

# TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Waldir Zagaglia\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A legalidade das terceirizações celebradas pelo Poder Público (requisitos de validade). Terceirização: afronta à exigência constitucional do Concurso Público?; 3. Enunciado 331 do TST e a necessidade de terceirizar (em busca de novos paradigmas); 4. Inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada; 5. Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*; 6. Responsabilidade Subsidiária e Responsabilidade Solidária; 7. Conclusão.

## 1. Introdução

O objeto do presente estudo é a verificação da existência e da extensão da responsabilidade do poder público nos contratos de terceirização, apresentando como tema adjacente o exame da questão proposta, qual seja: se a terceirização afronta a exigência constitucional de concurso público. Os demais itens que constam do temário, na realidade, se subsumem ou são subitens da temática central.

Dois são os aspectos jurídicos a serem estudados: o primeiro, o próprio instituto da terceirização no Direito do Trabalho e o segundo, o da responsabilidade do Estado nos contratos de terceirização.

À guisa de introdução, cabe dizer que, desde meados da década de 1990, a terceirização de serviços vem sendo reconhecida e utilizada, no setor privado, como fórmula capaz de atender às novas demandas propostas por uma economia cada vez mais globalizada e, no setor público, por uma necessidade incontestável de otimização dos serviços públicos que se compatibilize com o enxugamento da máquina estatal<sup>1</sup>.

Mas, do ponto de vista estritamente jurídico, o que vem a ser exatamente terceirização? Sem embargo do alerta de que definições em direito são sempre perigosas, tem-se que admitir que, como o próprio nome diz, na terceirização existem três agentes ou três partes ou, no âmbito do vínculo obrigacional, como querem alguns, há uma relação trilateral formada entre o trabalhador, o intermediador da mão de obra e o tomador de serviços<sup>2</sup>.

Particularmente, não vamos ao ponto de encontrar na terceirização uma real dissociação entre a relação econômica e a relação de subordinação trabalhista que lhe seria correspondente. Nesse passo, discordamos, com todas as vênias, daqueles que

afirmam que a terceirização poderia ser entendida como um mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho, sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo empregador<sup>3</sup>.

Disso discordamos porque tal conceito procura explicar e definir o fenômeno jurídico econômico da terceirização pelas suas consequências, sequer pelas causas ou pelo conteúdo diferenciador dos demais institutos semelhantes. Do mesmo modo e pelas mesmas razões, não comungamos com aqueles que veem na terceirização uma espécie de empreitada ou de subempreitada. Na verdade, são institutos de relação de trabalho bastante semelhantes, contudo, diferentes<sup>4</sup>.

Seria absolutamente desnecessário retroceder aos primórdios da história do trabalho humano para garimpar, aqui e ali, elementos que possam sugerir uma terceirização embrionária ou mesmo práticas trabalhistas ancestrais que pudessem ter inspirado ou serem consideradas fontes do instituto da terceirização como atualmente praticada. De toda sorte, nos parece que a ideia da prestação de serviços por trabalhadores não vinculados diretamente à própria causa do empreendimento é mais presente na história da civilização ocidental do que se possa imaginar. Apenas como exemplo, observe-se na história militar que a figura do mercenário, ou seja, daquele que luta pelo soldo e não pela bandeira, é tão antiga quanto a história da própria humanidade.

A primeira ideia que se deve fixar é a de que ao se falar de terceirização não se está descobrindo a pólvora, nem o ovo de Colombo. Está-se, tão-somente, dando uma nova fórmula à velha, clássica e antiga subordinação jurídica e econômica entre o trabalhador e o tomador de serviços. É muito mais uma prática que responde às demandas atuais da globalização da economia, da cada vez maior e necessária especialização e setorialização do trabalho, da democratização do empreendedorismo e da otimização da relação custo-benefício, do que, propriamente, uma revolução dos conceitos básicos dos vínculos jurídicos que constituem o ramo científico do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, vale lembrar que, no Brasil, a terceirização antecede a sua explosão universal e, como se disse acima, sempre em resposta às situações práticas criadas no dia-a-dia do empreendedorismo e da gestão empresarial.

A propósito, as terceirizações aqui surgem com previsão legal, isto é, incrível quanto pareça, no Brasil, a terceirização se constituiu por lei e, mais que isto, em determinados casos, como uma obrigatoriedade ou uma quase obrigatoriedade legal. Surge, no final da década de 1970 e início da década de 1980, para contornar uma situação peculiaríssima que naquele momento ocorria.

Refiro-me à questão da segurança bancária que, em face dos roubos que se tornaram intensos nas agências – e àquela altura com uma conotação oficial política – fez surgir legislação federal<sup>5</sup> que passou a exigir daquelas instituições financeiras serviços apropriados de segurança. Paralelamente, permitiu que tais serviços fossem

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> ZAGAGLIA, Waldir, Parecer 01/97, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado* 51/206, 1998.

<sup>2</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho* – 5. Ed – Niterói: Impetus, 2011. p. 510.

<sup>3</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 3. Ed – São Paulo: LTr, 2004. p.428.

<sup>4</sup> CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* – 29ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 294/295.

<sup>5</sup> Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983.

prestados por empresas especificidades em razão das especialidades dos serviços.

Posteriormente, via abrangência dada à terceirização pela jurisprudência sumulada do TST, como se verá adiante, passou-se a permitir terceirização de serviços de limpeza e higiene. Entendeu-se que a obrigatoriedade de tais serviços nos próprios quadros das empresas não se justificava, eis que nada tinham que ver com seus objetivos fins, exceto naquelas hipóteses em que este fosse o objetivo empresarial ou esta fosse a opção do próprio empregador.

Ao lado dessas duas espécies, permitiu-se também por lei específica a terceirização da chamada mão de obra temporária<sup>6</sup>. Neste caso, a justificativa era de que não fazia sentido obrigar a empresa à contratação de empregados em condições usuais e a demanda era, apenas, momentânea.

Como se vê, nos primórdios da terceirização no Brasil, havia a preocupação da reserva legal, ou seja, a terceirização só seria lícita, em princípio, naqueles casos específicos previstos na lei. Fora daí, toda e qualquer espécie de vinculação de trabalho que se submissem aos requisitos contidos no art. 3º da CLT – (subordinação jurídica e/ou econômica, habitualidade, serviço prestado por pessoa física, sob paga de salário) ensejaria, necessariamente, vínculo empregatício e, conseqüentemente, contrato de trabalho, na linha do contrato-realidade<sup>7</sup> adotada pela legislação trabalhista pátria.

Contudo, tais previsões legais tinham como objetivo a resolução de problemas práticos trabalhistas. Assim, a terceirização na segurança bancária que logo se espalhou por todas as outras áreas do comércio, indústria e serviços, apoiava-se na especificidade da prestação de serviços; a terceirização dos serviços de asseio, higiene e limpeza, tinha que ver com objeto empresarial e a terceirização da mão de obra temporária visava à regularização da informalidade de empregos naquelas hipóteses em que a demanda era sazonal.

Os mais antigos devem se lembrar, o que se traz aqui apenas a título de ilustração, de hipóteses anteriores a estas, mas que, precisamente por falta de autorização legislativa, foram abordadas pela jurisprudência trabalhista, na medida em que passou a reconhecer o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. É o exemplo das carrocinhas da “KIBON”, em que o sorveteiro recebia a mercadoria em consignação, tinha sua área de atuação delimitada e comodato do veículo. Com o tempo, a jurisprudência passou a reconhecer vínculo de emprego nessas hipóteses, o que inviabilizou essa espécie primitiva de terceirização.

Chama-se atenção para a circunstância de que no contrato de trabalho temporário não há, na realidade, verdadeira terceirização, porque não se transfere a prestação do serviço, mas a própria mão de obra.

Por isso mesmo percebe-se que tanto as leis quanto as súmulas citadas não estão tratando de terceirização, mas da responsabilidade do tomador de serviços na transferência de serviços de atividades meio e na transferência de mão de obra nos contratos temporários.

<sup>6</sup> Lei nº 6.019 de 31 de janeiro de 1974.

<sup>7</sup> LA CUEVA, Mario – *Derecho Mexicano del Trabajo*.

Na esteira da reserva legal, o TST baixou a Súmula nº 256 que interpretava como ilegal qualquer tipo de terceirização, salvo as hipóteses previstas na legislação específica. Para melhor elucidação, eis o teor da Súmula:

“Salvo os casos previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.74 e nº 7102 de 20.06.83 é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interpostas formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

Posteriormente, mais ainda na mesma linha de raciocínio, foi baixada a Súmula nº 331 do TST que reviu a antiga Súmula nº 256, nos seguintes termos:

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

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

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

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Cabe observar é que se manteve a ilegalidade da terceirização fora da previsão legal, a diferença é que às hipóteses legais se acrescentaram mais duas, quais sejam: a já falada conservação e limpeza e, aí sim a grande novidade, a possibilidade de a terceirização de bens e serviços especializados desde que ligados à atividade-meio do tomador de serviços e desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Acrescentou-se também na previsão da jurisprudência consolidada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas, desde que tenha participado da relação processual e constasse do título executivo judicial.

A mudança da orientação jurisprudencial foi significativa para a explosão da terceirização. Anote-se que na Súmula nº 256 havia a total proibição da terceirização,

salvo os casos expressos em lei. Era a terceirização via reserva legal. Com a edição da Súmula nº 331, mais precisamente no teor do seu inciso III, passou-se a permitir a terceirização de toda e qualquer atividade-meio do tomador de serviços.

Portanto, a orientação jurisprudencial consolidada nas Súmulas enunciadas do TST que era a da proibição com a ressalva da reserva legal passou a ser, nas atividades meio, a da permissão irrestrita. Destarte, o que até então era ilegal, logo proibido nas atividades meio, passou a ser permitido, portanto legal, continuando proibido nas atividades fim. Essa legalidade, contudo, veio acompanhada da necessária salvaguarda, qual seja o estabelecimento, via jurisprudência consolidada do TST, da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Com relação à Administração Pública, a regra residia no inciso II da redação original da Súmula nº 331, onde repetindo a vedação constitucional da impossibilidade da geração do vínculo de emprego com a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional sem concurso público, silenciava no próprio inciso quanto a qualquer tipo de responsabilidade que da terceirização pudesse advir para a Administração Pública em casos que tais.

Nada obstante, a jurisprudência trabalhista optou por conjugar a regra do inciso II com a contida no inciso IV, como se o disposto no inciso IV fosse um prosseguimento lógico do inciso II, assim como do inciso III. Em outras palavras, pela interpretação que acabou prevalecendo nos tribunais trabalhistas, a contratação irregular do trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública, porém o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto àquelas obrigações.

Durante a vigência da redação originária da Súmula nº 331, as decisões dos tribunais, com raríssimas exceções que não chegam a pesar, entendiam pela total responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas hipóteses de terceirização, mesmo quando nos casos concretos as diversas *Procuraturas de Advocacia Pública*<sup>8</sup> espalhadas pelo país invocavam a ilegalidade da Súmula por violação direta ao disposto no § 1º, do art. 71 da Lei de Licitações.

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

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

<sup>8</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto cunhou este termo em – *A Defensoria Pública na Constituição do Estado de Justiça*, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 46, 1993, p.52.

Após idas e vindas, marchas e contra-marchas, a discutida constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações foi finalmente objeto de apreciação e decisão pelo Supremo Tribunal Federal, mediante ADI nº 16/10. Referida decisão chancelou juridicamente a constitucionalidade do dispositivo, não obstante, em acórdão, confuso e truncado, ter reconhecido à Justiça do Trabalho a possibilidade de, em casos concretos, uma vez verificada e comprovada no processo a culpa, pelo inadimplemento do empregador, a condenação subsidiária da Administração Pública. Mais uma vez, o TST deu uma interpretação bastante flexível, à decisão do STF, de modo que, a pretexto de adequar sua jurisprudência sumulada à decisão proferida pela Corte Constitucional, alterou a redação da Súmula nº 331, a qual doravante está vazada nos seguintes termos:

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 de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.”

É esta a atual disciplina da terceirização e por extensão ou por restrição, como se queira, da responsabilidade do Poder Público. Destarte, feitas tais considerações, a nosso ver, absolutamente imprescindíveis, podemos passar ao temário específico do objeto do trabalho.

## 2. legalidade das terceirizações celebradas pelo Poder Público (requisitos de validade). Terceirização: afronta à exigência constitucional do Concurso Público?

### a) A questão da legalidade

A primeira indagação que se faz quanto à legalidade da terceirização pelo poder público é se está ele autorizado a terceirizar? Não obstante a prática recorrente da terceirização, esta questão não é tão simples de ser resolvida. De um lado, o que se tem são as normas constitucionais determinando, induzindo ou pelo menos sugerindo que todo e qualquer serviço tomado pelo poder público seja prestado por agentes devidamente concursados, eis que o concurso público, enquanto modalidade de licitação, ao mesmo tempo dá vez aos mais aptos e seleciona os melhores servidores. De outro lado, porém, tem-se a imperiosa necessidade que os tempos atuais impõem ao administrador público e a própria previsão legal da terceirização.

Com relação à previsão legal da terceirização pela Administração Pública, lembre-se que já o § 7º do art. 10 do Decreto Lei nº 200/67, estabelece que:

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

A posição que defendemos nesse aspecto é que por total ausência de proibição legal e pela existência de previsão legal da terceirização para a Administração Pública, em princípio e dentro de certos balizamentos, a terceirização pelo poder público é lícita.

Voltemos agora às modalidades de terceirização. Obviamente que pela sua própria natureza, não existe qualquer empecilho para que o poder público terceirize serviços de segurança patrimonial e serviços de asseio e limpeza. Já no que diz respeito aos serviços temporários, é evidente a proibição, na medida em que para suprir essa necessidade, o § 9º do art. 37 da CRFB/88 prevê a figura da contratação temporária de vínculo administrativo.

Visto ser legal a terceirização pelo poder público, a questão que se segue é a fixação dos requisitos desta legalidade. Evidentemente que a terceirização dependerá de contrato próprio e específico. Contrato este de cunho administrativo e como tal, para a sua validade, deverão ser observadas todas as formalidades e exigências que têm vez para a efetivação de qualquer contrato administrativo.

Como qualquer contrato administrativo, o contrato de terceirização prescinde da licitação. Contudo, prescindir de licitação não significa que necessariamente o contrato de terceirização seja sempre antecedido do correspondente pleito licitatório.

O que se exige é que a tomada de decisão pela terceirização e a escolha da empresa contratada sejam antecedidas de processo administrativo prévio em que ou se se faça a licitação ou se determine ser hipótese de dispensa ou de inexistência de licitação. O que não se permite é que sem tais cuidados haja a opção, meramente discricionária, da terceirização e da escolha da empresa contratada ao alvedrio do administrador.

Anteriormente vimos que a terceirização de toda e qualquer atividade meio é permitida, o que, com as peculiaridades próprias, inclui as terceirizações produzidas pela Administração Pública. Vimos também que a *contrario sensu* não é possível a terceirização de atividades-fim. No caso de terceirização de atividades fim, o vínculo empregatício dar-se-á diretamente com o tomador de serviços, a teor do inciso I da Súmula nº 331 do TST.

*Quid juris* quando a terceirização de atividades fim se der pela Administração Pública na medida em que a contratação irregular de trabalhador, mediante a empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, nos termos do art. 37, II da CRFB/88 e conforme inciso III das Súmula nº 331 do TST?

A solução adotada pela Justiça Trabalhista para a hipótese, com todas as vênias, é absolutamente contraditória, ainda que eventualmente justa do ponto de vista da aplicação social da lei.

É que a responsabilidade patrimonial do tomador de serviços consagrada na Súmula nº 331 decorre da irresponsável circunstância de que o tomador dos serviços optou pela terceirização quando poderia ter se valido da contratação direta. Em outras palavras: o empresário preferiu tomar tais serviços de forma terceirizada; nada mais justo, portanto, que, frustrada a expectativa dos direitos trabalhistas do empregado, responda o tomador subsidiariamente, tendo em vista, e este é o ponto, que não haveria qualquer óbice legal para que respondesse diretamente.

Já quando o tomador de serviços é a Administração Pública, o silogismo não é o mesmo, porquanto, havendo a prestação de serviços sem o requisito do prévio concurso público, já não se pode falar da ausência de óbice legal para que a Administração Pública responda diretamente. Diante do óbice, aliás, de ordem constitucional, fica evidente a atecnia adotada pela Justiça do Trabalho para solucionar tais hipóteses.

Tal atecnia tem dois níveis: a) impõe à Administração Pública a mesma sanção imposta às empresas particulares onde não há o óbice da contratação e b) finda por permitir e cancelar jurisdicionalmente por via transversa a terceirização de atividade fim na Administração Pública.

Torna-se mais grave e mais antijurídica essa prática quando é o próprio TST que na dicção da Súmula nº 363, define que:

“A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo

art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

O paradoxo criado pela jurisprudência trabalhista é simplesmente incompreensível, eis que chancela a terceirização de atividade-fim pela Administração Pública e sanciona a responsabilidade subsidiária em maior grau que a originária, porquanto nessa última hipótese tratada pela Súmula nº 363 do TST a responsabilidade se resume ao pagamento dos dias trabalhados e à indenização pelo FGTS, indenização esta, aliás, de constitucionalidade discutível.

#### b) *A questão da afronta ao concurso público*

Já dissemos anteriormente que a prestação de serviços à Administração Pública, em regra, far-se-á por servidores públicos concursados, é o que determina a Constituição Federal em seu art. 37, II, de resto anseio de toda a sociedade. Também já vimos que a terceirização pelo poder público não só é permitida legalmente como prevista e mesmo induzida. Portanto, não existe contraposição entre a exigência constitucional e democrática do concurso público e a necessidade da terceirização de serviços pela Administração Pública. Tais figuras de gestão de pessoal não se excluem, antes disso se complementam, havendo justaposição entre elas. O desafio dos juristas e dos administradores nesse tema é justamente o de compatibilizar os institutos, a fim de que a exigência do concurso público não acarrete captação desnecessária de servidores, da mesma forma que não haja exacerbação nas terceirizações de modo que se burle a exigência constitucional do concurso público.

A primeira regra decerto será a proibição ou a ilegalidade da terceirização para atividades fins. A segunda regra, evidentemente, será a proibição da terceirização de serviços temporários em vista da possibilidade da contratação administrativa. A terceira regra será a possibilidade de terceirização em atividades meio, notadamente especializadas ou que mereçam, por sua natureza, tratamento diferenciado, como nos exemplos da segurança patrimonial e dos serviços de asseio e de limpeza.

Observado o regramento acima exposto, pode-se afirmar lícita a terceirização e, por conseguinte, complementar ao concurso público.

Em suma, pode-se afirmar que: a) a regra é o concurso público, mormente quanto às chamadas carreiras de estado; b) havendo necessidade temporária, como tal definida em lei, deve a Administração Pública valer-se da contratação temporária prevista no § 9º do art. 37 da CRFB/88; c) em outros casos, cuidando-se de atividades-meio e desde que precedida de licitação ou do respectivo processo administrativo em que se reconheça sua inexigibilidade ou sua dispensa, poderá, licitamente, a Administração Pública valer-se da terceirização.

### **3. Enunciado 331 do TST e a necessidade de terceirizar: em busca de novos paradigmas.**

Já vimos acima o texto atual do Enunciado nº 331. Com relação à Administração Pública dele se extraem: a) o já visto paradoxo da “permissão” da terceirização da atividade-fim pela Administração Pública; b) a não geração de vínculo com a Administração Pública; c) a responsabilidade subsidiária dos entes públicos quando evidenciada sua conduta culposa na terceirização; d) a não presunção desta conduta culposa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada; e) a abrangência da responsabilidade subsidiária a todas as verbas decorrentes da condenação.

Diversas são as críticas que se apresentam em relação ao atual texto da Súmula nº 331 do TST. De início, manteve o paradoxo na questão da terceirização da atividade-fim pela Administração Pública. Além disso, alargou o âmbito da responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública quando aludiu conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8666/93. Todavia, em obediência ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 16/2010, ressaltou que o mero inadimplemento não faz presumir ou comprovar a culpa exigida no enunciado.

Tudo levaria a crer que a nova dicção do referido enunciado estaria de conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a exigência da evidência da culpa teria transformado a responsabilidade subsidiária da Administração Pública de responsabilidade objetiva, ou por fato (omissão) de outrem, em responsabilidade excepcionalmente subjetiva. Mais do que isso, estaria proibida a presunção desta culpa pela necessidade da sua demonstração evidente e pela proibição dela decorrer do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada.

Nada obstante, a jurisprudência pelo menos do TRT da 1ª região e que parece estar sendo acompanhada pelo TST valendo-se justamente da amplitude da abrangência prevista no inciso V do Enunciado, isto é, cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, na prática vem responsabilizando subsidiariamente a Administração Pública pelo mero inadimplemento da empresa terceirizada<sup>9</sup>.

Ponto fundamental nesta questão é de cunho processual, qual seja, o ônus da prova. Pela regra fria do art. 818 da CLT: “O ônus da prova cabe a quem alega”. O CPC estabelece no art. 333, I e II que compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou obstativos do direito do autor<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Em sentido contrário, pioneiro Acórdão da 3ª Turma do TST na RR 32000-20.2008.5.01.0002, publicado no DOU de 23/09/2011 – Relatora Ministra Rosa Weber Candiota da Rosa.

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Processo Civil*.

É bem verdade que a doutrina processual, trabalhista e comum, mais vanguardista, partindo da premissa que o destinatário da prova é o juízo e que também no processo civil deve-se perquirir a verdade real em detrimento da verdade formal, admite que o ônus da prova seja distribuído de maneira mais democrática. Para esta corrente, deve produzir a prova a parte que tenha mais facilidade em fazê-lo. Como variante desta doutrina, tem-se em sede de processo trabalhista o igualmente vanguardista pensamento que distribui o ônus da prova de maneira objetiva e não subjetiva, isto é, as alegações de conformidade com os fundamentos e os princípios do direito do trabalho devem ser presumidas e os que os contrariem devem ser provadas, independentemente de quem alegue umas ou outras.

Considerações doutrinárias à parte, o fato é que no direito processual brasileiro, inversão do ônus da prova só é possível com expressa previsão legal. Acresce-se que ao transformar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública de objetiva para subjetiva, eis que decorrente da culpa, necessariamente a Súmula nº 331 do TST atribuiu o ônus da prova dessa culpa ao postulante, no caso o empregado, uma vez que expressamente excluiu a possibilidade de culpa presumida.

Há ainda a considerar que o enunciado foi silente com relação ao ônus da prova e é absolutamente genérico, portanto lacônico, com relação ao tipo de fiscalização que deve ocorrer. Até porque uma coisa é fiscalizar o cumprimento do objeto do contrato licitado, coisa diversa é fiscalizar as obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada. Aqui, mais uma vez, o enunciado acarreta um paradoxo, porquanto nada impede que a empresa contratada tenha cumprido todas as suas obrigações trabalhistas e previdenciárias e não tenha cumprido o objeto do contrato, assim como pode acontecer de não cumprir as obrigações com os trabalhadores, mas executar satisfatoriamente o objeto contratado.

#### 4. Inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada.

As obrigações trabalhistas e previdenciárias da contratada que dizem respeito à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços são absolutamente todas, isto é: a) as legais; b) as contratuais; c) as fruto de normas coletivas; d) as judiciais.

As obrigações que se repassam subsidiariamente ao tomador de serviços, Administração Pública ou particular, são todas, inclusive, as judiciais, isto é, aquelas não previstas contratualmente, nem legalmente, nem em acordo ou Convenções Coletivas de Trabalho, como por exemplo, a indenização por danos morais, é o que dispõe o inciso V da Súmula nº 331 do TST na sua atual redação.

Mas não se repassam as condenações processuais, como as decorrentes de litigância da má-fé ou a da multa por embargos declaratórios, meramente procrastinatórios. Do mesmo modo, não se inclui na responsabilidade subsidiária as obrigações personalíssimas, como assinatura ou anotações posteriores na CTPS, entregas de guias de FGTS, seguro desemprego, etc.

Deve ficar bem claro que não obstante a grande abrangência da responsabilidade subsidiária, o empregador não é o tomador de serviços, o que significa que o tomador de serviços tem responsabilidade *in these*, porque, *in concreto*, será responsável na extensão em que tal responsabilidade for decidida na sentença.

Em caso de acordo, o tomador de serviços não fica automaticamente obrigado subsidiariamente aos seus termos, exceto se anuir a isto. Uma coisa é ser responsável subsidiário, outra é ser fiador do acordo tabulado em juízo.

Além da ênfase que deve ser dada na vigilância do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela empresa terceirizada perante seus empregados, deve o tomador de serviços estipular no contrato a chamada cláusula de retenção, pela qual fica autorizado a reter o pagamento da empresa contratada nos casos em que verificar o inadimplemento desta com relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados.

No caso específico da Administração Pública como tomadora de serviços, pode e deve se prever também a não devolução da garantia depositada quando da licitação para fazer face a eventuais inadimplemento de que só se tenha notícia após a rescisão do contrato.

#### 5. Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*

Diversas são as críticas que podemos trazer com relação à tendência da jurisprudência trabalhista em justificar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços com base jurídica na culpa e, especificamente, na culpa *in eligendo* e na culpa *in vigilando*. Ousamos afirmar, com toas as vênias, que responsabilizar o tomador de serviços por culpa e ainda mais por culpa indireta, porque *in eligendo* e *in vigilando*, é um retrocesso jurídico jurássico.

A culpa pressupõe o ilícito, a culpa é consequência do ilícito, o que significa que não existe culpa sem ilicitude. Porém, o dever de reparar lesão é muito mais abrangente do que a ideia de ilícito e, conseqüentemente, do que a noção de culpa.

A evolução da noção de responsabilidade gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante, cujos princípios construtores entram o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça. Foi preciso recorrer a outros meios técnicos, e aceitar, para isso, resistências cotidianas, que em muitos casos o dano é reparado sem o fundamento da culpa<sup>11</sup>.

É bem verdade que parte da doutrina optou pelo alargamento do conceito de culpa. Prevaleceu, entretanto, a visão objetiva que desvincula o dever de ressarcir da ideia de culpa. Como consequência desta noção, procurou-se deslocar a responsabilidade da culpa para a responsabilidade pelo risco. Contudo, o fato é que, seja pela tese do dever de ressarcir e socorrer a vítima, seja pelo fundamento do risco em quaisquer de suas modalidades – risco proveito, risco profissional, risco excepcional ou risco social – a toda evidência, a lógica filosófica, social e jurídica da

<sup>11</sup> MAZBAUD et MAZEAUD *Leçons de Droit Civile*, vol. 2, nº 380.

responsabilização subsidiária do tomador de serviços nos casos de terceirização não é encontrada na noção civilista da culpa e sim na noção da responsabilidade<sup>12</sup>.

Chama-se a atenção para o fato de que não se está propondo um abandono total da ideia de culpa como causadora do dever de indenizar, porém o que se advoga modernamente é que nem só do ilícito e, conseqüentemente, da culpa advém esta responsabilidade, e um exemplo típico de responsabilidade sem culpa é a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento da empresa contratada. Isto porque o direito moderno de há muito vem substituindo a ideia de culpa pela de responsabilidade. Se existe um fundamento jurídico filosófico para justificar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este é o princípio milenar de que “*quem aproveita o lucro, corre o risco do dano, e isto nada tem a ver com a culpa*”. Mesmo aqueles que não aceitam a teoria do risco, no caso a subespécie do risco do proveito, admitem nesses casos o caráter objetivo, portanto sem culpa, do dever ressarcitório por fato ou omissão de outrem. É preferível enquadrar a responsabilidade pela eventual inadimplência da contratada como risco do negócio do que imputar ao tomador de serviços a pecha de culpa in eligendo e in vigilando.

Todavia, a Súmula nº 331 do TST fala em conduta culposa, reportando-se em flagrante retrocesso jurídico à culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Culpa *in eligendo* diz respeito a ter-se eleito, escolhido errado ou com culpa a empresa terceirizada, de onde adviria a responsabilidade subsidiária. Culpa *in vigilando* diz respeito à falta do dever de vigiar, de fiscalizar a conduta ilícita da empresa contratada. Por isso, tal proposição é absurda e retrógrada, porquanto *uma espécie de culpa exclui necessariamente a outra: ou seja, a constatação da má escolha, culpa in eligendo, é a posteriori e não a priori, e só ocorre pela caracterização da culpa in vigilando*.

Em tema de responsabilidade objetiva ou por culpa presumida por fato ou omissão de outrem ou a hipótese se resolve na culpa *in eligendo* e não há mais o que se falar em culpa *in vigilando* ou a hipótese só se concretiza na culpa *in vigilando* e não há o que se falar *a priori* em culpa *in eligendo*, mas uma exclui a outra.

Observe-se que pode haver uma escolha equivocada da qual não decorra inadimplemento. Na hipótese teria havido, teoricamente, culpa *in eligendo*, da qual não sugeria qualquer responsabilidade. Em tema de responsabilidade objetiva por fato ou omissão de outrem, a culpa *in eligendo*, absorve a culpa *in vigilando*, só existe esta quando não há aquela. Por exemplo: os pais respondem civilmente pelos danos causados por seus filhos menores pela culpa *in vigilando*, mas não pela culpa *in eligendo* porque o pai não pode escolher o filho. Já o patrão responde pelo dano causado pelo empregado pela culpa *in eligendo*, porque o patrão escolhe o empregado independentemente de ter havido ou não a culpa *in vigilando*.

Portanto, a proposição é absurda.

<sup>12</sup> SALEILLS, *Les accidentés de travail et la responsabilité civile – Essai d’une Théorie Objective de la Responsabilité Dilectuelle*, pp. 50 e segs.

## 6. Responsabilidade subsidiária e responsabilidade solidária.

No item referente ao inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da contratada, já nos posicionamos quanto à extensão da responsabilidade subsidiária que é repassada ao tomador de serviços. Agora, cabe diferenciar a responsabilidade subsidiária da responsabilidade solidária.

Como o próprio nome está a indicar, a responsabilidade subsidiária decorre de uma relação ou nexa jurídico de subsidiariedade, ou seja, na execução do julgado haverá verdadeiro benefício de ordem em favor do tomador de serviços com relação à empresa contratada e empregadora, o que significa que em primeiro lugar deverão ser executados os bens da contratada e não sendo esta solvente o suficiente para compor a condenação, aí sim, subsidiariamente, será chamado a responder o tomador de serviços.

Já na responsabilidade solidária, existe, como também a nomenclatura indica, uma relação de solidariedade, isto é, se solidária fosse a responsabilidade na terceirização de serviços, não haveria benefício de ordem que determinasse necessariamente que primeiro sejam executados os bens da contratada, podendo o empregado titular de um título executivo judicial cobrá-lo tanto do tomador de serviços, quanto da contratada ou mesmo de ambos simultaneamente.

A jurisprudência trabalhista que redundou na edição da Súmula nº 331 do TST, contudo, não foi ao ponto de estabelecer responsabilidade solidária e isto, por duas razões bastante lógicas: a) se o próprio TST abolisse a relação de subsidiariedade entre o tomador de serviços e o empregador entendendo-os solidários, estaria igualando a situação jurídica de ambos, o que significaria, na prática, a própria negação jurisprudencial do instituto da terceirização; b) a solidariedade não se presume, decorre da lei ou do contrato.

Aqui se volta ao tema interessante que é o da proibição legal da presunção da solidariedade. Com efeito, o art. 265 do CC é absolutamente claro neste sentido, não deixando qualquer margem de dúvidas.

Em sede de teoria geral das obrigações, está-se diante da espécie da solidariedade passiva. Segundo a melhor doutrina, a finalidade da solidariedade passiva é reforçar o vínculo obrigacional, assegurando a solvência dos devedores e assim atribuindo maior garantia ao credor<sup>13</sup>. Esta circunstância é importantíssima, pois como veremos adiante, na conclusão, tratando-se de garantia, a opção processual encontrada pela jurisprudência trabalhista não foi a melhor.

Aspecto interessante da responsabilidade subsidiária é o de se fixar o momento exato em que são consideradas esgotadas as possibilidades de execução do patrimônio do devedor originário. Explica-se: também por construção jurisprudencial, as dívidas de origem trabalhista e a previdenciária vinculam-se aos empresários ou, pelo menos, no caso do empresário coletivo, isto é, sociedade, aos sócios majoritários. Daí decorre que sendo a sociedade o empregador e sendo esta insolvente, busca-se a complementação da solvência no patrimônio dos sócios. A questão que se coloca é caso haja um

<sup>13</sup> VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil*, Vol. 3, p. 183.

responsável subsidiário este só poderá ser chamado a compor a condenação após a verificação da insolvência do patrimônio dos sócios ou basta a inadimplência da sociedade originariamente devedora?

A jurisprudência do TRT da 1ª região caminhou no sentido de entender que esgotadas as possibilidades de execução do devedor originário, poderá a perseguição patrimonial buscar satisfação no patrimônio do devedor subsidiário, isto é, sem que se busque antes disto satisfação no patrimônio dos sócios do devedor primário.

Esta solução não é a mais correta porquanto inicia-se a execução do devedor subsidiário quando ainda não esgotada toda possibilidade patrimonial do primeiro executado, até porque, se não houvesse o responsável subsidiário, o passo seguinte seria o de buscar satisfação no patrimônio dos sócios.

Em segundo lugar, esta solução não é a mais correta, porque no caso de o devedor subsidiário também ser insolvente, *quid juris?* Ataca-se o patrimônio dos sócios do devedor subsidiário ou retornar-se a execução para o patrimônio dos sócios do devedor originário? Evidentemente, que a esta altura qualquer das soluções será absurda. A primeira porque atacar o patrimônio dos sócios do devedor subsidiário antes do patrimônio dos sócios do devedor originário é subverter a própria subsidiariedade. Por outro lado, retornar a execução para os sócios do devedor originário, quando já esgotada a possibilidade da execução do devedor subsidiário, é inversão da ordem processual e o reconhecimento de que a primeira execução não se tinha ainda esgotado, isto é, estabelece-se outra ordem de subsidiariedade entre os sócios.

*O absurdo desta solução é que o sócio é responsável subsidiário, nos débitos trabalhistas e previdenciários, da sociedade, independentemente da qualidade de devedora que a sociedade tenha na relação jurídica subjacente. Isto é, o sócio responde sempre subsidiariamente às dívidas da sociedade, pouco importando se a dívida da sociedade é originária, subsidiária ou solidária. A do sócio, se existir, será sempre subsidiária a da sociedade de que faz parte, mas não há subsidiariedade entre os sócios da sociedade devedora originária e de sociedade responsável subsidiária.*

## 7. Conclusão

Embora a terceirização acabe se impondo como uma nova fórmula de revisão dos conceitos de subordinação jurídica e econômica nas relações de trabalho, as repercussões trazidas no campo da responsabilidade do empreendedor pelo empreendimento, onde se inclui a mão de obra, sofreram e vêm sofrendo resistência por parte da jurisprudência trabalhista.

Do embate da pressão empresarial de um lado e da resistência dos trabalhadores e da própria Justiça do Trabalho de outro resultou a jurisprudência iniciada pela Súmula nº 256, depois revista pela Súmula nº 331, esta novamente revista nos termos da sua atual redação, onde ficou assentado no direito pátrio a responsabilidade, ainda que subsidiária, do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada.

Com relação à Administração Pública, o tema é mais complexo na medida em que a resistência pela terceirização de serviços tangencia a exigência constitucional da obrigatoriedade dos concursos públicos, não se devendo por certo olvidar que por vezes, e são muitas essas vezes, o instituto da terceirização serviu e ainda serve para burlar a exigência de concurso público. Contudo, e no que se demonstrou, são institutos complementares.

A opção filosófica e jurídica da jurisprudência do TST para justificar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços não foi das mais felizes. Optou pela noção de culpa, em verdadeiro retrocesso jurídico, quando já de algum tempo toda doutrina civilista vem justificando o dever de indenizar na responsabilidade objetiva por fato ou omissão de outrem ou nas hipóteses de culpa presumida pela ideia de responsabilidade em substituição à ideia de culpa.

A inadequação da noção de culpa decorre de que esta só se caracteriza com o ilícito e o dever ressarcitório repousa na necessidade de socorrer a vítima. Mesmo os que adotam a noção de risco para justificar este dever, não perdem de vista que, seja pelo risco, no caso risco do empreendimento, seja pela noção de responsabilidade pelo socorro à vítima, a hipótese nesses casos será sempre de responsabilidade objetiva por fato ou omissão de outrem, o que, por si só, afasta totalmente qualquer possibilidade da noção de culpa.

Cuidando-se, tanto na responsabilidade solidária, como na responsabilidade subsidiária, de dotar o crédito de maior garantia, a opção da jurisprudência brasileira está em total desacordo com os institutos processuais que são instrumentos à figura da garantia creditícia, seja garantia própria ou imprópria, seja garantia formal ou informal.

É da essência desse instituto, que é misto de direito obrigacional e de direito processual, que a pretensão deduzida em juízo contra garantido e garantidor receba da atividade jurisdicional pronunciamento e efetividade que atenda à pretensão do autor, no caso o lesado, e também do garantidor com relação ao garantido.

É assim desde os primórdios desse instituto secular. A propósito, considere-se a figura da *chiamata in garanzia* do direito processual italiano, ou mesmo, a denunciação da lide do direito processual civil brasileiro.

Não faz o menor sentido e chega mesmo a ser um contrassenso lógico e jurisdicional conferir a determinado órgão jurisdicional a competência para estabelecer a condenação do devedor originário e do devedor subsidiário e subtrair desta mesma atividade jurisdicional a solução que lhe é subsequente, qual seja, dizer o direito sobre a relação subsidiária de crédito e débito entre o devedor originário e o devedor subsidiário.

Sem embargo das críticas formuladas, deve-se, entretanto, reconhecer que a jurisprudência trabalhista, pelo viés da terceirização, avançou em direção ao reconhecimento de um direito do trabalho de cunho institucional em substituição ao sistema brasileiro atual contratual, na medida em que, ainda que subsidiariamente, vincula a reparação da lesão do direito do trabalhador pela inexecução culposa do contrato de trabalho ao próprio empreendimento e não mais, ou apenas, à figura do empresário nos limites subjetivos da relação contratual.

De tudo isto, o que se pode concluir é que:

- a) Com todas as mazelas que lhe são inerentes, a terceirização é irreversível.
- b) A inexistência de uma legislação específica sobre o tema deixa uma indesejável largueza ao alvedrio da jurisprudência trabalhista, o que tem se revelado nefasto e insuficiente para a solução das questões surgidas.
- c) Nesse sentido, o que se recomenda é que, o mais breve possível, o ordenamento jurídico pátrio seja brindado com legislação específica que discipline e regulamente o instituto da terceirização no direito brasileiro.
- d) Não se pode perder de vista que a terceirização na Administração Pública se reveste de peculiaridades especialíssimas, pelo que o tema deve ser tratado também em lei diversa e específica que, de um lado, resguarde os legítimos interesses dos trabalhadores, mas, de outro lado, atente para as especificidades que a Constituição e a legislação impõem à Administração Pública.
- e) De toda sorte, ainda em relação à legislação vindoura, jamais se poderá estabelecer responsabilidade solidária entre tomador de serviços e a empresa contratada, porquanto é nessa subsidiariedade que se encontra a essência da terceirização.
- f) Não obstante todos os equívocos a que é submetida a Administração Pública pela jurisprudência trabalhista, o que se recomenda com toda ênfase é a imperiosa, insubstituível e inafastável necessidade de fiscalização dos contratos de terceirização no que diz respeito às obrigações trabalhistas e previdenciárias das empresas contratadas