrato administrativo inserida como uma prerrogativa do ente público, deve ele ser responsabilizado na hipótese de falta em tal fiscalização. Tal pensamento é corroborado pelo disposto no art. 67 da mesma Lei nº 8.666/1993, segundo o qual a execução do contrato administrativo deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública especialmente designado. Permite-se, ainda, nesta hipótese, a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a tal atribuição. Importante destacar que, segundo o § 1º do referido artigo, o representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato,

² São eles: não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; lentidão do cumprimento do contrato, que torne impossível a conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; cometimento reiterado de faltas na execução do contrato; decretação de falência ou instauração de insolvência civil da empresa; dissolução da sociedade ou falecimento do contratado; alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; e ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

determinando o que for necessário à regularização das faltas ou dos defeitos observados.

Contudo, esta e outras decisões neste sentido pecam por não esclarecerem qual a conduta efetivamente praticada pela Administração Pública ou por seus agentes, apta a caracterizar a ocorrência de falha na fiscalização ou na regularização de eventuais faltas ou defeitos observados.

No julgamento do Processo nº TST-RR-261000-86.2009.5.02.0077, o Relator mencionou que o legislador infraconstitucional conferiu à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução dos contratos administrativos resultantes de certame licitatório. Deste modo, na condição de tomadora de serviços, cabe à Administração Pública fiscalizar, de forma atenta e permanente, o desempenho da empresa contratante.

Ocorre que, em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, dotada de eficácia vinculante, tem-se que não se mostra juridicamente possível se reconhecer a responsabilidade objetiva do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviços, em razão do inadimplemento da empresa contratada, ante a inexistência de ato do agente público a causar prejuízo a terceiros.

Deste modo, sempre que um órgão da Justiça do Trabalho concluir pela responsabilização da Administração Pública, de forma subsidiária, sem que, entretanto, tenha-se demonstrado qual a conduta apta a configura a ocorrência de culpa *in vigilando*, a sua revisão é medida que se impõe.

Nesta linha, vejam-se os Processos nºs RR-0000397-71.2011.5.15.0118, RR-0130100-76.2009.5.02.0089 e RR-0083000-82.2007.5.02.0029, nos quais concluiu-se que, ao reconhecer a responsabilidade objetiva da Administração Pública, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o Tribunal Regional de origem dissentiu da orientação emanada da Suprema Corte, razão pela qual – nos casos supramencionados – os recursos de revista do ente público foram conhecidos e providos, de modo a afastar a responsabilidade do ente público.

Assim, diante do apresentado *supra*, tem-se que eventual condenação subsidiária da Fazenda Pública fundamentada apenas na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela tomadora de serviço ou na responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Carta Magna ofende o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o qual foi declarado constitucional no julgamento da ADC 16. Contudo, o STF não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho responsabilizar o sujeito

público tomador de serviços quando constatada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* (Processo nº RR-0000403-34.2011.5.15.0068).

Nesta linha, observe-se que a OJ 191 do TST, a qual preceitua que, diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Assim, com base nesse entendimento, concluiu-se que não há como ser imputada à Administração Pública nenhuma responsabilidade (seja solidária ou subsidiária), quando, no caso concreto, o dono da obra não for uma empresa construtora ou incorporadora, ou o contrato de empreitada tratar-se de construção civil (cf. Processo nº RR-0159700-31.2009.5.15.0009).

Deste modo, conclui-se que, para que haja a possibilidade de responsabilização do ente público, é imprescindível que haja prova efetiva acerca da ocorrência da citada culpa *in vigilando*, sob pena de atribuir-se ao ente público responsabilidade de forma objetiva, o que contraria o entendimento consolidado por meio do item V do Enunciado nº 331 do TST. Repita-se: a responsabilidade do ente público nas hipóteses de terceirização não é objetiva, devendo ficar configurada a ocorrência de culpa. Nesta linha surge uma outra questão: A quem cabe o ônus da prova em relação à ocorrência de culpa?

4.6 DO ÔNUS DA PROVA

A regra de julgamento fundada no ônus da prova traduz-se em um importante instrumento para que a jurisdição cumpra a sua função de declarar o direito no caso concreto e eliminar os conflitos intersubjetivos, contribuindo para a pacificação social (Pacífico, 2000, p. 170).

Assim, a discussão acerca da responsabilidade pelo ônus da prova ganha relevância em razão das consequências jurídicas dela advindas.

No julgamento da ADC 16, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o STF acolheu a tese da inviabilidade da aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços firmado na forma da Lei nº 8.666/1993. Por outro lado, também resultou destacado que aludido dispositivo não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público, ainda que configurada a citada culpa *in vigilando*. E, para sua caracterização,

deverão ser levadas em conta as peculiaridades fáticas do caso concreto, além de normas, regras e princípios do ordenamento jurídico.

No julgamento do Processo nº TST-RR-181-04.2011.5.02.0044, o Relator entendeu que, na hipótese dos autos, depreende-se das premissas fáticas consignadas na r. sentença, as quais não foram alteradas pelo Tribunal Regional, que há registro expresso quanto à existência de culpa da segunda reclamada – Fazenda Pública do Estado de São Paulo –, o que, por si só, é suficiente a ensejar a sua responsabilidade subsidiária. Assim, por unanimidade, conheceu-se do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 331, IV e V, e, no mérito, foi-lhe dado provimento para restabelecer a r. sentença quanto à condenação da segunda reclamada – Fazenda Pública do Estado de São Paulo –, de forma subsidiária, pelos créditos trabalhistas deferidos à autora.

Observe-se que, embora a questão acerca da necessidade de demonstração da ocorrência de culpa por parte da Administração seja aceita pela maioria da doutrina e jurisprudência, ainda existe discussão acerca da parte sobre a qual recairá tal ônus. Ademais, observe-se que, no julgamento da ADC 16, o STF não examinou, tampouco definiu, de quem seria o ônus da prova quanto à demonstração da conduta culposa da Administração.

Segundo estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, há hipóteses nas quais tal ônus pode sofrer alterações. Neste aspecto, Lopes (2002, p. 44) entende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer nas hipóteses em que as peculiaridades do fato (relacionadas à normalidade, probabilidade e verossimilhança) façam presumir a culpa do réu; caberá a este provar a não ocorrência de culpa, de modo a ilidir a presunção em favor da vítima.

No julgamento do citado Processo nº TST-RR-181-04.2011.5.02.0044, destacou-se que a discussão tem como tema central a existência de fiscalização do ente público (e não sobre a suficiência, legitimidade ou validade dessa fiscalização). Nesse caso, apenas a Administração Pública tem condições de provar a ausência de fato constitutivo do direito do reclamante, ou seja, somente ela dispõe de meios para demonstrar que fiscalizou efetivamente a empresa contratada.

A referida decisão ainda mencionou que não se pode olvidar que o empregado é parte hipossuficiente da relação jurídica de trabalho e, assim,

desprovida de condições de realizar determinadas provas, a exemplo da demonstração de eventual ausência de fiscalização por parte do ente público nos contratos de prestação de serviços, fato negativo praticamente impossível de comprovação pelo trabalhador. Deste modo, o ônus da prova, neste aspecto, recairia sobre o ente público tomador do serviço. Os defensores deste entendimento também utilizam como justificativa o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro admite, em determinadas circunstâncias, que seja aplicada em favor do hipossuficiente da relação jurídica a inversão do ônus da prova. Nessa trilha, fazem uma analogia com o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o qual elenca entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Interessante observar que a supracitada norma, embora discipline relações de natureza civil, demonstra a intenção do legislador de estabelecer proteção ao hipossuficiente na defesa do seu direito. Firmadas as proposições até aqui delineadas, conclui-se que há responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando caracterizada a sua omissão culposa em função de descumprimento de normas de observância obrigatória, sendo seu o ônus de demonstrar o cumprimento da lei.

No mesmo sentido, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho entendeu competir à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização. Tal decisão foi baseada no fato de que: a) a existência e fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; b) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993); e c) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tem acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova (cf. Processo nº RR-214140-57.2007.5.12.0032).

Mas também é possível citar-se acórdãos em outro sentido. Neste aspecto, observe-se que a 3ª Turma do TST concluiu que o item V da Súmula nº 331 do TST assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa *in vigilando*. Assim, não sendo possível verificar a conduta culposa do ente público (uma vez que não houve comprovação da ausência de fiscalização do contrato de prestação dos serviços, não sendo apontados elementos concretos que identificariam a omissão fiscalizadora do contratante),

a improcedência do pedido de responsabilização subsidiária é medida que se impõe (cf. Processo nº AIRR-0000949-66.2011.5.02.0031).

Registre-se, ainda, que tal inversão só será possível nas hipóteses de verossimilhança e normalidade das alegações do réu, o que, salvo melhor juízo, não existe nas hipóteses de responsabilidade subsidiária. Assim, não é possível presumir-se que normalmente ou cotidianamente a Administração Pública celebra contratos administrativos com empresas inidôneas e que houve falha na fiscalização por parte do ente público. Tal culpa deve ser prova e tal ônus incumbe ao autor.

Como muito bem salienta Lopes (2002, p. 50), a lei não impõe a inversão do ônus da prova nestas hipóteses, mas, sim, deixa a critério do juiz analisar cada caso e ver se a alegação é verossímil ou se há hipossuficiência e se a inversão deverá ser aplicada naquele caso.

CONCLUSÕES

A terceirização é um instituto que, muito embora ainda não tenha sido regulamentada de forma detalhada pela legislação brasileira, vem crescendo e se ampliando no mercado de trabalho e no universo econômico, em razão de vários fatores.

Um dos argumentos em defesa da terceirização refere-se à possibilidade de maior especialização do trabalho desempenhado, permitindo o aumento da qualidade e a melhor administração do tempo da empresa tomadora do serviço. Sob outra ótica também não se pode negar que a terceirização – em regra – diminui os custos operacionais do tomador de serviços, o que também incentiva a utilização de tal instituto, não obstante as críticas realizadas em relação ao enfraquecimento da proteção dos direitos trabalhistas.

A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, não obstante trate-se de uma prática frequente e legalmente autorizada, tem sido objeto de diversas discussões jurídicas. Neste aspecto, a responsabilização subsidiária da Administração Pública, em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do tomador de serviço, constituiu-se como um dos temas mais debatido no âmbito dos Tribunais Superiores.

Isso porque – no fundo – tanto o ente público tomador do serviço quanto o trabalhador acabam sendo vítimas na hipótese em que o prestador de serviços deixa de honrar os compromissos firmados.

Com relação à Administração Pública, tem-se que, em razão dos poderes e das prerrogativas a ela conferidos, bem como em razão dos princípios que lhe são inerentes e do regime de direito público ao qual a mesma encontra-se submetida, a sua responsabilização civil não pode ocorrer da mesma forma que ocorre na hipótese de o tomador do serviço ser um ente privado. Por esta razão, o Poder Judiciário tem tratado o instituto da terceirização de forma diversa, a depender do regime jurídico ao qual o tomador dos serviços esteja submetido.

No âmbito privado, tem-se que, uma vez configurada situação de terceirização ilícita, há de reconhecer-se vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, uma vez que a ela incumbe o dever de zelar pela escolha de empresa idônea como prestadora de serviço. Ademais, a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais, razão pela qual a terceirização de atividades-fim da empresa tem sido considerada uma prática ilícita, gerando responsabilidades para o tomador do serviço, no âmbito privado.

No âmbito da Administração Pública, por força da regra estabelecida no art. 37, II, da CF/1988, tem-se que a contratação irregular de trabalhador pela Administração Pública, sem que haja a prévia aprovação em concurso público, não cria vínculo empregatício, gerando - apenas - direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas.

No caso da terceirização, firmou-se o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando este for entidade de direito privado.

Quando o tomador do serviço for pessoa jurídica integrante da Administração Pública direta e indireta, tem-se que a responsabilização subsidiária do ente público só ocorrerá caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Tal responsabilidade encontra-se atrelada à ocorrência de culpa *in vigilando* do órgão público, a qual, entretanto, deve ficar demonstrada nos autos.

Assim, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, deverá este responsabilizar-se subsidiariamente pelos

encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, agiu ele de forma imprudente, negligente e imperita.

Por esta razão, tem-se que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

Tal responsabilidade só estará presente se caracterizada a culpa *in vigilando*, lembrando que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, consoante entendimento sedimentado por meio do Enunciado nº 331 do TST.

Para nós, em razão da alteração na jurisprudência dominante, tem-se que, não havendo prova inequívoca acerca de culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, não há que se falar em responsabilidade subsidiária. Contudo, uma vez configurada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, esta abrangerá todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Função ambiental*. Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANÇA, Vladimir Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jun. 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIRIA, Jerônimo Souto; SARATT, Newton. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo: Gente, 1995.

LOPES, Joao batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertórios de conceitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, v. I, 2000. p. 500.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. *Reclamação Constitucional nº 7.517 e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2011.