

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

Jaime Fiomaro dos Santos Neto

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA:** estudo da modalidade de responsabilidade civil subsidiária.

PARANAÍBA/MS

2016

Jaime Fiomaro dos Santos Neto

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: estudo da modalidade de responsabilidade civil subsidiária.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino, sob orientação do Professor Dr. Isael José Santana

PARANAÍBA/MS

2016

S236t Santos Neto, Jaime Fiomaro dos
Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da
modalidade de responsabilidade civil subsidiária/ Jaime Fiomaro dos Santos
Neto. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.
59f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de
Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Administração Pública. 2. Responsabilidade Civil. I. Santos Neto,
Jaime Fiomaro dos. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul,
Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 346.03

Jaime Fiomaro Dos Santos Neto

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: estudo da modalidade de responsabilidade civil subsidiária.**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em:/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Isael José Santana (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dr. Robson Cardoso de Carvalho
Pós-graduado em Direito Tributário e Membro da Ordem dos Advogados do Brasil

A meus pais Sérgio e Luciana, por todo o amor e dedicação, bem como por serem meu porto seguro. À minha irmã Amanda, melhor amiga e companheira dessa e de outras vidas. A meus avós paternos Jaime e Maria, e maternos Otayde e Sônia, por serem referência de garra, luta, honestidade e superação. Jamais imaginaria uma existência divorciada das suas, por isso vos dedico a vitória desta batalha.

AGRADECIMENTOS

Embora muitos digam ser clichê agradecer a Deus, seria no mínimo ingratidão se não o fizesse, visto que sem Ele nada que conhecemos seria possível. Ele sabe o que cada um de nós necessita nessa caminhada rumo à evolução, bem como meu caminho e das pessoas maravilhosas que conheci nesta jornada junto a UEMS se cruzaram. Agradeço Pai, por todas as experiências que me proporcionaste, assim como, aos guias espirituais, que sempre se fizeram presentes, com boas vibrações, intuições e zelando por nós, em especial meu bisavô João.

Meus pais, Sérgio e Luciana, pelo amor maior que de vocês recebo, espero um dia poder retribuir ao menos parte dessa imensidão. Sei quantos momentos difíceis passamos juntos, e por pior que fosse a situação, jamais nossa base estremeceu. Se hoje estou cumprindo esta etapa de vida, devo a isso vocês, pois são os únicos responsáveis por esta realidade, sei que minha alegria é vossa alegria, e quero poder fazê-los ainda mais felizes por todas as existências que ainda teremos. Vocês são tudo pra mim, meus heróis, meus amores, minha referência e minha felicidade, obrigado por me darem a oportunidade de ser filho de vocês nesta vida. Pai, mãe, amo vocês!

Minha irmã Amanda, outra responsável por esse momento, sempre me apoiando, comprando minhas brigas, me defendendo, meu eterno amor, agradeço todos os dias, por ter nascido nesta família linda, ainda mais tendo você como irmã. Toda felicidade do mundo para você será pouco, sempre pude contar com suas confidências, assim como pôde contar comigo. Te amo sua branquela azeda chata que nunca vi desse tanto.

Meu avô Jaime, de quem carrego o nome, gostaria de trazer outras tantas qualidades, em especial o caráter e vocação para o trabalho, espero um dia ser metade do homem que é, e jamais irei me esquecer das aulas de direção no meio das roças de algodão quando criança. Minha avó Maria, mulher que tem um coração imensurável, minha admiração pela sua fé e bondade em seu coração me alimenta a esperança no ser humano. Meu avô Otayde, um homem que também almejo ser ao menos metade do que é, sempre com seu jeito sereno de ser, apaziguando as piores situações, um excelente profissional, homem admirado por todos, além de ser aquele que ensinou a gostar de uma pescaria. Minha avó Sônia, mulher batalhadora, de uma garra surpreendente, tenho muito ainda a aprender com sua experiência. A meus avós, meu sincero agradecimento, vez que sempre me apoiaram nesta jornada, espero orgulha-los sempre, amo vocês.

Agradeço minhas tias Juçara, Giovana e Lívia, e aos tios Júnior, Alessandro e Carlos (o Nino), inicialmente por me apoiarem quanto a escolha de sair de minha zona de conforto, bem como por sempre comprar aquela rifa safada. Na verdade, sou grato mesmo por me presentarem com pedaços de mim, Mariana e Lorena, e meu mascote Miguel, que chegou a menos de um ano, meus amores incondicionais. Agradeço também a meu primo/irmão/amigo João Marcos, sempre meu companheiro, só não estivemos juntos por trinta dias, já que ele se apressou em nascer.

Agradeço a meus amigos dessa jornada. Bruno Freitas (vulgo Neguim), meu primeiro amigo em Paranaíba, meu irmão, parceiro de todas as horas, toda felicidade do mundo para você meu grande amigo. Lucas Tizzo (o popular Lucão Margura), meu irmão, sempre ponta firme, nunca arregrando para nada, companheiro da catuaba até o whisky, de tantas idas e vindas para Paranaíba, sempre juntos, fazendo o caminho parecer mais curto. Obrigado a vocês por se perpetuarem em minha vida.

Agradeço ao amigo Cassiano, sempre alegre, em qualquer situação, companheiro de verdade, sempre leal, sou muito grato por tê-lo como amigo, apesar de corintiano. Agradeço ao Henrique César de mesmo modo, sempre presente nas alegrias e adversidades. Obrigado por tudo.

Monique, por todos os momentos de incentivo, companheirismo, me enchendo sempre de ânimo e confiança e, especialmente, por nossas vidas terem se unido recentemente. Espero um futuro cheio de felicidades e alegrias.

Agradeço à Maria Eduarda, chata como sempre todas as manhãs, mas minha amiga de todas as horas, sempre firme. Sou grato aos amigos Vicente, sempre fiel às amizades e por todos os momentos que tivemos, assim como Márcio Rogério. Obrigado. Agradeço ainda as amigas Raiane, Isadora, Joanine e Regiane, por todos os momentos que pegaram em meu pé e me ajudaram nessa jornada.

Emílio, sempre firme ao meu lado, especialmente neste ano de 2016, um fazendo companhia ao outro, muito obrigado por tudo meu irmão. Carlos Vinícius, sempre um grande irmão, fazendo o papel de mais velho sempre, me chamando a atenção. Aos demais integrantes da nossa turma que segue a filosofia de vida “*no limits*”, Will, Domingos, Marcos Gabriel, Romulo, saudades de vocês garotinhos, a distância não apaga o que construímos.

Não poderia deixar de agradecer meu irmão Igor, que sempre se fizera presente em minha vida, assim como os demais amigos de Fernandópolis.

Agradeço aos professores, que para mim são, além disso, se tornaram grandes amigos, em especial Isael e Maria Silvia, sempre por me acolher em sua casa, sempre com uma

palavra amiga, muito obrigado por fazerem parte de minha vida. Professora Rilker e Celso, também sempre atenciosos e amigos, obrigado. Agradeço ainda aos professores Christiano, Dabel, Denise, Léia, Juliano e Robertinho, além de ótimas lições em sala, são pessoas maravilhosas, dedicadas, exemplos de profissionais e pessoas. Muito obrigado por tudo.

Não poderia deixar de agradecer ao Tiago e a Flávia, por me fazerem sentir parte de sua família maravilhosa.

Dr. Robson e Luana, pessoas maravilhosas com quem tive o prazer de conviver diariamente por dois anos, muito obrigado por tudo que vocês representaram em minha vida, sou eternamente grato a vocês, desejo muitas alegrias e suas vidas. Não posso deixar de mencionar ainda o pessoal do fórum, que também foram quase dois anos de experiências, Lucinda e Shirley, assim como ao Dr. Cássio, pessoas com quem tive a oportunidade de trabalhar e conviver, bem como entender que atrás de um juiz ou servidor público, há sempre uma vida, pessoas maravilhosas que também se perpetuaram em minha vida.

Não poderia deixar de fora, as meninas da cozinha, tanto do fórum quanto da UEMS, Susy e Helena, e a tia Rô, sempre liberando aquele cafezinho, assim como a Cíntia na OAB fornecendo aquela passatempo no lanche da tarde. Gostaria de agradecer a todos os funcionários da UEMS, Sandra, Sheila, Michel e Ivanilda, e também a Renata e Andressa do xérox.

Creio que excedi nas palavras, porém, são pessoas a quem não poderia deixar de mencionar, já que são parte da minha vida.

Para finalizar, agradeço à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, pela oportunidade que me proporcionou, espero contribuir, como profissional, para seu crescimento.

Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo.

Rui Barbosa

RESUMO

Em meados do século XX, em virtude da realidade econômica que envolvia o globo, houve o advento de novos modelos de produção, dentre os quais se destacam o fordismo, taylorismo e o toytismo, que instituíram relevantes mudanças na dinâmica econômica e social de praticamente todo o ocidente. Dentre tais inovações, houve a adoção da estratégia da terceirização, cujo seu objetivo era, vincular as forças materiais e intelectuais da empresa apenas para a desenvolvimento e aperfeiçoamento de seu objeto principal, transferindo as atividades acessórias a tais atividades a outras empresas, visando diminuir os gastos finais do produto a ser incluído no mercado. Tal prática foi contemplada com o avanço do neoliberalismo no decorrer da década de 60. No Brasil, a Administração Pública passou a utilizar-se da terceirização de atividades acessórias a partir da edição do Decreto-Lei nº 200/67, que fora editado com o intuito de organizar a Administração Pública Federal e, tinha como um de seus nortes, evitar o crescimento exacerbado da máquina pública. Com o avanço das relações jurídicas, bem como o advento da nova ordem constitucional em 1988, o Estado passou a delegar o desempenho de serviços públicos a entidades privadas, as denominadas concessionárias, bem como terceirizar mão de obra para o desempenho de atividades meio. No desempenho dessas atividades, danos são causados a terceiros e, costumeiramente tais empresas são incapazes patrimonialmente de repará-los. O mesmo ocorre quando as prestadoras não quitam verbas trabalhistas devidas a quem cede força de trabalho prola Administração Pública. O presente trabalho tem por objetivo explanar a respeito das hipóteses em que há a imputação da responsabilidade civil em sua modalidade subsidiária ao Estado, decorrente desses contratos de terceirização e concessão de serviço público. O procedimento metodológico consistiu-se em pesquisa bibliográfica. Em razão de, atualmente inexistir na ordem jurídica pátria legislação específica quanto ao tema, houve por parte do Tribunal Superior do Trabalho, a edição da súmula 331, que versa acerca da responsabilidade subsidiária face a terceirização trabalhista, bem como a influência do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória nº 16, que teve como objeto o art. 71 da Lei nº 8.666/93, no sentido de que para caracterizar-se a responsabilidade subsidiária do Estado quanto às verbas oriundas do contrato de terceirização, há de comprovar que este incorreu em culpa *in vigilando* durante a fiscalização do contrato. Insere-se ainda, a título de complementação, as possíveis inovações que o Projeto de Lei nº 4334/04 pode inaugurar em nosso ordenamento jurídico a respeito da terceirização. Pode-se concluir que, para a imputação de responsabilidade subsidiária ao Estado, necessita-se da comprovação de que, na fiscalização dos contratos de terceirização, tenha incorrido em culpa *in vigilando*

Palavras-chave: Terceirização. Licitação. Administração Pública. Serviço Público. Responsabilidade Civil Subsidiária.

ABSTRACT

In mid 21st century, due to global economic situation, there was the advent of new production models, among which Fordism, Taylorism and Toyotism stand out; those established relevant changes in economic and social dynamics in virtually all Western world. Among such innovations, there was the adoption of outsourcing strategy, which goal was to link material and intellectual forces of the company for the development and improvement of its main goal, transferring supplementary activities of such activities to other companies, with the aim of diminishing final expenses of the product to be inserted into the market. Such practice was considered with neo-liberalism growth during the 60s. In Brazil, Public Administration started outsourcing supplementary activities after the editing of Decreto-Lei no 200/67, which was issued with the goal of organizing Federal Public Administration and, with the objective of avoiding heightened growth of the public machine. With the advance of juridical relations, as well as the advent of new constitutional order in 1988, the Government started delegating the performance of public services to private institutions, the name concessionaires, as well as outsourcing manpower to the development of means activities. In exercising such activities, damage are caused to third parties and, commonly such companies are unable to repair them. The same goes when service providers don't pay off working funds which are owed to workers who prived their strength to Public Administration. The present study aims to explain the hypotheses in which there is imputation of civil responsibility in its subsidiary mode to the Government, due to such outsourcing contracts and concession of public service. The methodological procedure happened in bibliographic research. Because nowadays there is no specific legislation in original legal order, High Labor Court, edited summary statement 331, which tells about subsidiary responsibility facing working outsourcing, and the influence of Supreme Court comprehension in trial of Declaratory Action number 16, which featured article 71 of Law number 8.666/93, to characterize subsidiary responsibility of Government as for funds from outsourcing contract, it is necessary to prove blame *in vigilando* during contract inspection. There is still a title of complementation, possible innovations the Law Project no 4334/04 may start in our juridical framing about outsourcing. We may conclude that for the imputation of subsidiary responsibility to the Government, we need proof that in inspection of contracts of outsourcing, there is blame *in viligando*.

Keywords: Outsourcing, bidding, Public Administration, Public Service, Civil Subsidiary Responsibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	13
1.10 trabalho na Idade Antiga	13
1.1.1 O trabalho na Idade Média e Idade Moderna.....	15
1.1.2 A Revolução Industrial	16
1.2 Avanço Histórico da Terceirização.....	19
1.3 Da Responsabilidade Civil.....	21
1.3.1 Conceito de Responsabilidade Civil	21
1.3.2 Avanço Histórico	22
1.3.3 Fases da Responsabilidade Civil do Estado	26
1.3.4 Da Criação da Consolidação das Leis do Trabalho	28
1.3.5 Do Direito do Trabalho na Constituição Federal de 1988	30
2. DO SERVIÇO PÚBLICO	33
2.1 Do Conceito de Serviço Público.....	33
2.1.1 Da Titularidade do Serviço Público	35
2.1.2 Da Concessão e Permissão do Serviço Público	37
2.2 Da Terceirização pela Administração Pública.....	39
2.2.1 Das Concessionárias de Serviço Público	42
2.2.2 Da Atividade-meio e Atividade-fim	43
2.2.3 Da Terceirização Lícita e Ilícita.....	46
2.3 Do Projeto de Lei nº 4.330/04	50
2.3.1 A Questão das Cooperativas de Empregados	51
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	54
3.1 Do Acolhimento da Teoria do Risco Administrativo pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.....	55
3.2 Da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços Público	56
3.3 Da Responsabilidade Estatal nos Casos de Concessão e Terceirização	59
3.4 Da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública.....	60
3.5 Aspectos Processuais da Responsabilidade Subsidiária	68
3.6 Da Responsabilidade Civil do Estado no PL 4330/04.....	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende suscitar em torno da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, direta ou indireta, face a terceirização de serviços, tanto em suas atividades-meio quanto em atividades-fim. Devido à falta de legislação específica em torno do tema, o Tribunal Superior do Trabalho, após forte análise de seus precedentes, editou a Súmula 331, que, especialmente em seus itens IV e V, versa quanto a responsabilidade do Estado nos referidos contratos, quanto as verbas trabalhistas, previdenciárias, tributárias, bem como quaisquer danos ocasionados a terceiros, pelos agentes da prestadora de serviços.

Não obstante, necessário versar ainda sobre as alterações promovidas no referido entendimento jurisprudencial do TST em razão do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, que teve como objeto de análise o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Pretende-se abordar um conceito histórico da terceirização, bem como os aspectos motivacionais da adoção de tal estratégia estrutural pela Administração Pública. Não se objetiva aqui estabelecer um posicionamento favorável ou contrário à terceirização de serviços pelo Estado ou pela iniciativa privada, mas sim versar quanto à transmissão a quota de responsabilidade atribuída à Administração Pública por contratar serviços a seu favor, sem a elaboração de concursos públicos.

O presente trabalho pretende discorrer quanto à ampla construção jurisprudencial dos tribunais superiores de nosso país, em especial do TST e do STF, em razão do vácuo legislativo a respeito da temática aqui explanada, que culminou na necessidade do Poder Judiciário dirimir tal questão, a fim de, solucionar eventuais controvérsias quanto à modalidade de responsabilidade civil seria atribuída ao Estado em face a relações jurídicas de tais naturezas.

Na hipótese do funcionário de uma empresa prestadora de serviços à Administração Pública, no desempenho de suas funções em favor daquela, incorre em dano, que, por conseguinte, causa prejuízo a determinada coletividade, prejuízo este que ultrapassa o aparato patrimonial da empresa contratada. Em tais situações como a narrada, a eventual imposição pelo Poder Judiciário, do dever de reparação às referidas vítimas ficariam restritas ao valor suportável pela empresa? As vítimas não teriam suas lesões reparadas?

Na mesma linha, caso uma empresa terceirizada pela Administração para o desempenho de determinada atividade, não arque com as devidas verbas trabalhistas aos que prestam sua força laboral em favor do Estado, a quem cabe o ônus de arcar com tais verbas?

Justamente neste liame que emerge a necessidade de atribuir ao Estado, de modo complementar, responsabilidade civil, já que, o dano causado pelo particular, se deu pelo fato de agir em nome do Poder Público. Mas qual seria a modalidade de responsabilidade a se imputar ao Estado?

As formas de responsabilidade, a saber: objetiva, subjetiva, direta ou subsidiária, e ainda se em razão de ação ou omissão que determinaria segundo correntes a responsabilidade poder-se-ia dar de forma diversa, subsidiária por omissão, neste caso como aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva se houve aplicação da teoria objetiva na origem do processo. Neste sentido a ação regressiva pautar-se-ia pela busca da reposição do erário, mas considerar-se-á a sua omissão como forma de razoabilidade ou de forma diversa, considerar-se-á o valor de forma total? Como responsável, de forma subsidiária, a reparar tais prejuízos, vez que ele como tomador dos serviços que acarretaram tal dano.

Deste modo, busca-se desenvolver um raciocínio quanto à necessidade da inserção da Administração Pública frente aos prejuízos decorrentes de empresas terceirizadas no exercício da prestação de serviços à Administração, vez que, costumeiramente, muitas empresas restam insolventes quanto aos créditos oriundos do contrato celebrado com a Administração face a terceiros e, por consequência não possuem aparato patrimonial suficiente a satisfazer os prejuízos e danos provenientes de tais atividades, ocasião na qual, se transferindo, ao Estado a obrigação de reparar tais danos.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho foi pesquisa bibliográfica.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

1.1 O trabalho na Idade Antiga

No cerne da civilização humana, desde o momento em que o homem passou a viver em grupos sociais, as chamadas tribos, houve uma drástica modificação no molde de subsistência até então praticado, vez que, o homem deixou de ser nômade coletor e caçador, passando a viver de modo sedentário, praticando atividades como agricultura e domesticação de animais, que o fez por suas forças e tecnologias até então desenvolvidas. Nasce então a noção de trabalho que é caracterizado pela transformação da natureza em prol da pessoa humana.

Conforme classifica a doutrina, o conceito de trabalho é oriundo do latim *tripaliare*, que seria utilizar o *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura composto de três paus (BARROS, 2016, p.45). É pelo esforço que se produz, e se consome, sendo assim o trabalho um tipo de tortura permanente.

A conceituação de Plácido e Silva (1996, p. 392) para trabalho:

[...] entender-se-á todo esforço físico ou, ou mesmo intelectual na intenção de fazer ou realizar ou fazer qualquer coisa [...] é toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas com um fim econômico, isto é, para produzir uma riqueza, ou uma utilidade [...]

Partindo do pressuposto do trabalho como uma atividade penosa, que, exigia um grande esforço físico, devido à tecnologia primitiva até então disponível. Passou-se a utilizar a força de trabalho dos sobreviventes dos combates havidos entre tribos, inaugurando a ideia de exploração dessa mão-de-obra, que fora denominada escravidão.

Na Antiguidade Clássica, o trabalho era equiparado a uma coisa, um instrumento, razão pela qual a escravidão tornou-se possível em virtude da ausência significativa de realização pessoal. Nesse sentido, pelo fato do trabalho ser realizado pelo escravo, que era reduzido a tal condição em razão de ser filho de mãe escrava, prisioneiro de guerra, por dívidas, por deserção do exército dentre outras circunstâncias, o mesmo era considerado, analogamente, a coisa.

Não obstante, em sua lição, Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 41), conceitua que a escravidão “fez do trabalhador simplesmente uma coisa, sem possibilidade se quer de se equiparar a um sujeito de direito”. Poderia, numa hipotética alusão, classificar o escravo, à época, a um semovente, por ser passível de propriedade.

Na sociedade grega, por exemplo, pensadores como Aristóteles e Platão, defendiam que para que o cidadão adquirisse cultura e participasse da vida política da polis, o mesmo deveria ser livre e ocioso, já que tais relações se davam por meio das palavras, o que tornou ainda mais necessária a manutenção da escravidão. Denota-se, por conseguinte, a necessidade da exploração de mão-de-obra escrava como meio a possibilitar o bem comum da polis, vez que o desenvolvimento da vida política da mesma dependia dos homens livres, porém, havia a necessidade inerente de supri-la economicamente, o que só era possível através do trabalho escravo.

Neste liame, assim como na Grécia, em Roma o trabalho era tido como atividade penosa, pejorativa, desonrosa, que apenas poderia ser realizado pelos escravos, visto que os mesmos eram parte integrante da propriedade de seus senhores, assim como era os animais e demais bens materiais.

Em Roma, por volta dos séculos VII e VI a.C., em meio à dinamização das relações sociais, assim como ao aumento quantitativo da população, os senhores de escravos se viram na necessidade de, a grosso modo se pode classificar, “arrendar” escravos de outros senhores para que, conseguissem atender a demanda produtiva, que a doutrina classifica como *locatio conductio*.

Justo lembrar que, o escravo era sinônimo de coisa, portanto, ao momento que um senhor, cedia a outro, mediante pagamento, a força de trabalho de seus escravos, seria uma analogia, nos tempos contemporâneos, à locação maquinário essencial à conclusão de uma obra.

Necessário ressaltar que, tal fenômeno alcançou também homens livres de baixo poder aquisitivo, que se submetiam às mesmas condições de trabalho que os escravos, locando suas energias, só que, mediante contraprestação pecuniária.

Haviam, portanto, três espécies de *locatio conductio*, a *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* e a *locatio conductio operis*. Nos ensinamentos de Sergio Pinto Martins (2011. p. 4) “[...] (a) *locatio conductio rei*, que era o arrendamento de uma coisa; (b) *locatio conductio operarum*, em que eram locados serviços mediante pagamento; (c) *locatio conductio operis*, que era a entrega de uma obra ou resultado mediante pagamento (empreitada)”.

Neste contexto, afirmações indicam que, a *locatio conductio operarum* tenha sido o preâmbulo do surgimento da relação de emprego atualmente, estudada pelo Direito do Trabalho.

1.1.1 O trabalho na Idade Média e Idade Moderna

Com o declínio do Império Romano, por volta do século V d.C., houve, em um primeiro momento, a ascensão do regime agrário feudal, incentivado pela ausência de governos fortes e centralizados, onde os senhores proprietários de grandes glebas de terra, forneciam aos indivíduos de baixo poder aquisitivo proteção militar, desde que os mesmos contribuíssem com sua força de trabalho, fazendo eclodir o sistema da servidão.

Em tal modelo econômico, o servo possuía natureza de pessoa, não mais de coisa. O servo fixava sua morada nos limites das terras do senhor feudal, o qual lhe concedia proteção às ameaças externas, e, possuía o direito de usufruir de pequenas glebas de terra para produzir gêneros agrícolas destinados à sua subsistência, tendo em vista a ausência de comércio externo.

Em contraprestação à proteção e concessão de terras para que os servos produzissem, os senhores feudais cobravam espécies de impostos, quais eram, parte da produção obtida pelo vassalo era destinada ao proprietário da terra.

Ante a limitação do servo em relação ao senhor, pontual a colocação emanada por Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 28), de que o “[...] servo não era considerado escravo, contudo estabelecia com seu senhor uma relação de dependência social e jurídica completa [...]”, bem como a célebre conceituação de Segadas Vianna (2005, v.1, p45) para tal regime:

A servidão foi um tipo muito generalizado de trabalho em que o indivíduo, sem ter a condição jurídica de escravo, na realidade não dispunha de sua liberdade [...] Sua base legal estava na posse da terra pelos senhores, que se tornavam os possuidores de todos os direitos, numa economia que se firmava na terra [...] Não sendo escravos, na completa expressão do termo, estavam sujeitos às mais severas restrições, inclusive de descolamento [...] E impostos havia a vários títulos, e, até mesmo quando se casava uma jovem, para obter a licença do senhor da terra, havia que lhe pagar uma quantia (*merchet*).

Deste modo, se vislumbram diversos pontos comuns entre a escravidão e a servidão, em especial no tocante ao direito de locomoção dos servos, bem como na privação de seus bens, até a casos de serem movidos para o exército caso houvesse conveniência por parte do senhor da terra, além, é claro, da exploração da força de trabalho daquelas em favor deste último.

Com o declive do regime agrícola, em torno do século X, os habitantes dos feudos passaram a procurar a solução para suas necessidades fora da propriedade rural, o que fez com que o fluxo de pessoas se intensificasse nos centros urbanos burgueses, em especial nas

idades banhadas por mares e rios, que, por tais razões, tornaram-se entrepostos comerciais. Tal debandada também se deu em razão do autoritarismo imposto pelos senhores feudais, o que, foi essencial para que os indivíduos considerados livres, se aglomerassem nas cidades.

Neste contexto, surgiram as denominadas corporações de ofício, que consistiam no agrupamento de vários artesões de determinado ramo¹, regulamentadas por estatutos que, visavam direcionar a produção bem como, estabelecer a ordem hierárquica das corporações.

As corporações eram formadas pelos mestres, que eram detentores dos meios de produção e, alcançaram este patamar por serem aprovados na prova da “obra-mestra”. Juntamente com o mestre haviam os companheiros, que eram trabalhadores livres, porém submetidos ao mestre pelo fato de não terem alcançado tal grau, desempenhavam suas atividades sob direção daquele e, mediante salário. Por fim, haviam os aprendizes, que eram os menores, que por volta dos 12 a 14 anos eram enviados por seus pais às corporações para que, aprendessem o ofício junto ao mestre. Durante o período de aprendizagem, os jovens ficavam sob a custódia do mestre, mediante pagamento de taxas por parte da família do menor.

Por volta do século XV, com o advento das grandes navegações e avanço do Mercantilismo e, por consequência, do regime Absolutista, as corporações passaram a perder espaço, em especial a partir do surgimento da indústria, tendo sido suprimidas de vez com a Revolução Francesa, em 1789, por serem incompatíveis com os ideais então defendidos pelos Iluministas.

1.1.2 A Revolução Industrial

No decorrer do século XVIII, deu-se início à Revolução Industrial, inaugurada com a invenção das máquinas de tear movidas a vapor, o que gerou drásticas mudanças no cenário econômico e social à época.

Através de sua ascensão econômica e, com a difusão dos ideais liberais, a burguesia passou a controlar os meios de produção, captando a mão-de-obra oriunda das classes sociais mais baixas. Inaugura-se a ideia do trabalho livre, porém juridicamente subordinado. Tanto que, Maurício Godinho Delgado (2014, p. 87) afirma:

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já

¹ Conforme defeso pela doutrina, em uma corporação de ofício, se agrupavam todos os artesões de um mesmo ramo, naquela localidade.

no período da *Revolução Industrial* é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos.

Com o advento das máquinas de fiar movidas a vapor e o tear mecânico, houve uma drástica mudança no quadro de empregos até então vigente, vez que, a força mecânica substituiu diversos postos de trabalho, gerando uma grave onda de desemprego e crise econômica das classes sociais que ocupavam tais postos de trabalho.

Deste modo, os operários das fábricas, passaram a compor o proletariado, termo este que, na conceituação de Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 36), forma o proletário aquele:

Trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral, nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.

Em razão da necessidade de menor esforço físico para desempenho do trabalho, em razão da utilização em larga escala das máquinas a vapor, mulheres e crianças passaram a ocupar os cargos anteriormente pertencentes à homens adultos, vez que, tratava-se de uma mão-de-obra mais barata, que se submetia a tais condições de trabalho em razão das mazelas sociais que estavam inseridas. Percebe-se deste modo, que, as modificações nos meios de produção causaram um grave problema social, qual seja, o desemprego exasperado, que levava os trabalhadores a submeterem-se a condições de trabalho inaceitáveis. Segundo relatos da época, crianças de seis anos eram encontradas trabalhando no interior das fábricas dos grandes centros europeus, como Londres, Liverpool, Manchester, Paris, Lyon e dentre outros.

Como a avanço do Liberalismo no decorrer do século XVIII, e seu fortalecimento ao longo do século XIX, em conjunto com o capitalismo, a burguesia passou a dominar os meios de produção, gerando um grave desequilíbrio entre o trabalhador (detentor da força de trabalho) e o empregador (detentor dos meios de produção). O Estado, se manteve alheio à situação econômica e social, vez que, grandes pensadores como Adam Smith criticavam qualquer tipo de intervenção estatal nos atos mercantis, cabia ao Estado, apenas garantir a ordem pública e, possibilitar à indústria o aparato necessário para seu desenvolvimento.

Diante a tal contexto, os trabalhadores passaram a organizarem-se em grandes grupos, reivindicando melhores condições de trabalho, chegando até, a invadirem as fábricas e

quebrarem o maquinário que os “substituiu”, com o intuito de voltarem ao trabalho. Acerca de tais fatos, Segadas Viana (2005, p. 32) assegura que:

Verificaram-se movimentos de protesto e até mesmo verdadeiras rebeliões, com a destruição de máquinas, mas, posteriormente, com o desenvolvimento dos sistemas de comércio, em especial, com a adoção da máquina a vapor nas embarcações, estenderam-se os mercados, e, conseqüentemente, as indústrias se desenvolveram, admitindo um maior número de trabalhadores, mas seus salários eram baixos [...]

Pode afirmar, deste modo, que o Direito do Trabalho surge neste momento histórico, tanto que, tal ponto é amplamente defendido por diversos doutrinadores, conforme passa-se a explicar.

Nos ditames de Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 27-28):

O direito do trabalho surgiu como uma consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.

Segadas Vianna (2005, p. 33) leciona que anteriormente à Revolução Industrial, não havia o que falar-se em direito do trabalho, vez que “[...] a fermentação que daria razão de ser para seu aparecimento só começaria a ser sentida no final do século XVIII, com a revolução política e a revolução industrial ou técnico-econômica.”

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (2011, p. 57):

[...] foi a invenção da máquina a vapor, com o acelerado progresso visto daí por diante, que precipitou a necessidade de uma nova disciplina dessas relações, na esteira de uma também rápida alteração das condições econômicas e sociais dos grupos onde se desenvolveu o processo. Eis o significado da *Revolução Industrial* para o surgimento e evolução do Direito do Trabalho: *forçar que se encarasse de uma nova maneira* a prestação de trabalho individual em proveito de outrem. (itálico no original)

Sérgio Pinto Martins (2011, p. 06) defende que “o direito do trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial”.

Tem-se, portanto, ao fim do século XIX e início do XX, o surgimento de leis trabalhistas, que, conforme citado anteriormente, visavam regulamentar as novas relações de emprego da época, havendo inúmeros avanços até que, chegassem ao modelo que hoje vigora, no Brasil, em especial, com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, durante o Governo Vargas.

Deste modo, com o avanço do modelo de produção industrial e o fenômeno da globalização, o surgimento dos modelos de produção em série, como o Fordismo, Taylorismo e o Toyotismo, este último em especial, passaram a flexibilizar as relações de trabalho até

então conhecidas, inserindo, de modo primordial, a terceirização de serviços, que será objeto maior discussão em momento futuro deste trabalho.

1.2 Avanço Histórico da Terceirização

Conforme mencionado em momento anterior, no contexto das grandes crises econômicas ocorridas no decorrer do século XX que assombraram o modelo de Estado Neoliberal amplamente difundido à época, induziram, em torno das décadas de 60 e 70, que o toytotismo fosse o modo de produção a ser aceito, pregando a adoção de medidas que reduzissem os gastos oriundos do processo produtivo, dentre tais medidas, se instaurou a terceirização.

Neste parâmetro, surge a ideia verticalização da empresa, visando “enxugar” os gastos com a produção através da vinculação da empresa apenas quanto a sua atividade-fim, buscando esta aprimorar a qualidade de seus produtos, bem como e criar novas tecnologias, entregando as atividades acessórias, ou como melhor definição, atividade-meio, à custódia de empresas, de menor porte, que restariam encarregadas de prestar tais serviços especializados.

Nas palavras de Diogo Palau Flores dos Santos (2014, p. 18), “a expressão terceirização corresponderia ao termo inglês *outsourcing*, que significa suprir com fontes externas [...]”.

Assim sendo, se compreende o termo terceirização como a presença de um sujeito (empresa prestadora de serviços), alheio à atividade nuclear do tomador de serviços, que age como intermediário na relação de produção, uma vez que, desenvolve atividades acessórias, desvinculadas do produto final. A exemplo de atividades-meio podem ser citados os serviços de vigilância, limpeza, manutenção, dentre outros de mesma natureza.

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado (2014, p. 455) “as primeiras referências legais sobre a sistemática terceirizante (ainda sem o batismo de tal denominação) ocorreram com respeito ao segmento estatal das relações de trabalho”.

No âmbito de reforma administrava promovida pelo governo federal no decorrer da década de 60, houve a edição de diversos atos normativos que visavam a descentralização administrativa, em especial o Decreto-Lei nº 200/67.

O diploma legal supracitado, particularmente em seu art. 10, incentivava a descentralização administrativa através da contratação de serviços, tido como meramente executórios ou acessórios, junto a iniciativa privada. 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.

Com o objetivo de regulamentar o disposto no referido diploma legal, fora editada a Lei nº 5.645/70, com o intuito de exemplificar algumas modalidades dos encargos de execução, conforme parágrafo único do art. 3º do referido diploma legal. Senão:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º do Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967.²

No tocante à iniciativa privada, não houve avanço legislativo quanto ao tema terceirização, advindo, em momento posterior, a Lei nº 6.019/74, que trata sobre a possibilidade de contratação temporária em ocasiões excepcionais.

Conforme esboçado, contratação de serviços terceirizados tornou-se viável ante a flexibilização das normas trabalhistas, no decorrer da década de 70 e, ganhou ainda mais respaldo no decênio seguinte, principalmente com a promulgação da Constituição Federal em 1988.

Os funcionários da empresa prestadora desenvolvem sua força de trabalho em favor do tomador e, junto a este, entretanto, não há configuração qualquer de vínculo empregatício, mesmo presentes os pressupostos previstos nos art. 2º e 3º da CLT, pelo fato de serem contratados pela empresa prestadora, responsável pelo vínculo jurídico estabelecido com esses funcionários. Há a presunção ingerência do tomador de serviços em face aos funcionários da empresa prestadora, tanto que, tal quesito é um pressuposto de licitude da terceirização.

Mesmo sendo beneficiário direto da força de trabalho desempenhada pelos empregados da empresa prestadora, em um primeiro momento, o tomador dos serviços exonera-se da posição tradicional de empregador, e, por conseguinte, das obrigações oriundas da relação de emprego, uma vez que, inexistente pessoalidade e subordinação, conforme previsão do item III da Súmula 331 do TST³, tema que será tratado em momento oportuno.

² O referido dispositivo legal fora revogado pela Lei nº 9.527/97, entretanto, para os fins deste trabalho, não há interferência quanto a vigência de tal dispositivo nos dias atuais.

³ Súmula nº 331 do TST:

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

[...]

Entretanto, é necessário ressaltar a ausência de legislação específica quanto ao tema em nosso país, mais precisamente no tocante à vedação, ou autorização, de terceirização de serviços correlatos a atividade-fim, ressaltando que, não há lei que expressamente proíba tal possibilidade. Em decorrência desta lacuna, houve a necessidade de pacificação jurisprudencial por parte do Tribunal Superior do Trabalho, em especial com a edição da Súmula 331, e, em momento posterior, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, que versou quanto a responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização. Os referidos temas serão desenvolvidos em momento oportuno do presente trabalho.

Atualmente há em tramite no Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara nº 4330/2004, que visa regulamentar as relações de terceirização no Brasil. Entretanto, tal esboço legislativo não é objeto de estudo no presente trabalho, porém, em ocasião posterior, serão tratados os pontos relevantes do mesmo caso haja sua conversão em lei.

1.3 Da Responsabilidade Civil

1.3.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A base do ordenamento jurídico é garantir o direito inerente a cada indivíduo, qual seja, proporcionar o fiel cumprimento da lei que, fora instituída pelo Estado, com o ensejo de possibilitar uma boa convivência social entre os indivíduos insertos nessa coletividade e, garantir respaldo o jurisdicional nos casos em que a ordem pública seja violada. No momento em que algum preceito legal é desrespeitado, se origina os denominados atos ilícitos, que, por consequência, naturalmente causam alguma espécie de dano a outrem, devendo, deste modo, ser reparado de alguma maneira.

O termo responsabilidade emana a ideia de imputar a alguém o dever de reparar o equilíbrio existente em momento anterior à sua conduta, ou seja, seria uma contraprestação, uma resposta, proveniente da violação ao direito alheio. Seria uma tentativa de buscar-se o *status quo ante*, entretanto, não raro, em razão da natureza do bem da vida violado (a exemplo a morte de um indivíduo), tal condição jamais poderá a ser restabelecida, momento em que a indenização busca amenizar a lesão.

Conforme ensina Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 14):

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.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há assim um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. [...] É aqui que nasce a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. [...] Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.

No mesmo sentido, Paulo Nader (2016, v. 7, p. 34) afirma:

A responsabilidade civil implica duas ordens de deveres: uma de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever [...] outra, de ordem secundária, quando o agente descumpra o dever, gerando com sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária.

No Direito Romano, o ato ilícito que hoje conhecemos, para fins de responsabilização do agente, à época era denominado de delito privado, conforme ensinamentos José Carlos Moreira Alves (2003, p. 223-224):

Delito privado é a ofensa feita à pessoa (assim, as lesões corporais) ou aos bens do indivíduo. Quando isso ocorre, o Estado não toma a iniciativa de punir o ofensor, mas assegura à vítima o direito de intentar contra este uma *actio* para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia, como pena (*poenaprivata*). No direito clássico, essa *poenaprivata* tem o mesmo caráter punitivo que a *poena pública*. No direito justinianeu, porém, ela passa, em verdade, a configurar-se como ressarcimento do dano sofrido pela vítima, embora continue a denominar-se *poena*.

Necessário ressaltar que, tal teoria fora adotada pelo Código Civil de 2002, quase de forma expressa, em especial nos arts. 186, 187 e 927.

A grosso modo, se pode concluir que, o intuito da responsabilidade civil consiste na imputação do dever de reparar ou compensar a violação do dever jurídico originário de agir conforme o ordenamento jurídico. A violação do dever jurídico originário gera o dever jurídico sucessivo, qual seja, de indenizar o prejuízo. Neste sentido, do dever de respeito ao patrimônio físico ou imaterial, surge o dever de repará-lo em caso de violação.

1.3.2 Avanço Histórico

Desde o cerne da humanidade, o homem sempre buscou tutelar pelo que é seu mesmo sem ter noção do conceito de direito, mas sim insculpido de um instinto de “justiça”, intimamente ligado à sobrevivência, em especial, em tempos tão hostis e inóspitos. Não havia que se falar quanto a reparação do dano, mas sim resposta ao mesmo.

Neste diapasão, surge a figura da vingança privada, pautada na resposta imediata à lesão nos mesmos moldes que esta fora suportada pela vítima, seria a ideia de fazer justiça com as próprias mãos. Emerge-se a figura da Lei de Talião, em um primeiro momento no

período hebraico (sem tal denominação), sendo posteriormente positivada pelo Código de Hamurabi (2.000 a.C) bem como, segundo alguns autores, presente no Império Romano com a Lei das XII Tábuas, que previa a incidência do talião em determinadas hipóteses.

A base da pena do talião estava muito mais ligada à ideia de vingança, de equiparar os prejuízos do que propriamente ressarcir o dano, tendo em vista que, inicialmente havia um lesado, passam a ser dois. Seu núcleo era a ideia de “olho por olho, dente por dente”, de forma bárbara e selvagem, porém, promovida pelo homem. Se algum indivíduo, independente de culpa (nos moldes que hoje conhecemos), por exemplo, ocasionasse a morte do filho de outrem, abria, de forma simétrica, a oportunidade do lesado dispor sobre a vida do filho do causador do dano. Percebe-se, portanto, que a vingança não promovia o equilíbrio anteriormente perturbado.

Em momento posterior, com maior civilidade por parte do homem, vislumbra-se a ideia de composição do dano, onde a vítima e causador do dano chegavam a solução da lide através do pagamento da chamada compensação, que era fixada pela lei e, ao aceitar, a vítima renunciaria ao direito de vingança. Inicialmente, aceitar a compensação era faculdade da vítima, porém, com o advento da soberania estatal, a passou a ser obrigatória. Havia o pagamento da denomina tarifa, que variava de acordo com a natureza da infração. Tal ideia esteve presente no Código de Ur-Namur (de 2.050 a.C até a entrada em vigência do Código de Hamurabi), Código de Manu, bem como na Lei das XII Tábuas.

Quanto a tal questão, incontestavelmente leciona Pontes de Miranda (1984, v.53, p.16):

À medida que os círculos sociais se consolidam (tribos, nações de tribos, cidades, Estados), as composições voluntárias são substituídas pelas composições legais. O interesse do ofendido passa a ser menos relevante que o da coletividade. A princípio, há a fixação tarifária (x para cada delito), no que se revela o critério empírico, instintivo, da atenuação da regra jurídica. O ofendido tem de contentar-se com a tarifa e o ofensor tem de pagar o que se preestabeleceu genericamente.

Neste esteio, o Estado passou a assumir a função de punir, afastando qualquer possibilidade do uso das próprias razões pelos indivíduos. Portanto, o Estado torna-se titular do *jus puniendi* referente à responsabilização penal, momento em que, emerge ao lado, a responsabilização civil. O papel estatal na responsabilização civil, é garantir os meios necessários de que a vítima possa ter seu prejuízo ressarcido.

Assim, com a *Lex Aquilia* inaugura-se o conceito de responsabilidade extranegocial/extracontratual, ou como também é conhecida como responsabilidade *aquiliana*. Afirmar Pontes de Miranda (1984, v.53, p.17) que “na culpa extranegocial, não há, antes dela, qualquer relação jurídica entre o lesado e o lesante”, diferente do que ocorria na

responsabilidade contratual, onde as partes assumiam obrigações entre si. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 25), surge com a edição da referida lei o “princípio geral regulador da reparação do dano”.

É neste diploma legal, que emana a ideia do *damnum iuri datum* (i.e., “dano causado ilicitamente), que tinha como base regular as questões que, inicialmente envolviam as lesões em escravos, animais e demais bens do lesado, imputando ao ofensor o dever de reparar o dano por ele originado. Com o avanço das relações sociais, bem como da jurisprudência romana, na época do governo do Imperador Justiniano, houve a prorrogação de tal dever de reparar o dano nas lesões a bens incorpóreos (*damnum non corpore datum*), qual seja, a violação de qualquer direito.

Para que houvesse a caracterização do *damnum iuri datum*, era necessário a presença de três requisitos, quais eram: a conduta do indivíduo contrária à ordem jurídica; a culpa, que se emanava da voluntariedade da ação, ou da negligência ou da imprudência; e, por fim, o dano propriamente dito.

A reparação se dava através da ação da Lei Aquiliana, que, conforme leciona Paulo Nader (2016, v.7, p.83-84):

O pedido da vítima se fazia com a *actio legis Aquiliae* e o *quantum* da indenização dependia da atitude do ofensor. Se este admitisse a culpa, a condenação ficaria adstrita ao valor apurado, que abrangia o *lucrum cessans* e o *damnum emergens*. Se negada a culpa e esta ficasse apurada, a condenação seria *in duplum*, ou seja, em dobro pelo valor constatado.

Os ideais romanos foram aprimorados com o decorrer do tempo. No Código de Napoleão, por exemplo, houve a inserção da culpa *in abstracto* e separação entre culpa contratual e culpa delitual, com o avanço até o que fora classificado como presunção absoluta de culpa, hipótese em que o agente causador do dano só se isentava do dever de ressarcir se provasse que o fato se deu por ocasiões externas à sua ação.

Além de forte influência na França, os ideais romanos também foram percebidos no Direito Germânico, Anglo-Saxão e, em especial em Portugal, tendo em vista que, as Ordenações do Reino vigiam no Brasil Colônia.

No sistema lusitano, inicialmente, não havia a separação entre responsabilidade criminal e civil e, posterior à invasão dos árabes as penas pecuniárias confundiam-se com as corporais. Superado este período, já falando em contemporaneidade, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.27) afirma que o Código Civil Português de 1966 caminhou no junto aos novos sentidos da responsabilidade civil, quais sejam, a responsabilidade subjetiva. Tanto

que, o legislador português fora praticamente explícito quanto a tal posição, em especial na elaboração do art. 483. Vejamos:

Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei

Já no ordenamento pátrio, em um primeiro momento encontra-se a necessidade da criação do Código Criminal do Império, em 1830, que acabou por abranger situações de natureza civil e penal. Nesta sistemática, a reparação civil estava intimamente condicionada à condenação criminal, tendo em vista inexistir, até então, a independência da ação civil e penal.

Posteriormente, necessário ressaltar a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, datada de 1857, que, teve forte influência, assim como o Código de Napoleão, na edição do Código Civil de 1916, em especial, no disposto em seu art. 159. Senão:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Sob este prisma, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 27) que Beviláqua adotou a teoria subjetivista, que ressalta a necessidade de comprovação do dolo ou culpa do causador do dano para que fosse possível a imputação de responsabilidade quanto ao mesmo. Sendo assim, ainda havia a necessidade de, para a imputação do dever de reparação pelo suposto agente causado, da presença da tríade clássica, qual seja, conduta (por ação ou omissão); prejuízo a alguém ou violação de direito e; dolo, imprudência ou negligência do praticante da conduta.

No decorrer do século XX, diversas modificações sociais são relevantes para o avanço do conceito de responsabilidade civil, culminando nos conceitos que foram adotados pelo Código Civil de 2002.

O Novo Código Civil consagrou a teoria clássica da responsabilidade civil subjetiva, qual seja, para que se impute ao causador do dano o dever de reparação, não basta apenas que sua conduta seja ilícita, há a necessidade de que em decorrência desta conduta, desta ação (ou conjunto de ações), se evidencie o dano a ser suportado por outrem, qual seja, a figura do nexo de causalidade (arts. 186/187 e 927). Porém, inovou ao garantir que em certas hipóteses, emanasse o dever de indenizar, independente de culpa, qual, seja, a imputação objetiva, conforme parágrafo único do art. 927. Vejamos:

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”. (sem grifo e negrito no original)

Deste modo, surgem hipóteses em que, em razão da lei, ou da natureza da atividade desenvolvida pela pelo autor do dano (teoria do risco em suas diversas ramificações), haverá o dever deste em indenizar quaisquer danos oriundos desta, exceto, nos casos de exclusão da responsabilidade.

1.3.3 Fases da Responsabilidade Civil do Estado

Assim como na relação entre particulares, houve grande um avanço quanto a imputação de responsabilidade civil ao Estado, quando este, no desempenho de suas atividades (prestação de serviço público), acaba por causar danos, seja por ação ou omissão, a outrem. Tal situação só foi possível com o avanço no sentido de que, o Estado, passou a ser sujeito de direito, portanto, equiparado aos demais indivíduos, sob a guarda da lei, devendo cumprir o que a mesma impõe a todos, porém, com algumas especificidades impostas em razão do tipo de atividade desenvolvida.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 952):

[...] a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo de origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

Num primeiro momento, no início do século XIX, emerge a primeira fase de responsabilidade civil do Estado, conhecida como “Irresponsabilidade do Estado”. Tal fase era norteadada pelo ideal do “*the king can do no wrong*”, na Inglaterra, bem como, na França, “*l'eroinepeut mal faire*”, ambas transmitem de que “o rei nunca erra”. Deste modo, se evidenciava a irresponsabilidade do Estado face ao particular, entretanto, o lesado tinha a possibilidade de intentar alguma reparação, acionando, direta e pessoalmente, o agente público, que a serviço do Estado, por ação ou omissão, deu causa ao dano.

Posteriormente, emerge a responsabilidade subjetiva, onde havia a necessidade de comprovação da culpa do agente público, vez que, tal teoria dividia-se em dois pontos, entre os atos de gestão, e os atos de império. Quanto aos atos de império, não haveria qualquer imputação ao Estado caso deles fossem ocasionados danos, em virtude de estarem vinculados à soberania do Estado, restando, desta forma, exonerado de responsabilidade. Já em relação

aos atos de gestão, em hipótese de ocorrência de dano oriundo deste, haveria a necessidade de apurar-se a culpa ou dolo do agente público.

Por conseguinte, surge a fase abrangida pela teoria da culpa administrativa (*fautedu servisse*), a chamada falta do serviço. Por falta do serviço, de modo prático, se entende nas situações em que o serviço público não funciona, ou funciona de modo precário e insatisfatório, ou ocorre o retardamento da prestação do serviço, que acaba por ocasionar dano.

Neste aspecto, não há a necessidade de que o lesado individualize o agente público que cometera alguma falta, mas simplesmente comprovar que da má prestação do serviço, originou-se o dano. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.957) faz a seguinte afirmação:

É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta do serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço (*fautedu servisse*, seja qual for a tradução que lhe de) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque se baseada na culpa (ou dolo) [...]

Por fim, houve a guinada rumo à imputação da responsabilidade objetiva ao Estado, onde este, independente de falha do serviço ou qualquer outro motivo, gerasse dano aos administrados, deveria responder por tais, com base nos princípios da igualdade e equidade (CAVALIERI, 2014, p. 286).

Dentre tal modalidade, surgem as teorias do risco integral e do risco administrativo. A primeira delas, consiste em responsabilizar o Estado em qualquer situação, mesmo nas hipóteses excludentes de responsabilidade civil, a exemplo da culpa exclusiva da vítima. Tal teoria não é adotada por nosso ordenamento vez, ocasionaria um verdadeiro desequilíbrio.

Já a teoria do risco administrativo, que fora amplamente adotada em nosso ordenamento, prova disso a sua inserção, quase que literal no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Conforme ensina a melhor doutrina, a teoria do risco administrativo consiste em transmitir ao Estado a responsabilidade dos riscos oriundos de sua atividade administrativa, desde que, exista o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado (independente de culpa ou dolo de seus agentes) e o dano a ser suportado pelo lesado, assim como, ausentes as causas excludentes de responsabilidade civil. Percebe-se, deste modo, a diferenciação entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

Nos dizeres de Sergio Cavlieri Filho (2014, p. 287):

[...] a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em

decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que a atividade é exercida em favor de todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que se verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

Neste mesmo sentido, emana a lição de Alexandre de Moraes (2007, p. 895): “a responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.”

Resta uníssono, ante o exposto, que nas relações mantidas pelo Poder Público, em todas as emanções de suas atividades, restará este, sempre submetido à responsabilidade civil objetiva, nos termos da teoria do risco administrativo.

1.3.4 Da Criação da Consolidação das Leis do Trabalho

No Brasil, em razão do modelo de produção agrário exportador vigente até o final do século XIX, tinha por base a mão-de-obra escrava. Por tais razões, a Constituição de 1824 em nada versou quanto ao tema, apenas aboliu as corporações de ofício no território do Império, garantindo o livre exercício de qualquer profissão ou ofício (MARTINS, 2011, p. 10).

Neste esteio, com o advento dos ideais abolicionistas, influenciados (in)diretamente pela da eclosão da denominada Segunda Revolução Industrial nos grandes centros industriais da Europa, o Império se viu na necessidade de atender às imposições de diversos países industrializados, em especial da Inglaterra, em proporcionar mercado consumidor para a produção europeia, o que só seria possível com uma mão-de-obra livre e, principalmente assalariada.

Deste modo, foram promulgadas a Lei do Ventre Livre, que dispunha que a partir de 28/09/1871, todos os filhos de escravos nasceriam livres, bem como, no ano de 1885, a Lei Saraiva Cotagipe (Lei dos Sexagenários), que libertava os escravos maiores de 60 anos. Por fim, em 13 de maio de 1888, foi assinada pela Princesa Isabel a Lei Áurea, que veio a por fim no regime de escravidão no Brasil.

Com a proclamação da República, por conseguinte, com a edição da Constituição de 1891, surgiu a garantia de associação, de modo genérico, como meio a incentivar a livre iniciativa.

No final do século XIX e início do XX, surgiram no Brasil diversas leis trabalhistas que versavam quanto à organização trabalhista em nosso país. No dizeres de Amauri Mascaro Nascimento (2003, p.50-51):

Surgiram em fins de 1800 e começo de 1900 como leis esparsas e tratam de temas como trabalho de menores (1891), organização de sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), férias (1925), Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1930), relações de trabalho de cada profissão (decretos a partir de 1930), trabalho das mulheres (1932), nova estrutura sindical (1931), convenções coletivas de trabalho (1932), Justiça do Trabalho (1939) e salário mínimo (1936).

Neste contexto, ainda mais inflamado pela situação política na Europa, tanto motivada pela Primeira Grande Guerra (1914-1918), quanto pelas diversas revoluções, principalmente operárias, influenciaram diretamente o cenário político e legislativo brasileiro durante o referido período. Importante destacar ainda, a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, que também contribuiu para o cenário normativo trabalhista no Brasil.

Durante a Era Vargas, o então presidente promoveu uma reforma trabalhista, editando uma legislação trabalhista com o intuito de organizar o mercado de trabalho em razão da eclosão da indústria. Nestes moldes, a Constituição de 1934 foi a primeira a versar diretamente quanto ao Direito do Trabalho, instituindo diversos direitos, como a isonomia salarial, liberdade sindical, jornada de trabalho de oito horas, proteção ao trabalho das mulheres e dos menores, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas.

No mesmo liame foi a Carta Constitucional de 1937 (Constituição Polaca), inspirada na *Carta del Lavoro* e na Constituição polonesa. Na referida Carta, ficou instituído um intervencionismo geral por parte do Estado, vez que instituiu organizações como o Conselho da Economia Nacional, bem como instituiu o sindicato único, que era vinculado ao Poder Público e, sofria diversas intervenções por parte do Estado. (MARTINS, 2011, p. 11). Ainda quanto às modificações promovidas em tal período, ganha destaque a inserção da Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário, visto que, antes da promoção de tais medidas, era considerada uma “Justiça” administrativa.

Em razão da diversidade de leis que versavam quanto a matéria trabalhista, houve a necessidade de unificação dessas regras. A comissão encarregada da elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho foi presidida pelo então Ministro do Trabalho do Governo Vargas, contou com a presença de consagrados juristas como José de Segadas Viana, Oscar Saraiva, Luís Augusto Rego Monteiro, Dorval Lacerda Marcondes e Arnaldo Lopes Süsskind, que, culminou com a edição do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a criação da CLT.

Conforme enquadra Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 51): “A Consolidação não é um código, porque, não obstante sua imensurável dimensão criativa, sua principal função foi a de reunião de leis existentes e não a criação, como num código, de leis novas”.

Por este teor, com a natural evolução das relações de econômicas, tecnológicas, e, por consequência, de trabalho, foram surgindo novas leis para tratar da dinâmica trabalhista, muitas delas inseridas dentro da própria CLT, porém, de outro lado, existem leis de suma importância na regulamentação das relações de trabalho que se encontram fora de tal conjunto, por exemplo a Lei Complementar nº 150/15 (regulamenta o trabalho doméstico) e a Lei nº 8.213/91 (versa sobre a Previdência Social e versa ainda sobre os acidentes de trabalho e doença ocupacional).

1.3.5 Do Direito do Trabalho na Constituição Federal de 1988

Após o Regime Militar que vigorou no Brasil entre as décadas de 60 e 80, com o avanço dos ideais democráticos, houve a necessidade de elaboração da nova Carta da República, visto que a até então vigente, a Constituição de 1967, era eivada de resquícios autoritários, que visavam garantir a forma de governo do que assegurar aos cidadãos o gozo dos seus direitos.

A Constituição Federal de 1988, promulgada por representantes eleitos diretamente pela população, veio com o condão de democratizar as relações em nosso país, enaltecendo, em seus princípios, a valorização dos princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político e, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, conforme se destaca do art. 1º da CF/88.

Em especial, tratou o Título II, de versar quanto à tutela dos Direitos e Garantias Fundamentais, que, em seu Capítulo I, em especial em seu art. 5º instituiu os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Grande foi o avanço constitucional voltado para as relações de trabalho e, tanto, no Capítulo II, tratou quanto aos Direitos Sociais, em seu art. 7º, elencou uma série de garantias aos trabalhadores que, alguns autores chegam a assemelhar a uma verdadeira CLT dentro do Texto Constitucional. O referido dispositivo versou sobre diversos temas, como remuneração da hora extra, período de aviso-prévio, contribuição de FGTS, licença previdenciária de 120 (cento e vinte) dias a empregada gestante, dentre tantos que daquele rol constam⁴.

Quanto a tais inclusões, Maurício Godinho Delgado (2014, p. 125) leciona:

⁴Para melhor análise, recomenda-se a leitura do art. 7º da Constituição Federal, assim como o art. 10, inciso II do ADCT, CF/88.

No Capítulo II, do Título II (arts. 6º a 11), a Constituição de 1988 insculpiu seus principais preceitos de natureza trabalhista. Nesse espectro de normas, ressaltam-se aquelas que favorecem o caminho da normatização autônoma, em especial: art. 7º, incisos VI, XII, XIV; art. 8º; art. 9º; art. 10 e, finalmente, art. 11. Todos são preceitos que valorizam a atuação sindical, a participação obreira nos locais de trabalho e a negociação coletiva.

Quanto à competência da Justiça do Trabalho, o art. 114 da CF/88 sofreu grandes mudanças, visto que, a antiga redação do *caput* do referido dispositivo⁵ previa a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as causas entre “empregado e empregador”, ou seja, era uma competência *in ratione personae*. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a competência da Justiça do Trabalho passou a ser *in ratione materiae*, visto que o art. 114 da CF/88 passou a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho [...] (sem grifo e negrito no original)

Quanto a modificação do núcleo determinante para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, Mauro Schiavi (2015, p. 212) defende:

Conforme se denota da redação do referido artigo, a EC n. 45/04 trouxe significativas mudanças na competência material da Justiça do Trabalho brasileira. Tradicionalmente, esta Justiça Especializada julgava os conflitos oriundos *da relação entre empregados e empregadores* e, excepcionalmente, as controvérsias decorrentes da relação de trabalho. O critério da competência da Justiça do Trabalho, que era eminentemente pessoal, ou seja, em razão das pessoas de *trabalhadores e empregadores*, passou a ser em razão de uma relação jurídica, que é a de trabalho. (itálico no original)

Dentre as ampliações promovidas pela reforma proposta pela EC nº 45/04, no inciso VI⁶, fora prevista a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações que versem sobre danos morais, materiais ou patrimoniais decorrentes da relação de emprego. Por tal perspectiva, resta claro, deste modo, que as ações que tenham por objeto o tema responsabilidade civil, em razão das relações de trabalho (acidentes de trabalho, assédio moral e sexual, dentre outras modalidades de violações de direitos intrínsecos à personalidade), ficam sujeitas ao crivo da Justiça do Trabalho.

⁵A redação anterior à EC nº 45/04 era da seguinte forma: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **trabalhadores e empregadores**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”. (sem grifo e negrito no original)

⁶Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Antes da referida alteração, o trabalhador ou empregador, que objetivasse reparação civil em razão de danos provenientes da relação de trabalho (ou emprego como era tratada à época) deveria buscar tal reparação junto à Justiça Comum, afastando, por fim, a apreciação de tais matérias da Justiça do Trabalho, mesmo que intrínsecas ao Direito do Trabalho ali versado. Por tais razões, quando da vigência das modificações propulsadas pela EC nº 45/04, o Supremo Tribunal Federal buscou pacificar a questão aqui discorrida, com a edição da Súmula Vinculante 22, visto que, haviam diversas ações desta natureza em tramite durante a referida transição. Vejamos:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Ante a tais avanços, denota-se, que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho quanto às causas que versem quanto a responsabilização civil (seja oriunda de danos morais ou patrimoniais), garantiu a aplicabilidade do previsto no parágrafo único do art. 8º, quanto à aplicabilidade do Direito Comum (no caso o direito civil, em especial os arts. 186, 927, 949, 950 e 951, ambos do Código Civil de 2002), inserindo, deste modo, a garantia de responsabilização civil, na seara do Direito do Trabalho, de forma plena.

2. DO SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrar à temática proposta neste capítulo, emerge a necessidade de conceituar a ideia de serviço público, bem como suas definições dentro das amplas funções do Estado, de modo a tornar possível, se esboçar um rol de possibilidades que a Administração Pública poderá, em observância ao princípio da estrita legalidade cumulado com o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, delegar à iniciativa privada, a execução de determinados “serviços públicos”.

2.1 Do Conceito de Serviço Público

A ideia de serviço público se dá em um primeiro momento, com a difusão da denominada Escola do Serviço Público, que teve como grande mentor Leon Duguit, chegando até a ser denominada como *teoria de Deguit* (DI PIETRO, 2014).

Tal seguimento doutrinário conceituava de modo significativamente amplo, serviço público como toda atividade emanada pelo Estado, em qualquer de suas esferas, ou seja, chegava a ser considerado como serviço público todas as atividades prestadas pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

A referida conceituação sofreu diversas alterações, em virtude do surgimento de novas correntes doutrinárias, propostas a restringir o conceito de serviço público, adotada por diversos nomes importantes na atual conjuntura doutrinária pátria, de modo a afastar a denominação de serviço público as atividades de cunho jurisdicional e legislativa, vinculando tal titulação apenas a atos da Administração Pública.

Em ambas correntes, devem estar presentes, simultaneamente, três elementos caracterizadores do serviço público, quais sejam: material, formal e subjetivo.

O critério subjetivo ou orgânico está intimamente ligado à pessoa jurídica que desempenha a atividade, ou seja, serviço público é aquele prestado pelo Estado. Tal critério não deve ser seguido fielmente, vez que, a própria Constituição Federal, em seu art. 175, prevê a titularidade do Poder Público para a execução do serviço público, bem como a delegação deste mediante concessão ou permissão⁷.

O substrato material consiste na natureza da atividade desenvolvida, sendo assim, serviço público seria aquele que visa atender necessidades coletivas essenciais aos administrados.

⁷A titularidade do serviço público será tratada com maior profundidade em momento oportuno.

Por fim, se entende por elemento formal o regime jurídico ao qual o serviço público se submete, o que, não poderia ser outro se não o regime jurídico de direito público. Entretanto, tal critério não é absoluto, vez que, quando o serviço público for delegado a sociedades de economia mista ou pessoas jurídicas de direito privado, haverá a incidência de normas do direito comum, entretanto, predomina o regime publicista.

Apresentados os aspectos essenciais para a caracterização do serviço público, vem à tona a necessidade de aplicá-los, de forma uníssona, a concluir o raciocínio acerca da conceituação que aqui se pretende explicar.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 642):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público [...]

Em sua obra, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 107) conceitua serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Marçal Justen Filho (2010, p. 692) traz a seguinte definição:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidade individuais ou transindividuais, matérias ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

A conceituação do ilustre Hely Lopes Meirelles (1997, p. 286) é no sentido de que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Entre os autores supramencionados, fica nítida a divergência entre o sentido amplo e o estrito do serviço público. Entretanto, resta nítida a necessidade de cumular-se os três elementos outrora definidos (formal, material e subjetivo), para que seja possível a classificação do serviço público, que tome tal fisionomia, vez que, a ausência de algum destes, ou a incidência de singular, fere de morte a caracterização de serviço público.

Neste sentido, surge a ideia de serviço público próprio, que, conforme definição da esmagadora doutrina, é aquele desenvolvido diretamente pelo Estado, por intermédio de seus agentes, ou indiretos, mediante concessionários ou permissionários.

Não obstante, emerge paralelamente a ideia de serviço público impróprio, que, apesar de classificados como serviço público, não são, do ponto de vista jurídico assim considerados, uma vez que, embora autorizados pelo Estado, não são assumidos ou prestados por este, mas apenas autorizados, fiscalizados e autorizados pelo Ente Público. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 114-115):

Essa categoria denominada serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não impõe ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-as nas mãos do particular [...]

Melhor diferenciação para tal insurgência nos traz o ilustre Hely Lopes Meirelles (1997, p. 287):

Serviços próprios do Estado: são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade. Serviços impróprios do Estado: são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatórios.

Permite-se concluir que, o serviço público é de titularidade do Estado por ser público, e não público por ser prestado pelo Estado. Não raro o Estado desenvolve atividades de caráter privado mercantil, por exemplo, como no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, que, mesmo sendo diretamente prestadas pelo Estado, não torna tais serviços públicos pela simples presença do elemento subjetivo, vez que, a atividade explorada não possui caráter coletivo, ou melhor, público, já que se rege pelas diretrizes do direito privado.

Assim sendo, se pode concluir, que os serviços públicos assim os são classificados, em razão da natureza (conforme resignado acima, de cunho coletivo) da atividade prestada, independente se esta é desempenhada pelo Ente Público ou pela iniciativa privada, mediante permissão ou concessão, nos termos estabelecidos pela Carta da República, bem como da legislação infraconstitucional.

2.1.1Da Titularidade do Serviço Público

Em decorrência do já explanado, o rol dos serviços públicos não pode ser considerado taxativo, tendo em vista a pluralidade de prismas a serem analisados para sua caracterização,

quais sejam, as presenças dos elementos subjetivo, formal e material. Por desdobramento do elemento subjetivo, resta, uníssono, que a titularidade do serviço público seria do Estado.

Em virtude do modelo adotado em nosso país ser o federalismo, o conceito de Poder Público se expande a todas as esferas da República Federativa do Brasil, quais sejam, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Por tal razão o constituinte teve a necessidade de diferir alguns serviços públicos entre os entes federados, em razão da natureza do referido serviço, bem como do ente a qual fora conferida a titularidade do mesmo. São os denominados serviços públicos privativos.

Exemplo de serviços privativos são aqueles que, foram atribuídos a apenas um dos entes federados, por exemplo, os incisos VII, XI, XII e XXI do art. 21 da Constituição que atribuíram à União a titularidade dos referidos serviços ali previstos. No mesmo esteio, foram atribuídos aos Estados (art. 25, §2º da CF/88) e aos Municípios (art. 30, inciso V da CF/88) serviços privativos ligados à sua competência.

Há ainda, os denominados serviços comuns, ou concorrentes, em que qualquer dos entes federados possuem titularidade para a execução, conforme elencado pelo art. 23 da Constituição Federal, a exemplo da promoção da saúde pública. Quanto a tal modalidade de serviços público, chama a atenção à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 681) quanto a transferência da execução dos mesmos, visto que o Estado só realizará a concessão do serviço público quando este for considerado próprio e privativo daquele, ou seja, não caracteriza concessão no caso de pessoa que preste serviços de saúde ou educação, visto que, por força constitucional (art. 199 e 209 da Constituição Federal de 1988), a prestação de tais serviços não é de cunho privativo do Estado.

A Constituição Federal de 1988 ratificou a titularidade de serviço público ao Estado, de modo expreso no *caput* de seu art. 175, o qual é de transcrição imprescindível:

Art. 175. **Incumbe ao Poder Público**, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos**. (sem grifo e negrito no original)

Conforme expreso no referido dispositivo constitucional, a titularidade do serviço público é do Estado, porém, este pode transferir a execução de tais serviços à particulares, mediante os regimes de concessão ou permissão. Tal previsão constitucional visou a descentralização administrativa, de modo a possibilitar uma efetividade e celeridade maior na prestação de tais serviços.

2.1.2 Da Concessão e Permissão do Serviço Público

A transmissão da prestação dos serviços públicos do Estado para a iniciativa privada, em geral uma empresa ou consórcio destas, é prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 conforme exposto acima, através das denominadas concessão e permissão. Necessário, portanto, conceituar tais institutos, bem como contextualizar o prisma legal acerca do tema.

Conforme mencionado, o art. 175 da CF/88 previu a delegação da execução dos serviços públicos mediante contratos de concessão e permissão, vindo a temática ser devidamente regulamentada com a edição da Lei nº 8.987/95.

Necessário ressaltar que a delegação de serviços não fora inaugurada pelo constituinte de 1988, vez que, fez-se menção a tal modalidade de transmissão da titularidade do serviço público no art. 10, § 1º, alínea “b” do Decreto-Lei nº 200/67, cujo intuito era colocar em prática a descentralização da Administração Pública.

Quanto a Lei nº 8.987/95, em especial em seu art. 2º, instaurou no ordenamento pátrio, a ideia de poder concedente, concessão comum (simples, não precedida de obra pública), concessão precedida de obra pública, e por fim, quanto a permissão. Vejamos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Torna-se necessário trazer à mostra o que leciona a doutrina acerca do tema, em especial no que tange à diferenciação de tais modalidades, vez que o legislador foi cerceado da devida técnica quando da elaboração do referido dispositivo legal.

A definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 672) quanto à concessão (concessão comum, tratada no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95) é:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 306) considera a concessão do serviço público:

[...] contrato administrativo pelo o qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Helly Lopes Meireles (1997, p. 232) classifica que o contrato de concessão de serviço público “é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários”.

Neste sentido, se enquadra ainda a concessão de serviço público precedido de obra pública (inciso III do art. 2º da Lei nº 8.987/95), sendo que, nesta modalidade, a Administração Pública, visando resguardar-se das despesas oriundas da obra pública. Deste modo, o Poder Público, ajusta junto à pessoa jurídica ou consorcio de empresas, a execução de obra pública, por conta e risco destes últimos, cabendo ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo. Um exemplo prático é quanto à concessão de rodovias, onde a concessionário realiza, por exemplo, a duplicação de uma determinada via, e explora tal obra mediante cobrança de tarifa (denominado pedágio), paga diretamente pelo usuário.

Já a permissão, prevista no inciso IV do referido dispositivo legal, consiste na delegação a título precário, da execução do serviço público, sempre precedida de licitação, tanto à pessoa jurídica, quanto à pessoa física (tal modalidade é vedada ao consorcio de empresas). Neste contexto, precariedade significa que a Administração Pública dispõe de poderes de, alterar ou encerrar a permissão a qualquer tempo, desde que pautada no interesse público sem o dever de indenizar o permissionário.

Nos termos defesos pela doutrina, a diferenciação desta com a concessão, estaria ligada à forma contratual, vez que, o art. 40 da Lei nº 8.987/95, instituiu um caráter de contrato de adesão aos serviços delegados mediante permissão, bem como a possibilidade de revogação unilateral do contrato por parte da Administração Pública:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital

de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 723) define permissão como:

[...] ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários [...] pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação.

No tocante à permissão não destoam o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 314): “considerada ato unilateral, discricionário e precário, e pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário”.

Superada a distinção entre as modalidades de transferência da titularidade da execução do serviço público, do Estado para a iniciativa privada, surge, tanto na prestação do serviço público diretamente pela Administração Pública quanto por particulares, a necessidade de contratação de empresas, denominadas de terceirizadas, para a execução de serviços acessórios (também denominados inerentes ou atividade-meio).

2.2 Da Terceirização pela Administração Pública

Conforme já aludido no primeiro capítulo do presente trabalho, em meio à reforma administrativa iniciada em nosso país ao termo da década de 60, proposta inicialmente pelo Decreto-Lei nº 200/67, que, especialmente em seu art. 10, previa a descentralização da Administração Pública Federal, com o intuito de evitar o crescimento “desmensurado da máquina pública”.

Tal conceito fora amplamente acatado pelo constituinte de 1988, ao inserir a possibilidade de transferência da execução dos serviços públicos pela Administração Pública à iniciativa privada, seja por meio de permissão ou concessão, conforme supramencionado.

Necessário ressaltar que, a Administração Pública é regida pelo Princípio da Estrita Legalidade, que condiciona o Administrador a atuar sob as égides da legislação, sob pena de responsabilização pessoal deste. Tal princípio consta expresso no *caput* do art. 37 da CF⁸, e

⁸Art. 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, também o seguinte:

[...]

(grifei e negritei)

seu núcleo consta de que “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2014, p. 65).

Inicialmente, a permissão de contratação de terceiros se deu pelo Decreto-Lei 200/67, que permitiu à Administração Pública celebrar contratos com empresas (especializadas) para o desenvolvimento dos serviços meramente executórios, inerentes ao objeto principal, qual seja, que versassem quanto as atividades meramente acessórias, também denominadas atividades-meio. Tal vinculação inaugurou-se expressamente no §7º do art. 10 do referido dispositivo legal.

Quanto à referida atividade legislativa, Helder Santos Amorim (2009, p. 104):

A leitura isolada do dispositivo conduz à ideia de que o propósito do governo, à época, já era transferir à iniciativa privada todas as atividades executivas, assim consideradas, por exclusão, as que não fossem tarefas de direção, coordenação, supervisão e controle, próprias dos órgãos de cúpula, com o fim de evitar o crescimento desmedido do quadro funcional.

Em razão de tais princípios norteadores da Administração Pública, a Lei nº 5.645/70, em especial no parágrafo único do art. 3º trouxe um rol de atividades acessórias que, poderiam ser executadas pelo Poder Público de forma indireta, qual seja, através dos contratos de terceirização:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo (s.i.c) com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967”.

O texto legal acima transcrito fora revogado com a vigência da Lei nº 9.527/97, entretanto, para os fins de demonstrar o caminho que o legislador seguiu para tratar da temática proposta no presente trabalho, sua menção fez-se necessária.

Não obstante aos referidos dispositivos legais, visando regulamentar a contratação, concessão e permissão de serviços pela Administração Pública, veio a Lei nº 8.666/93, com o intuito de fazer valer os pressupostos legais do contrato administrativo, bem como estabelecer demais esteios. Quanto a incidência da referida norma nos contratos de terceirização pelo Estado, será abordada de forma mais abrangente em momento posterior, quando será versado acerca da responsabilidade civil do Poder Público face aos danos oriundos de tais relações.

Antes de esboçar qualquer aprofundamento em relação a contratação de serviços pela Administração Pública, necessário ressaltar que a mesma (por força constitucional e por desdobramento do princípio da legalidade) é regulamentada pela Lei nº 8.666/93, que versa quanto as especificidades do processo licitatório.

O inciso II, do art. 6º do referido diploma legal, define, para os fins de contratação, e, consequentemente, quanto à terceirização.

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Ainda quanto a permissão para o Estado executar de forma indireta as funções acessórias ligadas às atividades administrativas (seja da administração direta ou indireta, bem como as empresas públicas), veio à tona o Decreto-Lei nº 2.271/97, ratificando, de forma praticamente repetitiva, o que fora previsto pelo art. 10, §7º do Decreto-Lei nº 200/67, bem como do revogado parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645/70. Vejamos:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Importante ressaltar, a precaução do Executivo quando da elaboração do referido decreto, já que, limitou a execução indireta de serviços pelo Poder Público apenas às atividades acessórias, vedando tal possibilidade às categorias abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, bem como, caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra, assim como rechaçou a subordinação dos empregados da empresa contratada ao Ente Público contratante, conforme redação do §2º do art. 1º (já transcrito acima), bem como art. 4º, incisos II e IV.

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

[...]

II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;

[...]

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

O aparato legal mencionado veda qualquer tipo de subordinação entre os funcionários da empresa prestadora de serviços face ao Ente Público contratante. Em tal aspecto, se buscou descaracterizar qualquer possível vínculo de emprego do funcionário terceirizado com a

Administração Pública, vez que, ausente um dos requisitos previstos no art. 3º da CLT (prestado por pessoa física, personalidade, habitualidade, subordinação e remuneração) não se vislumbra vínculo de emprego. Não obstante, necessário ressaltar que, por se tratar de caracterização de possível vínculo de emprego com a Administração Pública, também restaria prejudicada por força do art. 37, inciso II da CF/88, em razão da investidura de cargo ou emprego público dar-se mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.

Neste mesmo esteio, de vinculação do Poder Público ao princípio da legalidade (ou estrita legalidade), sobreveio a Instrução Normativa nº 02 de 2008 (alterada pela IN/03 de 2009) publicada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trouxe, em seus arts. 6º a 14, as diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública na formulação dos contratos de terceirização. Basicamente, confirmou o que já havia sido regulamentado pelo Decreto-Lei 2.271/97.

Percebe-se, portanto, que os únicos serviços que podem ser transferidos a outrem, pela Administração Pública, são os que, por sua natureza, tendem a ser, preferencialmente, desenvolvidos mediante execução indireta, como já aludido, as atividades inerentes, os serviços acessórios, as atividades-meio.

Importante salientar que, na atual conjuntura legislativa em que estamos inseridos, não há dispositivo legal que vede, ou possibilite, expressamente a terceirização da atividade-fim, tanto no setor público, quanto no setor privado⁹, sendo tal lacuna suprimida pela atividade jurisprudencial, que será tratada em momento posterior deste trabalho.

2.2.1 Das Concessionárias de Serviço Público

Quando da elaboração das normas infraconstitucionais necessárias para a regulamentação dos institutos da concessão e permissão do serviço público, o legislador não se omitiu quanto à possibilidade de terceirização de certas atividades decorrentes do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária junto a outras pessoas jurídicas.

Como já citado neste trabalho, é o caso das atividades-meio, ou como também definido em lei, como atividades inerentes. O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, prevê a possibilidade de que a concessionária contrate terceiros para a execução de atividades decorrentes do serviço público por ela prestada. Vejamos:

⁹A respeito da temática, se encontra em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4334/04, que será devidamente tratado em ocasião oportuna deste trabalho.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a **concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido**, bem como a implementação de projetos associados. (grifo e negrito nosso)

No mesmo esteio a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, também permitiu às operadoras de telefonia a contratação de terceiros para a execução das denominadas atividades acessórias. Basicamente reproduziu o disposto no dispositivo legal supracitado:

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

[...]

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

Exemplo prático quanto ao disposto neste item, seria o caso em que, uma concessionária que administra determinada rodovia, tem por objeto principal do contrato de concessão celebrado com o Poder Público, a conservação e ampliação da malha viária, mediante tarifa paga diretamente pelo usuário. Inerente à atividade referida, estaria a conservação da fauna que margeia a referida rodovia, assim como a recuperação e troca de placas de sinalização. Tais atividades, por mais que sejam intimamente ligadas ao objeto principal, são acessórias, ou nos termos definidos pela legislação, inerentes¹⁰, razão pela qual, podem ser prestadas por outras pessoas, alheias à relação bilateral existente no contrato de concessão.

2.2.2 Da Atividade-meio e Atividade-fim

Conforme exposto nos itens anteriores deste trabalho, restou nítida que, por força legislativa, os Entes Públicos poderiam “terceirizar” as atividades acessórias à atividade administrativa originária, com o intuito de evitar o crescimento incontrolável da máquina pública, conforme influência de diversas correntes econômicas.

¹⁰Conforme definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999, p. 386): “Inerente: que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa”.

Necessário ressaltar que, o mesmo ocorrera nas empresas privadas. Conforme explanado no primeiro capítulo, com o advento dos novos meios de produção, em especial o toyotismo, e o forte crescimento do neo-liberalismo econômico, foram fatores determinantes para que as empresas adotassem novas políticas de produção, qual seja, focando sua força de investimento, pesquisa e pessoal, no desenvolvimento e aprimoramento da atividade principal, com o intuito de consolidar-se no mercado, cada vez mais concorrido e globalizado, transferindo, deste modo, as atividades acessórias, a outras empresas (especializadas), buscando evitar desvios em sua finalidade principal.

Eis que surge o dogma atividade-meio e atividade-fim. Promover a diferenciação entre tais modalidades é tarefa delicada, em razão à dinamicidade que as relações de mercado, uma atividade que, inicialmente, era tida como atividade-fim, em razão de modificação da estratégia empresarial adotada, passa a ser considerada atividade-meio.

A respeito desta drástica modificação, Diogo Palau Flores dos Santos (2014, p. 28) cita “o exemplo da Nike, que passou a terceirizar toda sua linha de fabricação de calçados, dedicando os seus recursos em marketing e pesquisa de desenvolvimento”. Tal passagem mencionado pelo ilustre autor não deixa dúvidas quanto ao mencionado.

Em razão da ausência legislativa quanto à definição entre atividade-meio e atividade-fim, em qual delas seria possível a terceirização, houve a necessidade em pacificar a referida divergência, que fora proposta pela Justiça do Trabalho em meio a tal situação fática, que culminou com a edição da Súmula nº 331, cuja transcrição se mostra necessária para os fins desta explanação.

Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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.

Quando à importância da edição da súmula 331 do TST, Helder Santos Amorim (2009, p. 123), explana que:

No vácuo legislativo sobre o tema da terceirização na iniciativa privada a Súmula veio conferir status de legalidade a uma prática já consolidada na vida empresarial inclusive das empresas estatais que a partir de então viram-se livres para trocar o procedimento mais rigoroso do concurso público pelo procedimento mais simples de licitação de empresas prestadoras de serviços, nas tarefas consideradas atividades-meio.

Em meio à construção jurisprudencial, a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim tornou-se pouco mais acessível, de modo que, a doutrina praticamente não destoa quanto a classificação de cada uma delas.

Maurício Godinho Delgado (2014, p. 468) as distingue da seguinte maneira:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de 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 de serviços. Por outro lado, as 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 de serviços.

Partindo de tal conceituação, é necessário explanar que, nos termos da Súmula 331, bem como dos dispositivos legais já mencionados, é admitida a terceirização de serviços, tanto pelo Poder Público, quanto pela iniciativa privada, apenas no que diz respeito às atividades-meio, sendo vedada tal prática nas atividades fim, sob pena de configuração de fraude e, por conseguinte, caracterização de vínculo empregatício com o tomador dos serviços.

Quanto à vedação da terceirização das atividades-fim, a jurisprudência dos tribunais pátrios é uníssona no sentido de fazer valer o disposto no entendimento sumulado, com o

intuito de resguardar a legalidade dos contratos de trabalho, bem como evitar eventuais fraudes à aplicação da lei trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT¹¹.

Seguem alguns julgados de nossas cortes trabalhistas quanto a tal disposição:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ATIVIDADE MEIO DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. O Regional, com fundamento no conjunto fático probatório produzido nos autos, concluiu pela licitude da intermediação de mão - de - obra contratada entre os Reclamados, tendo em vista que restou comprovado que o Autor não desenvolvia as atividades fins dos tomadores de serviços. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 3855320135030043, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 15/04/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015)

EMBRATEL - MANUTENÇÃO DE AR-CONDICIONADO - ATIVIDADE-MEIO - LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO - A súmula 331/TST ressalva como lícitas as terceirizações que envolvem serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador dos serviços, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, como ocorreu no caso, em que o reclamante trabalhou na manutenção de aparelhos de ar-condicionado, pertencentes à Embratel, que atua no ramo das telecomunicações. Inexistente a pessoalidade e/ou a subordinação diretas, não há cogitar de ilicitude da terceirização. (TRT-3 - RO: 2154009 01210-2008-021-03-00-5, Relator: Convocada Maria Cecília Alves Pinto, Decima Turma, Data de Publicação: 21/10/2009 20/10/2009. DEJT. Página 115. Boletim: Não.)

Quanto às atividades-meio, não resta qualquer divergência vinculada em relação a terceirização dessas atividades, dentro dos termos dispostos na Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Apenas para fins de ratificação, Rider Nogueira de Brito (2012, p. 40) afirmam que: “[...] perfeitamente legal qualquer empresa, pública ou privada, concessionária ou não de serviço público, contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias, ou complementares do serviço que lhes incumbe [...]”.

2.2.3 Da Terceirização Lícita e Ilícita

Terceirização lícita, conforme define a doutrina, ocorre quando o tomador de serviços atende estritamente o que dispõe o Enunciado da Súmula 331 do TST, em especial em seu item III, qual seja, ocorra a inserção dessa mão-de-obra nas atividades-meio, bem como vislumbre-se ausência de pessoalidade e subordinação direta destes trabalhadores em relação ao tomador.

Entretanto, no campo prático, correm situações em que, os tomadores de serviços, acabam por desviar a finalidade do contrato de terceirização, qual seja, submete os trabalhadores da empresa prestadora a desenvolver atividades-fim, ou, exerce os diretamente,

¹¹“Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Os efeitos da referida nulidade nos contratos de terceirização serão abordados em momento oportuno.

quanto a estes funcionários, os poderes de direção inerentes ao empregador direito, nos termos do art. 2º da CLT.

Em situações deste cunho, conforme disposto do item I da Súmula 331 do TST, haverá a caracterização do vínculo empregatício entre o tomador dos serviços, vez que, presentes os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT. Tal fenômeno ocorre, além da hipótese de inserção do empregado terceirizado na atividade-fim do tomador, mas também quando este último, direciona e subordina diretamente o empregado terceirizado, influenciando uma ingerência da empresa prestadora quanto a seu empregado, o que, gera a nulidade deste contrato de terceirização pactuado entre as empresas prestadora e tomadora, nos termos do art. 9º da CLT, é o que a doutrina e a jurisprudência classificam como terceirização ilícita.

Quanto às ocorrências de subordinação direta do empregado terceirizado pelo tomador de serviços, Christiano Francisco da Silva Vitagliano (2015, p. 140) em sua lição, alude o seguinte: “cabe destacar que embora seja considerada lícita a terceirização da atividade-meio, ainda neste caso deverá inexistir pessoalidade e subordinação direta com a tomadora de serviços, sob pena de configurar a fraude [...]”.

No mesmo sentido, segue a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos o posicionamento jurisprudencial quanto à matéria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. Ante a possível contrariedade à Súmula 331, I, do TST, deve ser provido o agravo de instrumento. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE BANCÁRIA. SISTEMA DE TELEATENDIMENTO. SERVIÇOS DE COBRANÇA. ATIVIDADES ESSENCIAIS PARA AS OPERAÇÕES BANCÁRIAS ROTINEIRAS. ATIVIDADE-FIM DO BANCO. SÚMULA 331, I, DO TST. O Tribunal Regional reconheceu a licitude da terceirização. A jurisprudência desta Corte Superior tem reconhecido a ilicitude da terceirização a atividade de atendimento de cobrança de dívidas contraídas por meio de cartões de crédito. Conforme diretriz consagrada no item I da Súmula 331/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta, para atuar em sua atividade finalística, é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador. **Assim, estando a atividade desenvolvida pela Reclamante inserida na atividade-fim da tomadora de serviços, o vínculo de emprego forma-se diretamente com esta, conforme dispõe o item I da Súmula 331 desta Corte.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 2099-21.2011.5.03.0107 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 14/09/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016) (grifei e negritei)¹²

¹²Quanto à terceirização de atividades de *callcenter* por instituições financeiras, o TST possui vasta jurisprudência. Vejamos: **E-RR - 40000-21.2009.5.03.0001 Data de Julgamento: 26/02/2015**, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015; **Processo: ARR - 22-76.2012.5.05.0033. Data de Julgamento: 06/04/2016**, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016; **Processo E-ED-RR-134600-23.2008.5.03.0016**, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, data de julgamento: 29/05/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT de 29/08/2014.

Na exposição de motivos que culminaram na decisão acima, a Ministra Relatora Maria Helena Mallmann, valeu-se dos precedentes de turma da Corte do TST, bem como da SDI-1, no sentido de que a atividade de venda de cartões de crédito, cobrança, entre outros serviços característicos de instituições financeiras, constitui atividade essencial da instituição bancária, sendo ilícita a terceirização, reconhecendo assim o vínculo diretamente com o tomador dos serviços e enquadramento na respectiva categoria.

Em decorrência de tais situações, emerge o conceito de terceirização lícita, enquadrada nos termos autorizadores da Súmula 331, e, a terceirização ilícita, conforme já mencionado. Configurada a ilicitude da terceirização, dela decorrem vários efeitos, porém para os fins deste trabalho, será explorado apenas a caracterização do vínculo de emprego com o tomador dos serviços (conforme mencionado acima), em especial no tocante a tal situação frente a Administração Pública.

Conforme entendimento uníssono da doutrina, além da caracterização de vínculo de emprego com o tomador, a terceirização lícita ou ilícita, por determinação da Lei nº 6.019/74, em especial em seu art. 12, alínea “a”, garante ao tratamento isonômico ao empregado terceirizado, por ser desdobramento do preceito antidiscriminatório previsto no art. 7º, inciso XXXII da CF/88. (GODINHO, 2014, p. 469)

No mesmo sentido, Christiano Francisco da Silva Vitagliano (2015, p. 141) defende que “os efeitos jurídicos da terceirização ilícita, como sendo a formação do vínculo empregatício com o tomador de serviço, havendo alteração do elo subjetivo contratual empregatício no modo aparentemente pactuados originalmente pelas partes”. Nesses termos, o Tribunal Superior do Trabalho possui o entendimento pacificado por meio da OJ 383 da SDI-1, cujo conteúdo é de importante relevância na prática trabalhista, porém, não é objeto de estudo do presente trabalho.

Nas situações em que configurar-se terceirização ilícita junto órgãos da Administração Pública (direta, indireta e fundacional), o item II da Súmula 331 veda a formação de vínculo de emprego entre o trabalhador da empresa interposta. Tal impedimento não fora inaugurado pela referida sumula, que apenas seguiu o disposto no Texto Constitucional, nos termos do art. 37, inciso II da CF/88, que prevê a investidura de cargo ou emprego público mediante previa aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos na forma prevista em lei.

Observa-se, deste modo, dois requisitos formais para que haja a caracterização de vínculo de emprego com a Administração Pública, é necessária lei que crie cargos, e, aprovação em concurso público para sua investidura. Além do mais, consta ainda no §2º do

art. 37 da CF/88 que a não observância no disposto nos incisos II e III do referido artigo, haverá nulidade absoluta do ato.

Desta forma, fica rechaçada a hipótese de vínculo empregatício. Porém, existem três correntes que versam quanto a tal ocorrência e seus efeitos. A primeira prevê que se há irregularidade, o empregado deve ser incluído no quadro de servidores do ente estatal, em total dissonância do disposto no art. 37, II da CF/88, restando, portanto, inaplicável por ser inconstitucional. A segunda corrente defende a hipótese de que o trabalhador não possui direito trabalhista algum, o que de longe não pode ser aceita, visto que geraria um enriquecimento ilícito da Administração Pública em desfavor do empregado, além de, negar-lhe todos os direitos oriundos da relação laboral. Por fim, a terceira corrente, que é a mais plausível e acatada pela jurisprudência, prevê que, constatada a ilicitude, tal contratação não gera vínculo de emprego (em razão do disposto no art. 37, II da CF/88), porém, o trabalhador terá quitados todas as verbas oriundas do período laborado.

Nos termos da corrente doutrinária adotada, bem como o disposto no item IV da Súmula 331 do TST, os direitos trabalhistas oriundos de respectiva prestação laboral deveriam ser integralmente adimplidos pela empresa prestadora de serviços (empregadora direta trabalhador, bem como lhe tenha anotado a CTPS) e, em caso de inadimplemento desta, será atribuída a responsabilidade subsidiária ao ente público¹³.

Neste sentido Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2015, p. 55) afirmam que: “a razão desse silêncio em ambas as disciplinas reside na mesma ordem de ideias em ambos os espaços a terceirização em atividade-fim viola sistemas jurídicos específicos fundados em normas marcadas pelo signo da ordem pública, com firme amparo constitucional”.

Quanto a ilicitude da terceirização face à Administração Pública, a jurisprudência do TST resta pacífica. Vejamos:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA PERPRETADA POR ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Mesmo configurada a terceirização ilícita, não se forma a relação de emprego diretamente com ente integrante da Administração Pública, ante a norma cogente prevista no art. 37, inciso II e § 2º, da CF/88, que vincula a admissão de servidores à prévia aprovação em concurso público, e declara que a preterição dessa solenidade torna nula a contratação (Enunciado 331, II, do TST). Recurso de Revista da reclamada conhecido e provido. (TST - RR: 6234025020005045555 623402-50.2000.5.04.5555, Relator: Rider de Brito, Data de Julgamento: 18/06/2003, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 15/08/2003.)

¹³Quanto à modalidade de responsabilização da Administração Pública, esta será abordada com maior ênfase no próximo capítulo, que será dedicado a tal temática.

Nos termos acima explanados, não resta qualquer dúvida quanto à impossibilidade de caracterização de vínculo de emprego com a Administração Pública nos casos de terceirização que insira o trabalhador terceirizado no desempenho das atividades-fim do Ente contratante.

2.3 Do Projeto de Lei nº 4.330/04

Conforme já mencionado neste trabalho, encontra-se em tramite no Congresso Nacional o Projeto de Lei da Câmara nº 4.330 de 2004, de autoria do então deputado federal Sandro Mabel, eleito pelo Estado de Goiás, membro do PMDB. Atualmente, o referido projeto encontra-se aguardando apreciação do Senado Federal, visto que, fora aprovado na Câmara dos Deputados em sessão realizada no dia 22 de abril de 2015.

No texto do referido projeto legislativo, além de outras disposições, há a previsão de que a empresa tomadora dos serviços poderá contratar, mediante empresa prestadora de serviços, qualquer atividade ligada à sua prática econômica, seja ela inerente (atividade-meio), ou ligada diretamente à atividade principal do tomador (atividade-fim). Não há, portanto, uma distinção entre atividade-fim e atividade-meio, sendo tais possibilidades amplamente permitidas, nos termos do referido projeto. Vejamos a conceituação que o legislador enquadrou a ao termo prestação de serviços:

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

Tal texto, prevê ainda, a possibilidade da subcontratação de serviços a serem prestados a terceiros, qual seja, a empresa prestadora de serviços, tem a possibilidade de contratar, junto a uma outra empresa especializada na prestação de serviços, para executar o contrato firmado com a tomadora. No atual cenário legal e jurisprudencial, tal prática culminaria em terceirização ilícita, visto que, os empregados da empresa subcontratada estariam inseridos na atividade-fim da empresa interposta, conforme disposto no §1º do art. 2º:

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

Ainda quanto ao art. 2º, em seu §2º, este veda a formação de vínculo de emprego entre o tomador de serviços com os empregados ou sócios da empresa prestadora, independente da natureza da atividade que este desenvolva, já que, o mesmo texto autoriza a prestação de serviços junto à atividade-fim do tomador, o que, não irá incorrer em vínculo de emprego

entre as partes. Deste modo, perderia a validade o disposto no item I da Súmula 331 do TST, já que, por força do eventual diploma (se vier a ser aprovado no Senado Federal e sancionado pelo Chefe do Executivo), inexistindo, portanto, o termo terceirização ilícita, por consequência, a caracterização de vínculo empregatício dela decorrente.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Tal questão é extremamente delicada, visto que, o tal esboço legal se aplicaria à Administração Pública, conforme previsão expressa de seu art. 12. Desta forma, seria possível o Poder Público contratar funcionário para desenvolver suas atividades-fim, sem promover concurso público para tal. Por exemplo, em uma escola pública, os professores poderiam ser contratados junto à iniciativa privada, ao invés de preenchimento dos referidos cargos através de concurso público, conforme prevê o art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Quanto à responsabilização por verbas trabalhistas oriundas da prestação de serviços, o art. 10 do PL 4.330/04 instituiu a tese da subsidiariedade do tomador de serviços (no período em que os eventuais funcionários prestaram serviços a seu favor), garantindo a possibilidade deste mover ação de regresso contra a empresa com quem contratou.

Muitas são as críticas ao referido projeto de lei, porém, não nos cabe emitir qualquer posicionamento quanto a seus efeitos práticos futuros, tanto pela incerteza do amanhã, bem como por não ser este o objeto do presente trabalho, já que, fora mencionado apenas para fins de contextualização do tema.

2.3.1 A Questão das Cooperativas de Empregados

As cooperativas de trabalho, começaram a ganhar maior adesão no sistema brasileiro a partir da década de 90, quando as dinâmicas das relações de emprego, bem como a flexibilização destas relações começaram a tomar maiores proporções, ocasião na qual, fora editada a Lei nº 8.948/94, que instituiu o parágrafo único ao art. 442 da CLT.

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, **não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.** (sem grifo e negrito no original)

Conforme percebe-se do dispositivo legal acima transcrito, as cooperativas têm o condão de, associar pessoas que exercem a mesma profissão, para que de forma conjunta, possam alcançar melhores condições de trabalho, e, por conseguinte, melhores condições financeiras oriundas da prestação de serviços, ou produção de bens, dependendo da categoria

da cooperativa. Necessário ressaltar ainda, que não há caracterização de vínculo de emprego entre os cooperados, visto que se trata de relação horizontal entre estes, visto que são iguais em direitos e obrigações perante a cooperativa. Tal vedação não impede que, a cooperativa (que possui personalidade jurídica autônoma) contrate funcionários, situações em que estão presentes, sem qualquer ressalva os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT.

A temática das cooperativas foi melhor versada quando da edição da Lei nº 12.690/12, que regulamentou os diversos pontos controversos quanto a tal situação. Quanto as classificações das cooperativas, consta do art. 4º do referido dispositivo legal, duas possibilidades, sendo a de produção, e a de trabalho. Para os fins deste trabalho, nos limita a versar brevemente apenas quanto a segunda modalidade:

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e

II - **de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.** (sem grifo e negrito no original)

Conforme consta do inciso II do art. 4º da Lei nº 12.690/12, resta claro que a prestação de serviços pela cooperativa não irá gerar vínculo de emprego entre os cooperados e o contratante, porém, algumas questões devem ser observadas. O art. 5º da referida Lei veda a intermediação de mão de obra subordinada por parte da cooperativa, qual seja, uma tentativa de evitar que fraudes ocorram, com o intuito de maquiagem a verdadeira relação de emprego.

Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

Ante a tais condições, caso vislumbre-se a mácula entre a cooperativa e o tomador de serviços, com o objetivo de fraudar a aplicação do Direito do Trabalho (nos termos do art. 9º da CLT, restaria nulo tal contrato), fica caracterizado o vínculo de emprego entre o tomador dos serviços e os “cooperados” que o prestam, aplicando-se o disposto na sumula 331 do TST. Caso seja a Administração Pública a tomadora dos serviços, fica impossibilitada a caracterização do vínculo de emprego nos termos já expostos, porém, será responsabilizada subsidiariamente, nos termos dos itens IV e V do enunciado sumular.

Quanto a tal situação, Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2012, p. 76) afirma:

Se a cooperativa, na realidade, tem como objetivo a intermediação de mão de obra, havendo a prestação de serviços de forma subordinada, e não autônoma, em face do

tomador, o vínculo de emprego forma-se diretamente com este, por não se tratar de cooperado propriamente.

Em tais situações, que, a cooperativa exista com o único intuito de simular a realidade, mascarando o vínculo de emprego entre os “cooperados” e o tomador dos serviços, nos termos do art. 9º da CLT, tal ato é nulo de pleno direito, e por desdobramento do Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, há o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes.

Nos termos do PL 4330/04, haveria a possibilidade de contratação de cooperativas para o desempenho de atividades-fim, quais sejam, resultaria em um desequilíbrio na ordem jurídica ferrenho, tanto quanto à precarização do trabalho humano, bem como quanto à dinâmica social. A exemplo, uma escola (pública ou particular), poderia contratar uma cooperativa de professores para ministrar as aulas previstas na grade curricular. No caso da Administração Pública, haveria um grande abalo no atual sistema do funcionalismo público, já que, os servidores (investidos em seus respectivos cargos mediante concurso público), chegariam a ser dispensáveis.

Conforme mencionado, o referido PL 4330/04 não é o objeto de estudo do presente trabalho, e o mesmo está sendo inserido a título de informação, já que, não se pode precisar se o mesmo será convertido em lei, assim como irá manifestar sua eficácia.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme já mencionado em momento anterior deste trabalho, dentre as fases de responsabilização do Estado quanto aos danos causados por este aos administrados, atualmente, vigora no sistema pátrio, que a responsabilidade imputada ao Poder Público, no desempenho de suas atividades administrativas é objetiva, visto que, nosso ordenamento acolheu a Teoria do Risco Administrativo em detrimento da Teoria do Risco Integral, conforme entendimento unânime da doutrina.

Quanto a diferenciação entre as teorias supra, Sergio Cavalieri Filho (2014, p.287) as distingue da seguinte maneira:

Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.

Com a adoção da Teoria do Risco Administrativo, mesmo sendo imputada ao Poder Público a responsabilidade civil em sua modalidade objetiva, possibilitou a isenção da Administração Pública nos casos em que esta não deu causa ao dano por meio de seus agentes na execução das atividades administrativas, inexistente o dever estatal de indenizar, visto que, rompe-se o elemento principal da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade entre a ação de causa e o efeito danoso. Deste modo, nas hipóteses em que se vislumbrarem as causas de exclusão do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro) não há que falar em responsabilização da Administração Pública.

De outro modo, a Teoria do Risco Integral não garante tais possibilidades ao Estado de exclusão, onde este é responsável pelos riscos inerentes da atividade administrativa, independente da atividade de terceiros, casos fortuitos ou de força maior, bem como culpa exclusiva da vítima, razões pela qual, tal teoria não é adotada em nosso ordenamento, pois sua prática ensejaria, costumeiramente, situações de abuso. Quanto a necessidade de afastar a incidência da presente teoria no ordenamento pátrio, Gilmar Ferreira Mendes (2013, p.827) afirma:

É, contudo, preocupante a banalização da ideia de responsabilidade civil do Estado, pois quem estuda o tema sabe que é preciso haver uma singularidade para que seja reconhecido o direito a indenização em virtude do dano ou prejuízo causado pelo Poder Público. Isso porque, se assim não se proceder, corre-se o risco de usurpar os

direitos fundamentais e as garantias postas à disposição dos cidadãos, transformando-as em instrumentos destinados a proteger privilégios e interesses corporativos.

Dessa maneira, resta claro que o Estado só pode ser responsabilizado, a título de perdas e danos materiais e morais, em situações em que estes foram causados em virtude da atividade administrativa, e não simplesmente pelo fato do Estado ser titular da referida atividade.

3.1 Do Acolhimento da Teoria do Risco Administrativo pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988

Neste contexto, o constituinte de 1988, inseriu expressamente no texto constitucional a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva do Estado, pautada na Teoria do Risco Administrativo, exigindo a presença dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano suportado pela vítima e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade do Estado. Vejamos o que dispõe o dispositivo constitucional.

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:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[...]

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 ratificou a disposição constitucional, estabelecendo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público interno quanto aos danos emanados por seus agentes.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.¹⁴

¹⁴O referido dispositivo legal pode ter sua redação em razão de encontrar-se em tramite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 699/2011, que pretende dar a seguinte redação ao referido artigo: “Art. 43. 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, inclusive aqueles decorrentes da intervenção estatal no domínio econômico, assegurando o direito de regresso em caso de dolo ou culpa”.

A escolha constitucional e infraconstitucional vinculou o Estado ao dever de indenizar sempre que, em razão da condição de agente público, seja o elemento determinante para que o evento dano ocorra. Seguindo tal norte, é independente para os fins de responsabilização do Estado que o ato ilícito, fato gerador da lesão a terceiros, se de durante a execução das funções do agente público, mas sim que a referida condição se torne meio propício para a prática do ato ilícito.

Necessário ressaltar, portanto, que o núcleo determinante da responsabilidade civil estatal emerge em razão da condição de agente público, e não do desempenho das atividades. De mesmo modo, na hipótese em que um agente público, independente de sua condição, mediante ação ou omissão, incorra em ato ilícito que gere dano a terceiro, inexistente a possibilidade de imputação do ônus indenizatório ao Estado, visto que o evento dano se deu alheio à função pública por este exercida. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal consolidou o seguinte entendimento:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, **foi na condição de policial-militar** que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., **não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.** II. - R.E. não conhecido. (STF - RE: 160401 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 20/04/1999, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 04-06-1999) (sem grifo nem negrito no original)

Percebe-se, nesta vênua, a imputação do dever de indenizar ao Estado quando o agente público incorra em ato ilícito, que resulte dano a terceiros, em razão desta qualidade, de modo que, em situações onde o ilícito ocasionado por agente não seja pertinente a tal condição, inexistente imputação de qualquer modalidade de responsabilidade civil ao Estado. De outro lado, nas situações que, o dano se origine de situações lícitas (estrito cumprimento do dever legal, por exemplo), haverá a necessidade de apuração de culpa ou dolo do agente, entretanto, não é este o objeto do presente estudo.

3.2 Da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços Público

Conforme já mencionado em momento anterior deste trabalho, a Administração Pública, por força do art. 175 da Constituição Federal de 1988, pode transferir a execução dos denominados serviços públicos, à iniciativa privada, mediante contratos de permissão e concessão sempre regidas pelas normas da Lei nº 8.666/93.

Neste leque de possibilidades, o §6º do art. 37 da CF/88, tratou ainda que, do mesmo modo que a responsabilidade objetiva no desempenho das atividades administrativas é imputada à Administração Pública, esta ainda alcança as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, ou seja, executem atividades essenciais à atividade administrativa.

Quanto a tal situação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 722-723) discorre da seguinte forma:

[...] que as entidades de direito privado prestem **serviço público**, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente do serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação de serviço público; [...](grifo no original)

Neste sentido, o art. 25 da Lei nº 8.987/95 ainda tratou de imputar ao concessionário a responsabilidade pelos danos por ele causado no desempenho das atividades públicas, devendo arcar pelos danos que este gerar ao poder concedente, usuários e a terceiros (neste caso não usuários do serviço), bem como, nos termos do §1º do referido dispositivo, a responsabilização deste, pelos danos de empresas terceirizadas pelo concessionário para a execução de atividades acessórias¹⁵. Vejamos:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

[...]

Seguindo esta ótica, no desempenho de suas atividades, caso a concessionária de serviços, gere dano a terceiro não usuário dos serviços por ela prestados, em nada estará isenta do dever de ressarcir os prejuízos causados, visto que, o dano só ocorrerá em razão da atividade desenvolvida, que possui caráter público, e, ainda, pelo fato da pessoa jurídica de direito privado ter feito as vezes do Estado na execução daquela atividade, restando a ela o ônus de indenizar a quem lesou, independente de comprovação de culpa, já que trata-se de responsabilidade civil em sua modalidade objetiva.

¹⁵Conforme já mencionado neste trabalho, as atividades acessórias são também classificadas como atividades-meio.

Neste sentido, a construção jurisprudencial do tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 591874/MS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, firmou o entendimento que, o fato da vítima não ser usuário do serviço, não afasta a incidência da responsabilidade civil objetiva da concessionária, visto que, o núcleo do dever indenizatório emana donexo de causalidade entre a execução de um ato administrativo e o dano, que em razão daquele fora ocasionado. Vejamos a ementa do julgamento:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexode causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820 RTJ VOL-00222-01 PP-00500)

No caso submetido ao crivo do Pretório Excelso, tratou-se de um acidente de trânsito onde, um ônibus de uma concessionária de transporte público chocou-se com um ciclista. Deste modo, mesmo não sendo usuário do serviço de transporte público, a vítima tem o direito de ser indenizada pelo fato do nexocausal ser decorrente da execução de um ato administrativo, mesmo que prestado por pessoa jurídica privada.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 721):

Ressalte-se que a deflagração da responsabilidade pública tal como prevista no art. 37, §6º, o Texto Constitucional não faz qualquer exigência no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano o sejam a título de usuários. Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestados de serviço público.

Importante salientar ainda que, os tribunais brasileiros têm reconhecido de forma uníssona e pacífica, em casos de natureza semelhante, a aplicação do disposto no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o reconhecimento do consumidor por equiparação, para fins de maior efetivação da proteção coletiva.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

O referido dispositivo legal prevê que, em decorrência de defeitos nos produtos postos em circulação, ou prestação de serviços defeituosos (fato do produto e fato do serviço), gere danos a pessoa que não seja o destinatário final do objeto alvo da relação consumerista, o fornecedor ou fabricante do produto, responde quanto ao evento de forma objetiva. Neste sentido, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 216) lecionam que:

[...] o CDC amplia substancialmente o conceito de consumidor, ao consagrar o enquadramento do consumidor equiparado, por equiparação ou *bystander*. Consagra o art. 17 da Lei 8.078/1990 que todos os prejudicados pelo evento de consumo, ou seja, todas as vítimas, mesmo não tendo relação direta de consumo com o prestador ou fornecedor, podem ingressar com ação fundada no Código de Defesa do Consumidor, visando a responsabilização objetiva do agente causador do dano.

No tocante as empresas prestadoras de serviço público, por meio de concessão ou permissão, ou nas situações em que as Entidades Públicas terceirizem atividades classificadas como acessórias a empresas especializadas, e estas acabam por restarem insolventes, seja quanto às verbas trabalhistas pertinentes a seus quadros funcionais, ou quanto a aporte patrimonial fungível a arcar com o dever de indenizar a(s) vítima(s) de dano por esta causado no desempenho de suas atividades, surge a problemática proposta neste trabalho. Em qual modalidade, o Estado, ou até mesmo os entes privados tomadores de serviços, restariam responsabilizados? Tal questão passa a ser discorrida com maior ênfase no item seguinte.

3.3 Da Responsabilidade Estatal nos Casos de Concessão e Terceirização

Nos termos esboçados em momentos anteriores deste trabalho, nas hipóteses em que a Administração Pública, contrata junto a iniciativa privada, tanto a execução de atividades acessórias à atividade administrativa, ou, através os contratos dos institutos da concessão e permissão, a transferência do serviço público para tais pessoas jurídicas de direito privado. É cediço que, tais contratações são precedidas de um processo licitatório, nos termos do art. 175 da CF/88, sendo tal procedimento regido pela Lei nº 8.666/93.

Deste modo, a entidade privada, ao pactuar com o Poder Público, por exemplo, um contrato administrativo cujo objeto é a concessão de determinado serviço público, assume, conforme já explanado, a titularidade deste, fazendo as vezes do Estado. Deste modo, o §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, atribuiu a estas entidades privadas, responsabilidade civil em sua modalidade objetiva quanto aos danos oriundos da execução do referido serviço ou obra, bem como pelos danos decorrentes de atos de seus agentes.

Por desdobramento da referida previsão constitucional, a Lei nº 8.987/95, nos incisos II, III e IV de seu art. 2º, prevê que o concessionário ou permissionário gere tais serviços por sua conta e risco, razão pela qual está incumbido de responder perante terceiros quanto as obrigações contraídas e pelos danos causados.

Comumente, tais empresas encontram-se em situações financeiras lastimáveis, não conseguindo arcar com o ônus proveniente de créditos trabalhistas, bem como de eventuais deveres de reparação de danos causados no decorrer da execução do objeto do contrato celebrado com a Administração Pública. Por tais razões, surge a necessidade de se expor o atual posicionamento jurisprudencial e doutrinário, quanto as ocasiões em que o Estado deverá arcar com tais obrigações inadimplidas pela empresa contratada, bem como a modalidade desta responsabilidade a ser atribuída ao ente público.

3.4 Da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública

Inicialmente, antes de adentrar no ponto pertinente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, é surge a necessidade de trazer à tona as situações em que, ocorre a aplicação da responsabilidade solidária nas relações empregatícias, porém, sem maiores explanações, haja vista não se tratar do objeto principal deste trabalho.

Inicialmente, a respeito dos contratos de terceirização para trabalho temporário, a Lei nº 6.019/74, de modo expresso, em seu art. 16, fixou a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços, no caso da empresa interposta encontrar-se em situação de falência, quanto as verbas trabalhistas e recolhimentos previdenciários, referentes ao período em que o trabalhador se encontrou a sua disposição.

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

Quanto a responsabilidade solidária no adimplemento das obrigações, Maria Helena Diniz (2013, v.2, p. 180) traz a seguinte definição: “[...] é aquela em que, havendo multiplicidade de credores ou de devedores, ou de uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor (CC, art. 264)”. Quanto a solidariedade, necessário ressaltar que esta não resta presumida, devendo ser estipulada por lei por vontade das partes, conforme determinação do art. 265 do Código Civil.

Ainda quanto a solidariedade passiva, a CLT, no §2º do art. 2º, inseriu a referida modalidade de responsabilização nas situações em que, duas ou mais empresas, possuidoras de inscrições distintas junto ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, estão sob a mesma direção econômica ou administrativa, formando os denominados grupos econômicos ou industriais. Vislumbrada tal situação, todas empresas serão solidárias e, deste modo, responsáveis pelos direitos trabalhistas do empregado, mesmo que este esteja vinculado a apenas uma delas.

Quanto a responsabilidade subsidiária, esta não possui definição expressa nos termos legal, sendo fruto da construção jurisprudencial e doutrinária. De forma simplória, a responsabilidade subsidiária emana de modo residual. Inicialmente, cobra-se do devedor direto (na problemática aqui trabalhada, a empresa terceirizada pela Administração Pública para a execução de determinada atividade administrativa) e, restando-se insolvente, se insere no polo passivo o devedor indireto (no caso, a Administração Pública contratante).

Quanto a diferenciação entre responsabilidade solidária e subsidiária, Diogo Palau Flores dos Santos (2014, p. 80-81) versa que:

[...] pode-se entender que a responsabilidade subsidiária se diferencia da solidária no sentido de que nesta haverá uma correspondência horizontal e naquela, vertical, ou seja, na responsabilidade solidária o credor pode exigir a satisfação total de seu crédito de qualquer dos devedores; já na responsabilidade subsidiária o credor deve exigir do devedor principal para só então exigir do devedor subsidiário [...]

A título de exemplo, partindo da seguinte suposição: a exploração dos serviços de gás canalizado é de competência dos Estados e do Distrito Federal, que o poderão fazer diretamente ou mediante concessão, conforme determinação do §2º do art. 25 da Constituição Federal de 1988. Nesta ilustração, o Estado X, transfere à exploração de tal serviço à iniciativa privada, mediante contrato de concessão, precedida de licitação, cuja vencedora é a empresa Y. Durante a execução dos serviços a empresa Y acaba por gerar um acidente, que culmina na explosão de todo um bairro de uma cidade, causando prejuízos de natureza imensuráveis à população ali residente. Ajuizadas as respectivas ações de reparação do dano, a empresa Y não possui patrimônio suficiente para adimplir todos os créditos constituídos em juízo, restando, como única alternativa a inserção, de modo subsidiário, do Estado X no polo passivo para que as vítimas sejam indenizadas.

Quanto a tais situações, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 721-722) leciona o seguinte:

Uma vez que exercida a atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em

mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com o ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado.

Neste mesmo entendimento segue Sergio Cavallieri Filho (2014, p. 306), ao atribuir ao Estado sua responsabilidade perante aos contratos de concessão em que o concessionário se torne insolvente, “no máximo, poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos.

Não obstante, a responsabilização do Poder Público, em sua modalidade subsidiária, nos contratos de concessão ou permissão e terceirização, não é algo simples, visto que, conforme disposto do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, fora imposta a responsabilidade civil objetiva as empresas privadas prestadores de serviços públicos, assim das empresas terceirizadas para a execução de atividades acessórias, responsabilidade esta que abrange danos proporcionados a terceiros (conforme exemplo supra), bem como referente às obrigações contraídas para a execução do contrato administrativo.

Por tais razões, imputa-se à Administração Pública a responsabilidade civil subjetiva, qual seja, depende de comprovação de culpa para que seja responsabilizada pelos danos e obrigações inadimplidas oriundos das referidas contratações, visto que, o mero inadimplemento, isolado, das referidas obrigações não é elemento suficiente de responsabilização estatal.

Já que a responsabilidade civil (subsidiária) do Estado, se dá de forma subjetiva, resta diferenciar em qual dimensão esta ocorre, *in elegendo* ou *in vigilando*. Para contratar junto a iniciativa privada, a Administração Pública deve observar as normas estabelecidas pela Lei nº 8.666/93. Dentre tais requisitos, durante a habilitação para o procedimento licitatório, o art. 27 da referida lei prevê a documentação específica que os interessados deverão apresentar.

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Percebe-se, deste modo, que para uma empresa vencer uma licitação, ela deve preencher os requisitos acima expostos. Especialmente para os fins deste trabalho, frisa-se o disposto nos incisos III e IV, quais sejam, na esfera prática, o aporte patrimonial da empresa

ou consórcio com quem se pretende contratar, que garanta eventuais reparações a terceiros; assim como, a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Fiscais, e, a novidade inserida pela Lei 12.440/11, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

Em observância aos preceitos que norteiam a licitação, não há que falar-se em culpa *in elegendo*, já que se exige requisitos técnicos e, pode-se dizer, financeiro por parte do contratado, a menos que, o procedimento licitatório seja fraudado. Deste modo, conforme será abordado a partir deste momento, a doutrina e a jurisprudência estabelecem a dimensão de culpa do Estado sendo *in vigilando*.

O art. 71 da Lei nº 8.666/93, conforme já esboçado anteriormente, veda a transmissão da responsabilidade de arcar com os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais para a Administração Pública pelo mero inadimplemento do contratado.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, 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.

Eis que surge o impasse no ordenamento jurídico pátrio, visto que, quando da edição da Súmula 331 do TST, no final do ano de 1993, já se encontrava em vigência a Lei nº 8.666/93. Em seu texto original, o item IV da referida súmula previa a aplicação da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços nos casos de inadimplência das obrigações trabalhistas por parte de empregador, aplicando-se tal preceito às entidades pertencentes à Administração Pública (direta ou indireta). Deste modo, para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, conforme aplicação veemente do Poder Judiciário (em especial na seara da Justiça do Trabalho, nos termos da súmula aqui mencionada), bastaria o empregador direto (nos termos dos art. 2º e 3º da CLT, responsável pelas obrigações trabalhistas oriundas do contrato de trabalho) restar inadimplente e, a entidade tomadora de serviços, no caso a Administração Pública, ter participado da relação processual, bem como conste do título executivo judicial.

Ante a tais controvérsias envolvendo a aplicação do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93 e o item IV da súmula 331 do TST, fora proposta perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Governador do Distrito Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, com o intuito de garantir a devida aplicabilidade do dispositivo legal ora rechaçado pelas cortes trabalhistas.

Em um primeiro momento, houve a discussão em torno da ausência de controvérsia capaz a ensejar a admissibilidade da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade. Neste sentido foi entendimento do Ministro Cezar Peluso, relator da referida ação. Entretanto, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, fora reconhecida a necessária controvérsia jurídica quanto ao ponto principal da ação proposta, possibilitado, deste modo, seu conhecimento e consequente apreço de mérito.

Após a exposição de votos e debates, por maioria de votos dos membros do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 foi julgada procedente, no sentido de conferir ampla compatibilidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 com os preceitos da Constituição Federal de 1988. Segue a ementa do julgamento:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(STF - ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011.)

Durante o julgamento da referida ação, concluiu-se que, nos casos em que a Administração Pública versasse como tomadora de serviços terceirizados e também nos contratos de concessão, que obrigatoriamente são antecedidos de um procedimento licitatório, a responsabilidade imputada ao Estado, nas situações em que o prestador de serviços reste insolvente, tanto em relação às verbas trabalhistas devidas a seus empregados, quanto em relação a terceiros a quem, no desempenho do serviço público, proporcionem dano a ser reparado, imputa-se ao Estado, a responsabilidade civil subsidiária, na modalidade subjetiva, cuja dimensão da culpa a ser analisada é a culpa *in vigilando*.

Conforme já explanado em momento anterior deste trabalho, para que se caracterize a responsabilidade civil da Administração Pública ou das pessoas privadas prestadoras de serviço público, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, é necessário que o dano se evidencie em razão da ação ou omissão de quem atue na qualidade de agente público. Nestes termos foi o voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento da referida ADC nº 16, no qual é necessária parcial transcrição:

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo do agente público que aja nessa qualidade. Não é essa

situação disciplinada pelo art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Nesse dispositivo o 'dano' considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

Em virtude do reconhecimento da constitucionalidade do referido dispositivo legal pelo Supremo, o TST, através da resolução 174/2011, atribuiu nova redação ao item IV da sumula 331, bem como inseriu os itens V e VI ao enunciado de sumula, que trata especificamente das situações em que entidades pertencentes ao Poder Público figuram como tomadores de serviços, bem como quanto à extensão da subsidiariedade do tomador de serviços.

Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

[...]

V - 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.

Deste modo, o dever do Estado, durante a execução do contrato pactuado com a concessionária ou empresa prestadora de serviços terceirizados, é fiscalizatório. Tal obrigação emana do art. 67 da Lei nº 8.666/93, cuja literalidade se transcreve:

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

Na hipótese em que, o prestador dos serviços venha descumprindo as obrigações trabalhistas, a Administração Pública, nos termos do dispositivo legal supracitado, tem o dever de exigir explicações do prestador quanto a tal situação, visto que, tais ocorrências podem desencadear a eventual apuração da falta contratual praticada pelo prestador de serviços terceirizados que, pode acarretar, inclusive, na extinção do contrato com a Administração Pública, nos termos do art. 78 da Lei nº 8.666/93.

Quanto as providências a serem tomadas pela Administração Pública quando esta deparar-se com situações de descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do, Diogo Palau Flores dos Santos (2014, p. 119) expõe o seguinte entendimento:

[...] pode ocorrer que o prestador de serviços responda de forma positiva, no sentido de reconhecer que está inadimplente para com seus trabalhadores, mas se compromete a sanar a situação. Nesse caso, entende-se que a Administração agiu com zelo no cumprimento de suas obrigações fiscalizatórias, não podendo ser responsável se houve informação equivocada ou até destoadada da realidade por parte do prestador de serviços terceirizados. A imputação de responsabilidade somente seria possível quando a Administração, conhecedora formalmente de uma situação de inadimplência não toma qualquer providência.

Nesta vênua, para que ocorra a eventual responsabilização do Estado de forma subsidiária, deverá restar provada a culpa *in vigilando*, qual seja, sua negligência fiscalizatória no durante a prestação dos serviços terceirizados.

Quanto à falta de fiscalização do Estado nos referidos contratos, Maurício Godinho Delgado (2014, p. 487) traz a seguinte crítica:

[...]mesmo se não acolhida a aplicação da regra de responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização trabalhista, é irrefutável a incidência da responsabilidade subjetiva dos entes estatais que realizam terceirização de serviços, se verificada sua inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, se verificada sua inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando*, que existe no Direito brasileiro há cerca de 100 anos (art. 159 Código Civil de 1916; arts. 186 e 927, *caput*, Código Civil de 2002), atingindo qualquer pessoa jurídica, inclusive o Estado e seus entes – como não poderia deixar de acontecer em ordem jurídica que se afirma civilizada.

Assim sendo, no âmbito de um contrato de terceirização pactuado pela Administração Pública, restando o prestador dos referidos serviços insolvente, seja perante verbas trabalhistas, seja decorrente de outros créditos oriundos do contrato administrativo, e, o ente do Poder Público, não cumpra seu dever de fiscalização (conforme disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/93), estará incorrendo em negligência, qual seja, caracterizada a culpa *in vigilando*, e por conseguinte, enseja em responsabilidade civil subsidiária do Estado, quanto ao(s) dano(s) causado(s) pela pessoa jurídica de direito privado com quem pactuou. Interessante colocar a construção jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho quanto a tal atribuição ao Estado. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA CONCRETA IN VIGILANDO EXPRESSAMENTE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. LIMITAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, V E VI, DO TST. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída ao ente público quando evidenciada a culpa *in vigilando*. Com efeito, é possível verificar a conduta culposa do contratante, conforme destacado pelo TRT: **-Assim, levando-se em conta que o tomador de serviços agiu com culpa, porque beneficiou-se do trabalho humano do trabalhador, ora recorrido, sem, contudo, exercer a adequada fiscalização e controle sobre a contratada, exsurge a intitulada responsabilidade subsidiária,** que decorre do fato de a recorrida ter laborado nas dependências do tomador de

serviço fato incontroverso, sob pena de privilegiar-se o enriquecimento sem causa da Administração Pública em total dissonância com os princípios e valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito brasileiro.-. Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. No tocante ao tema -Limitação da Condenação-, a v. decisão regional está em consonância com a Súmula nº 331, VI, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 1312008620115170151, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014) (sem grifo e negrito no original)

Ante o exposto, nos surge uma questão de suma relevância e reflexão. Sob o óbice dos princípios que regem o Direito do Trabalho, em especial aos da proteção ao empregado, e da continuidade da relação de emprego, bem como aos princípios basilares instituídos pela Carta da República em seu art. 1º, cabe ao Estado, não só a mera fiscalização do adimplemento de verbas provenientes da prestação laboral em seu favor, mas também possibilitar meios suficientes a garantir aos empregados das prestadoras (que indiretamente favoreceram a Administração Pública), satisfaçam seu crédito, que possui, nos termos da melhor doutrina, natureza alimentar, tanto que é protegido pela impenhorabilidade, nos termos do art. 833, inciso IV do CPC.

Caso a Administração, durante a fiscalização de tais contratos, vislumbre irregularidades, notifique o prestador, e este, não tome qualquer providência a fim de sanar tal impasse (a medida que se espera é o adimplemento das verbas atrasadas), a rescisão contratual por parte da Administração Pública seria a medida cabível, conforme prevê o art. 78 da Lei nº 8.666/93, o que, resultaria em uma estratégia ardilosa da Administração para se desvanecer de eventual responsabilização, afastando, deste modo, da incidência dos itens IV e V da súmula 331 do TST.

Tal situação, conforme alude as cortes trabalhistas e a doutrina que incorreria em enriquecimento ilícito da Administração Pública, em detrimento do trabalhador e, por tais razões, deverá o Estado arcar com a reparação de tais danos. Falar-se-ia, ainda, em nulidade de tal rescisão contratual pela Administração Pública, nos termos do art. 9º da CLT, porém, conforme aludido, não é este o objeto do presente trabalho, e a presente explanação fora elaborada para fins argumentação. O mesmo deverá ser observado nos casos em que, danos de ordem material e moral sejam ocasionados por prestadores de serviços terceirizados à Administração Pública ou concessionários de serviços públicos no desempenho destas funções, cabendo ao Estado, atuar de forma suplementar caso o aparato patrimonial dos contratados seja insuficiente a reparar tais lesões.

3.5 Aspectos Processuais da Responsabilidade Subsidiária

Nos termos do item IV da súmula 331 do TST, para que, efetivamente seja atribuída ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária quanto as verbas, este deve participar da relação processual.

Neste sentido, presume-se a formação de um litisconsórcio necessário, nos termos do art. 114 do CPC, onde o polo passivo será composto pelo empregador direito (no caso a empresa prestadora de serviços) e pela Administração Pública.

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Quanto à formação do litisconsórcio necessário no Processo do Trabalho nas situações que versem sobre responsabilidade subsidiária, Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 564) defende sua aplicação:

Tendo em vista a existência da CLT acerca do litisconsórcio passivo, cremos que são aplicáveis ao processo do trabalho as normas do CPC, pois não há qualquer incompatibilidade. A propósito é até corriqueira a formação litisconsorcial passiva em se tratando de responsabilidade subsidiária, como ocorre nos casos de terceirização (TST, Súmula 331, IV) e empreitada (CLT, art. 455).

Deste modo, é necessário que, no momento da propositura da ação, o autor insira no polo passivo o tomador de seus serviços, visto que, por força do princípio da proteção ao trabalhador, juízes do trabalho que, de ofício, determinam a emenda à inicial da Reclamação Trabalhista, com o intuito de que seja, no prisma aqui trabalhado, inserida a Administração Pública, para garantir ao trabalhador eventual satisfação de seu crédito.

Ainda no âmbito da terceirização de serviços pela Administração Pública, conforme prevê o item V da súmula 331 do TST, deverá haver a conduta culposa daquela quanto ao dever fiscalizatório do adimplemento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços. Entretanto, necessário ressaltar que o ônus da prova referente à fiscalização é do Ente Público, já que, o mesmo irá constituir fato extintivo de sua responsabilidade subsidiária. Tal entendimento é uníssono na jurisprudência do TST. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Foi demonstrada divergência jurisprudencial apta a promover a admissibilidade do recurso de revista. Agravo de instrumento provido para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DA CULPA *IN VIGILANDO*. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. INDISPENSABILIDADE DA PRODUÇÃO DE EFETIVA FISCALIZAÇÃO POR PARTE DA ENTIDADE PÚBLICA.

Compulsados os autos verifica-se que a decisão Regional considerou não haver provas da ausência de fiscalização do Município de São Paulo tão somente por entender não satisfeito o ônus da prova atribuído pelo Regional à reclamante. Em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 16, julgada pelo STF em 24/11/2010), não foi afastada, *in totum*, pela Suprema Corte, a responsabilidade subsidiária dos entes estatais tomadores de serviços pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo. Com efeito, subsiste, ainda, a possibilidade de responsabilização subsidiária da entidade pública tomadora de serviços quando existente sua culpa *in vigilando*, observada a partir da análise fática da conduta específica da administração pública. Diante de tal circunstância, distribuição do ônus da prova, não há como examinar a responsabilização da entidade pública que não à luz da legislação processual (*onus probandi*), ex vi do art. 5º, II, da Constituição Federal. Isso porque, dada a facticidade circunstancial e individualizada que envolve o novo paradigma jurídico-processual (examinar, caso a caso, a responsabilização da entidade pública mediante prova da falta de fiscalização das obrigações trabalhistas), **não havendo dúvida de que o ônus da prova é da entidade pública em face do princípio da aptidão para prova e porque terceiriza seus serviços, por expressa dicção da lei (arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, 77, 78 e 87 da Lei 8.666/93, 333, II do CPC e 818 da CLT)**, não pode se eximir o julgador de aplicar a lei processual, como o caso requer, a fim de dar efetividade ao que ficou decidido na referida Ação Direta de Constitucionalidade, não podendo ser imputada a debatida obrigação ao trabalhador. Portanto, se só é possível responsabilizar subsidiariamente o Estado quando, comprovadamente, não fiscalizar o cumprimento dos encargos trabalhistas, contrario sensu, **apenas é possível excluir a sua responsabilização se provar ter sido vigilante**, a tempo e modo, com referidos encargos. **Reconhecido que cabe à entidade pública o ônus de provar a promoção da fiscalização do contrato firmado com a empresa tomadora dos serviços**, torna-se necessário que o Tribunal Regional aprecie a pretensão objeto da ação, levando em consideração a existência dos elementos os quais norteiam a responsabilidade da entidade pública, pois apenas se configurada culpa *in vigilando* é que é possível entender pela responsabilidade subsidiária da administração pública. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (TST - RR: 728002520095020262, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 03/09/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/09/2014) (sem grifo e negrito no original)

No mesmo liame inserir-se-ia, conforme disposto no referido art. 114 do CPC, a Administração Pública nos casos que versem quanto à reparação de danos de ordem material e moral a terceiros, oriundos de atos ilícitos (arts. 186, 187 e 927 do CC/02) emanados durante a execução dos serviços públicos terceirizados.

Acerca da competência para processar e julgar tais ações compete à Justiça do Trabalho, as causas que versem quanto às verbas trabalhistas oriundas da relação de emprego, nos termos do art. 114, inciso I da CF/88 e, na reparação de danos civis (morais e materiais) será competente a Justiça Federal (art. 109, inciso I da CF/88) nos casos em que a União seja parte, e, quanto aos Estados, Municípios e o Distrito Federal, será competente a Justiça Estadual a qual o Ente Federado esteja submetido à jurisdição (art. 125 da CF/88).

3.6 Da Responsabilidade Civil do Estado no PL 4330/04

A título de contextualização, se faz necessário incluir neste momento do trabalho os possíveis efeitos do referido projeto de lei em nosso ordenamento jurídico, já que, conforme

mencionado no capítulo anterior, o mesmo pretende regulamentar a prática da terceirização em nosso país, tanto para a iniciativa privada, quanto para a Administração Pública.

Quanto a responsabilização do Estado por verbas oriundas dos contratos de terceirização, o art. 12 prevê a observância do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Muito é discutido em torno das possíveis mudanças na esfera jurídica, especialmente na seara trabalhista, propostas pelo PL 4330/04.

Vem sendo comum, por parte de representantes das classes trabalhadoras, a organização de movimentos sociais contra a conversão do referido projeto em lei, visto que, conforme defeso por estes, haverá uma ferrenha supressão dos direitos trabalhistas individuais e coletivos, permitida por lei.

No mesmo sentido, o funcionalismo público vem se pronunciando a respeito, visto que, haveria a possibilidade de contratação de terceiros para o desempenho das atividades-fim (atividade administrativa), exercidas pela respectiva entidade pública, “ocupando” os quadros de carreira, até então investidos mediante concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 37, inciso II da CF/88.

De um todo, são pertinentes tais questionamentos, já que, é muito mais vantajoso, financeiramente falando, manter um contrato de terceirização com uma empresa especializada, do que manter um quadro próprio de funcionários ou servidores, já que, o gasto na manutenção de um quadro de servidores ou trabalhadores é muito maior que a manutenção de um contrato de terceirização.

Entretanto, as vezes por falta da devida informação quanto à temática, se forma uma noção equivocada da possível realidade, muito próxima ao senso comum, o que faz que tais críticas não sejam apreciadas a fundo.

Não há que se falar em supressão de verbas trabalhistas ou extinção de cargos públicos com a eventual conversão do referido projeto em lei, visto que, este institui a obrigação da empresa prestadora quanto as verbas trabalhistas de seus empregados, bem como institui a responsabilidade subsidiária, de modo expresse, ao tomador dos serviços (art. 10º e art. 14, inciso III do PL 4330/04). Conforme dito, é necessário ressaltar que o referido projeto tem o intuito de inaugurar, na seara legislativa, a responsabilidade subsidiária nas relações de trabalho terceirizados, que até o presente momento, é regulada pela jurisprudência, especialmente pela súmula 331 do TST.

Deste modo, há a presunção de que, o referido projeto, caso convertido em lei, adote a teoria da responsabilidade subjetiva *in vigilando*, nos termos já consagrados pela ADC nº 16, bem como pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Porém, o referido projeto está pendente de aprovação pelo Senado Federal, podendo ser passivo de alterações, não nos cabendo dizer seus efeitos futuros, se é que estes chegaram a ser produzidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a conclusão que a explanação do presente trabalho nos direciona é no sentido de que, é amplamente possível que a Administração Pública, direta ou indireta e fundacional, terceirizar serviços meramente executórios, também denominados atividades-meio, assim como contratar junto à iniciativa privada, a prestação de serviços públicos, nos termos do art. 175 da CF/88, mediante os contratos de concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação.

A concessão do serviço público, seja ela em sua modalidade simples ou na precedida de obra pública, é regulamentada pela Lei nº 8.987/95. O referido dispositivo legal prevê que o concessionário é amplamente responsável por todos os prejuízos causados no desempenho dos serviços contratados, conforme disposição expressa do art. 25 da referida lei.

Tal imposição se dá por desdobramento do acolhimento da teoria do risco administrativo, conforme direciona o § 6º do art. 37 da CF/88, visto que, a previsão constitucional é no sentido de que 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.

Porém, caso a empresa prestadora de serviços não possua aparato patrimonial suficiente a garantir a reparação do dano proveniente de eventual imposição jurisdicional, restará ao Poder Público contratante arcar patrimonialmente com os referidos danos. Deste modo, se conclui que, quanto ao Estado, em tais hipóteses, restara a responsabilidade civil em sua modalidade subsidiária, já que, em um primeiro momento esgota-se os recursos do devedor originário e, findo este e não satisfeito o crédito, cabe ao Estado arcar com os prejuízos.

Forçoso ressaltar ainda, que, para se tornar possível a imputação subsidiária ao Estado, é necessário que o dano causado pelo ente privado se opere em razão do desempenho do serviço público, caso tal elemento não se evidencie, não há que se falar em responsabilidade estatal.

Vislumbra-se, portanto, que quanto ao Estado, a responsabilidade civil adotada é subsidiária e, em sua dimensão de culpa *in vigilando*, já que, não há que falar-se em culpa *in elegendo*, pelo fato do contrato administrativo ser precedido de licitação, e, conforme os requisitos do art. 27 da Lei nº 8.666/93, o interessado em contratar com a Administração Pública deve estar habilitado, nos termos do referido dispositivo, motivo pelo qual, não há

que se falar em culpa *in elegendo*, tendo em vista que a escolha do contratado ficou adstrita ao instituído pela lei.

A culpa a ser imputada ao Estado se dá na dimensão *in vigilando*, vez que, nos termos do art. 65 da Lei nº 8.666/93, este tem o dever de fiscalizar a execução do contrato, e, percebendo que o contratado não o está adimplindo, tomar as medidas necessárias a fim de garantir a execução do serviço, bem como resguardar o direito de terceiros e, não obtendo sucesso, rescindir o referido contrato.

No mesmo esteio vem a questão das verbas trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização pactuados pela Administração Pública. Nas situações em que o Poder Público contrate mão de obra terceirizada para a execução de atividades acessórias, ou transfira o desempenho de serviço público mediante concessão, haverá a necessidade de abertura de um processo licitatório, onde haverá a necessidade de comprovação da habilitação dos interessados, conforme requisitos do art. 27 da Lei nº 8.666/93, cujo um dos requisitos é a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

Neste intento, durante a execução do contrato, a empresa prestadora de serviços deixe que arcar com as verbas trabalhistas de seus funcionários, e, estes ingressem com reclamações trabalhistas objetivando o adimplemento de verbas oriundas de tal relação, e a empresa prestadora reste-se insolvente, surge a necessidade de satisfazer este crédito de natureza trabalhista.

Conforme mencionado, o TST editou a súmula 331, que versa quanto os efeitos dos contratos de terceirização, tanto pela iniciativa privada, que, nos termos de seu item IV, prevê a imputação subsidiária ao beneficiário (tomador) dos serviços prestados pelos empregados da empresa insolvente, porém, em seu item V, traz especificidades quanto a responsabilização subsidiária da Administração Pública, qual seja, a observância do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

A previsão do dispositivo legal supracitado é de que, a mera inadimplência do prestador de serviços não transfere à Administração Pública o dever de arcá-los. Tal dispositivo foi alvo da ADC nº 16, que concluiu pela constitucionalidade do referido artigo. Nos termos do julgamento pelo Plenário do SFT, restou firmado o entendimento de que, para que fosse possível a imputação de responsabilidade subsidiária ao Poder Público, nos contratos de terceirização, era necessária a comprovação de que este, não cumpriu com seu dever fiscalizatório durante a execução do contrato, qual seja, a negligência estatal resta como meio suficiente a caracterizar a culpa *in vigilando*. Após o julgamento da referida ação, o TST adequou a redação da referida súmula nos termos do entendimento emanado pelo STF.

Deste modo, caracterizada que a Administração Pública foi inadimplente no

desempenho de sua função fiscalizatória, e, restando a empresa prestadora insolvente quanto às verbas trabalhistas pleiteadas em juízo, aplica-se a responsabilidade subsidiária quanto a estas, nos termos do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho na edição de seu enunciado 331.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALA, Vantuil. **Terceirização: normatização – questionamentos**. Rev. TST, Brasília, vol. 74, no 4, out/dez 2008. Disponível em: <<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/5384>> Acesso em 08 jul. 2016.
- ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e Súmulas do TST comentadas**. 14ª. Ed. São Paulo: Rideel, 2015.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AMORIN, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. 1ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro**. Numero 17 – fevereiro/março/abril – 2009 – Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre%20aragao.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2016.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 jun. 2016.
- _____. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 28 jun. 2016.
- _____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 15 out. 2016.
- _____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 15 out. 2016.
- _____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em: 24 jul. 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 17 jul. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 2.271 de 07 de julho de 1997.** Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D2271.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

_____. **Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008.** Disponível em:
<<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1>> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L5645.htm> Acesso em 22 jun. 2016.

_____. **Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 01 set. 2016.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. **Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm> Acesso em:
18 out. 2016.

_____. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>
Acesso em 30 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 – Distrito Federal, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591874 – Mato Grosso do Sul, Relator:Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 26/08/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160401 – São Paulo, Relator: Carlos Velloso, Segunda Turma, Data de Julgamento: 20/04/1999, Data de Publicação: DJ 04-06-1999.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 215400901210-2008-021-03-00-5, Relator: Convocada Maria Cecilia Alves Pinto, Decima Turma, Data de Publicação DEJT: 21/10/2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 131200-86.2011.5.17.0151, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Julgamento: 20/08/2014, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 623402-50.2000.5.04.5555, Relator: Rider de Brito, 5ª Turma, Data de Julgamento: 18/06/2003, Data de Publicação: DJ 15/08/2003.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 385-53.2013.5.03.0043, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Julgamento: 15/04/2015, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 2099-21.2011.5.03.0107, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Julgamento: 14/09/2016, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 72800-25.2009.5.02.0262, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Julgamento: 03/09/2014, Data de Publicação: DEJT 05/09/2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 21ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3ª. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivum, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2014.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1: teoria geral do direito civil.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 28ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V. 2: teoria geral das obrigações.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. total. rev. e amplia. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES NETO, Indalécio; NOGUEIRA DE BRITO, Rider. **A terceirização no Brasil**. 1ª. Ed. Curitiba: Íthalia, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Cooperativas de trabalho: a lei 12.690/2012 e o direito do trabalho**. – Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul/set 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/6051320/Cooperativas+de+trabalho>> Acesso em: 04 jun. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 4: responsabilidade civil.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5ª. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional** - B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 87-117 - out./dez. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005/terceirizacao-na-administracao-publica-uma-pratica-inconstitucional>> Acesso em: 08 jul. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 27ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. 1ª. Ed. São Paulo: Quarter Latim, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 37ª. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. V. 53: responsabilidade civil.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª. Ed. atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 6ª. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V. 7: responsabilidade civil.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29ª. Ed. rev. São Paulo: Ltr, 2003.

_____. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 26ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 5ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2003.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis> Acesso em 07 jul. 2016.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 8ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2015.

SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. 1ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Patrícia Pinheiro. **Terceirização nos serviços públicos**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313002/5.+Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+nos+servi%C3%A7os+p%C3%BAblicos?version=1.0>> Acesso em: 05 ma. 2016.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil**

Brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do código civil francês. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima.

Instituições de direito do trabalho. 22ª. Ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2005. V.1.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6ª. Ed. rev. atual. e amplia. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5ª. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VITAGLIANO, Christiano Francisco da Silva. **Terceirização e trabalho no setor canavieiro em Paranaíba-MS**. 1ª. Ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2015.

XAVIER, Marcos Coelho. **Fundamentos de responsabilidade civil estatal**. 1ª. Ed. Brasília: OAB Editora, 2005.

ANEXO

PROJETO DE LEI Nº 4330 DE 2004**REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº 4.330-I DE 2004**

Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os arts. 421 a 480 e 593 a 609.

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 3º São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – registro na Junta Comercial;

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados: capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados: capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados: capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados: capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados: capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º Convenção ou acordo coletivo de trabalho podem exigir a imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos no inciso III deste artigo.

§ 2º O valor do capital social de que trata o inciso III deste artigo será reajustado:

I – no mês de publicação desta lei, pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificada de novembro de 2004, inclusive, ao mês imediatamente anterior ao do início de vigência desta lei;

II – anualmente, a partir do ano subsequente ao do reajuste mencionado no inciso anterior, no mês correspondente ao da publicação desta lei, pela variação acumulada do INPC nos doze meses imediatamente anteriores.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Art. 5º São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.

Art. 6º Os serviços contratados podem ser executados no estabelecimento da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

Art. 7º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.

Art. 8º Quando o empregado for encarregado de serviço para o qual seja necessário treinamento específico, a contratante deverá:

I – exigir da empresa prestadora de serviços a terceiros certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço; ou

II – fornecer o treinamento adequado, somente após o qual poderá ser o trabalhador colocado em serviço.

Art. 9º A contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços a terceiros benefícios oferecidos aos seus empregados, tais como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o caput, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 13. O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

I – a especificação do serviço a ser prestado;

II – o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

§ 1º A contribuição sindical devida pelo trabalhador de empresa de prestação de serviços a terceiros, contratado para o cumprimento do contrato de que trata esta Lei, é proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante e consiste na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou

fração superior a quatorze dias.

§ 2º Não é devida a contribuição pelo trabalhador se este já houver pago, no mesmo ano, a título de contribuição sindical, importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, nos termos do art. 582 da CLT.

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;

II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

Art. 17. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada.

§ 1º A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT.

§ 2º As partes ficam anistiadas das penalidades não compatíveis com esta Lei, impostas com base na legislação anterior.

Art. 18. Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O mundo assistiu, nos últimos 20 anos, a uma verdadeira revolução na organização da produção. Como consequência, observamos também profundas reformulações na organização do trabalho. Novas formas de contratação foram adotadas para atender à nova empresa.

Nesse contexto, a terceirização é uma das técnicas de administração do trabalho que têm maior crescimento, tendo em vista a necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço.

No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação.

As relações de trabalho na prestação de serviços a terceiros reclamam urgente intervenção legislativa, no sentido de definir as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços e, assim, garantir os direitos dos trabalhadores.

A presente proposição tem origem no Projeto de Lei nº 4.302, de 1998, que após mais de cinco anos de tramitação, teve a retirada solicitada pelo Poder Executivo. Ressalta-se que durante a tramitação do Projeto de Lei do Executivo, que também alterava a lei do trabalho temporário, travaram-se longos e frutíferos debates sobre o tema, tanto nesta Casa quanto no Senado Federal, que muito enriqueceram a proposta original.

O Projeto de Lei que ora apresentamos exclui os dispositivos que tratavam do trabalho temporário, limitando-se à prestação de serviços a terceiros, e incorpora as contribuições oferecidas por todos os que participaram dos debates do Projeto de Lei nº 4.302, de 1998.

A nossa proposição regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes. O prestador de serviços que se submete à norma é, portanto, a sociedade empresária, conforme a nomenclatura do novo Código Civil, que contrata empregados ou subcontrata outra empresa para a prestação de serviços.

Deve ser destacada a definição da empresa prestadora de serviços como aquela que presta serviços determinados e específicos para a empresa contratante. É a prestadora responsável pela contratação, remuneração e direção do trabalho de seus empregados, podendo, ainda, subcontratar outras empresas para realizar os serviços contratados.

Não há, obviamente, vínculo empregatício entre a tomadora de serviços e os trabalhadores contratados pela prestadora ou seus sócios.

São estabelecidos requisitos para o funcionamento das empresas prestadoras de serviço que visam a garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. O capital social mínimo estipulado em função do número de empregados é um exemplo.

É prevista, ainda, a possibilidade de ser exigida a imobilização de até 50% do capital social da prestadora de serviços mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A nossa proposição define também a figura do contratante que pode ser pessoa física ou jurídica. A inclusão de pessoa física justifica-se pela necessidade de permitir a contratação de prestadoras de serviço por profissionais liberais.

Vários dispositivos estipulam limitações contratuais que protegem o trabalhador, como a vedação de sua utilização, pela empresa contratante, em atividades diversas das estipuladas em contrato com a empresa prestadora de serviços. O objeto da contratação deve ser especificado. É, no entanto, amplo, podendo versar sobre atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Uma das situações que muito nos preocupou foi a possibilidade de um trabalhador continuar prestando serviços a uma empresa contratante, ainda que se sucedam várias empresas prestadoras de serviço.

Optamos por abordar o tema no art. 5º, permitindo a continuidade do trabalho para a mesma empresa contratante.

A empresa contratante é diretamente responsável pelas condições de segurança e saúde do ambiente de trabalho. Além disso, caso seja necessário treinamento específico para a realização do trabalho, a empresa contratante pode exigir da prestadora o certificado de capacitação do trabalhador ou pode fornecer o treinamento adequado.

Uma das maiores críticas que se faz à terceirização é a precarização das relações de trabalho dela decorrentes, apresentando altos índices de acidentes do trabalho. Atribuir a responsabilidade à contratante por esse aspecto ligado às condições de trabalho representa uma garantia ao trabalhador e, certamente, contribui para a melhoria do ambiente laboral.

É prevista a responsabilidade subsidiária da contratante quanto às obrigações trabalhistas, sendo-lhe assegurado, obviamente, o direito de ação regressiva contra a prestadora de serviços / devedora.

O projeto inova ao assegurar mediante a ação regressiva, além do ressarcimento dos valores pagos pela contratante, o pagamento de uma indenização equivalente ao valor pago ao trabalhador.

Há, ainda, previsão de responsabilidade solidária quanto às obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços que subcontratar outra empresa.

No caso de contratação com a Administração Pública, o projeto remete à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Isso significa que a Administração Pública é solidariamente responsável quanto aos encargos previdenciários, mas não quanto às dívidas trabalhistas.

O contrato de prestação de serviços deve conter a especificação do serviço a ser prestado e o prazo para a sua realização. Deve, além disso, prever a apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas, o que possibilitará a fiscalização por parte da empresa contratante.

Outro aspecto relevante da proposição é que o recolhimento da contribuição sindical compulsória deve ser feito à entidade representante da categoria profissional correspondente à atividade terceirizada.

Aumenta-se, dessa forma, o poder de negociação com as entidades patronais, bem como é favorecida a fiscalização quanto à utilização correta da prestação de serviços.

São excluídas da aplicação da lei as atividades de empregado doméstico, e ainda as atividades de vigilância e transporte de valores, que já possuem legislação específica.

É estabelecida multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado em caso de descumprimento da norma.

É concedida anistia aos débitos, penalidades e multas impostas com base em normas não compatíveis com a lei.

A proposição concede prazo de cento e vinte dias para a adequação dos contratos vigentes aos termos da nova lei, sendo que a vigência ocorrerá trinta dias após a publicação. Tal prazo, acreditamos, é suficiente para que as partes interessadas tenham ciência das alterações e adequem seus contratos.

Destacamos, ainda, que a proposição é fruto de discussão com vários segmentos da sociedade. Tal discussão não está encerrada. Deve, outrossim, ser ampliada, a fim de aprimorar o texto da norma.

Colocamo-nos, desde já, à disposição daqueles que queiram contribuir para a regulação dessa matéria, tão relevante para as relações de trabalho no Brasil.

Por considerarmos de alta relevância a regulamentação da terceirização, rogamos aos nobres Colegas pela aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em 26 de outubro de 2004.

Deputado Sandro Mabel