

LENON HENRIQUE GUEDES BENELI

**RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO EM TERCEIRIZAÇÃO DE
SERVIÇOS E A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO**

Assis

2014

LENON HENRIQUE GUEDES BENELI

**RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO EM TERCEIRIZAÇÃO DE
SERVIÇOS E A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como
requisito do Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Dorácio Mendes

Área de Concentração: Ciências Sociais e Aplicáveis

Assis

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

BENELI, Lenon Henrique Guedes.

Responsabilização do Estado em Terceirização De Serviços e a Atual Redação Da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho/Lenon Henrique Guedes Beneli. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.

PÁGINAS p. 41

Orientador: Maurício Dorácio Mendes

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. Terceirização. 2. Responsabilidade do Estado. 3. Súmula 331 do TST.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

**RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO EM TERCEIRIZAÇÃO DE
SERVIÇOS E A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO**

LENON HENRIQUE GUEDES BENELI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e Fundação Educacional de Assis – FEMA, como requisito do Curso de Graduação em Direito, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof. Maurício Dorácio Mendes

Analisador (a): _____

Assis

2014

RESUMO

Este é um trabalho destinado ao estudo da nova redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, na qual se estuda o fenômeno da terceirização de mão-de-obra e a responsabilidade da Administração Pública pelos inadimplementos dos créditos trabalhistas dos trabalhadores contratados pela empresa terceirizada. Tal estudo pautou-se acerca do fenômeno da terceirização no direito do trabalho brasileiro, expondo seus conceitos, suas classificações, os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e a terceirização em sua forma lícita e ilícita.

A seguir, aborda-se a nova redação da Súmula 331 do TST e a sua aplicabilidade no direito trabalhista brasileiro.

Por fim, discorre-se sobre a responsabilidade do Ente Público, abordando vastamente as responsabilidades cabíveis ao Estado, tanto Objetiva, quanto Subjetiva.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, Terceirização, Responsabilidade, Súmula 331.

ABSTRACT

This is a work that aims the study of the new writing of the Precedent 331 of the Superior Labor Court, in which one studies the phenomenon of outsourcing of skilled labor and the responsibility of the Public Administration by defaults of workers' claims of employees hired by the outsourced company . This study was based on the phenomenon of outsourcing in the Brazilian labor law, exposing their concepts, their ratings, the fundamental principles of labor law and outsourcing in its lawful and unlawful manner.

Then approaches the new writing of the Precedent 331 of the TST (Superior Labor Court) and its applicability in the Brazilian labor law.

Finally, it talks about the responsibility of the Public Entity, vastly approaching the appropriate responsibilities of the State, both Objective, and Subjective.

Keywords: Labor Law, Outsourcing, Responsibility, Precedent 331.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CEF – Caixa Econômica Federal

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

DJ – Diário de Justiça

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

n. – Número

OJ – Orientação Jurisprudencial

Rel. – Relator

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO | 10 |
| 2.1 CONCEITO DA TERCEIRIZAÇÃO | 10 |
| 2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO | 12 |
| 2.3 CLASSIFICAÇÃO | 14 |
| 2.4 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA..... | 15 |
| 2.5 PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 17 |
| 2.6 A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO | 18 |
| 3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO | 22 |
| 3.1 – RESPONSABILIDADE CIVIL | 22 |
| 3.2 – RESPONSABILIDADES CIVIS DO ENTE PÚBLICO..... | 22 |
| 3.3 – EVOLUÇÕES DAS RESPONSABILIDADES CIVIS DO ENTE PÚBLICO | 23 |
| 3.4 – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA..... | 25 |
| 3.4.1 – A culpa <i>in vigilando</i> e a culpa <i>in eligendo</i> | 26 |
| 3.5 – RESPONSABILIDADE OBJETIVA..... | 28 |
| 3.6 – SUJEITOS QUE COMPROMETEM O ENTE PÚBLICO..... | 30 |
| 3.7 – CARACTERÍSTICAS DE CONDUTA LESIVAS CABÍVEIS DE RESPONSABILIDADE | 31 |
| 3.8 – INDENIZAÇÃO DO DANO | 32 |
| 3.9 – EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE..... | 33 |
| 3.10 – A RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO NO BRASIL..... | 34 |
| 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS | 37 |
| REFERÊNCIAS | 39 |

1 INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços e de mão de obra no Brasil já é uma modalidade muito presente nas empresas privadas e também em entes públicos.

Embora sendo uma fórmula de administrar a mão de obra voltada a uma reestruturação empresarial e não sendo um instituto de natureza trabalhista, gerou enormes impactos nesta área, o que rapidamente fez com que o Direito do Trabalho criasse uma regulamentação especial sobre o assunto, visando preservar o princípio que protege o obreiro envolvido na relação.

Além de uma legislação pontual e esparsa que regula o tema, a regra mais aplicada e recente ao fenômeno de terceirizar o trabalho é a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação foi recente alterada, em face do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº. 16, em relação à constitucionalidade do Artigo 71 §1º, da Lei 8.666/93 – Lei de Licitações.

Sendo assim, este trabalho tem o propósito de analisar a alteração da Súmula 331 do TST, com posicionamento do STF, no âmbito específico que trata da responsabilidade do ente público pelos créditos trabalhistas não pagos aos obreiros por empresas contratadas mediante procedimento licitatório.

Apesar de ainda existir controvérsia em ações trabalhistas intentadas com o objetivo de reconhecer a responsabilidade estatal, já se pode notar na jurisprudência, após o julgamento da ADC nº. 16, uniformidades nos julgamentos sobre este tema.

2 TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

2.1 CONCEITO DA TERCEIRIZAÇÃO

Como já exposto anteriormente, a terceirização atualmente já é uma realidade nas relações de trabalho, com origem na flexibilização das normas e também com as mudanças no sistema econômico.

Ainda assim, cabe apenas às doutrinas conceituar a terceirização, já que não existe uma legislação própria para defini-la. O autor Paulo Douglas Almeida de Moraes escreveu vários conceitos acerca do fenômeno da terceirização, baseados em doutrinas jurídicas e administrativas.

Alguns conceitos de doutrinas administrativas:

Para Livia Giosa (*apud* MORAES, 2003, p.64), terceirização é

[...] um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.

Já Ciro Pereira da Silva (*apud* MORAES, 2003, p.65) define a terceirização como:

[...] a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo

em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade.

Os juristas demonstram a terceirização a partir de um diferente ponto de vista. Para Paulo Moraes (MORAES, 2003, p. 66), os juristas analisam a terceirização a partir da relação instalada entre os terceirizados e as pessoas jurídicas terceirizantes.

Para Patrícia Catharino (CATHARINO, 2005, p.39), existe polêmica em relação às atividades que podem sofrer ou não o fenômeno da terceirização, grande parte concebe o fenômeno da terceirização quando relacionada à atividade-meio ou complementar.

Alice Monteiro de Barros (*apud* MORAES, 2003, p. 67) diz que terceirização é um instituto

que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividade-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim.

Sérgio Pinto Martins (*apud* MORAES, 2003, p. 67) expõe que é a “possibilidade de contratação de terceiros para realização de atividade-meio da empresa, isto é, aquelas atividades que não constitua, seu objetivo principal, sua atividade essencial.” O autor ensina que existem atividade-fim terceirizada, podemos usar como exemplo, as empresas montadoras de veículos, que terceiriza empresas para fornecerem diversas peças e também para montarem certas partes do automóvel.

As formas mais aplicadas de terceirização segundo Mariangela Leal Cherchglia (2002), são:

- Nomeação de representantes: É a contratação de outras empresas para o trabalho de representante legal de vendas em geral.

- Franquia: O uso da marca ou comércio de produtos é concedido a um terceiro com condições preestabelecidas.
- Alocação de mão-de-obra: O trabalho temporário é muito comum, é a compra ou aluguel de horas de trabalho.
- Desverticalização: A empresa tomadora do serviço repassa funções à outra empresa especializada, que fabrica componentes solicitados pela primeira.
- Permissão: Forma bastante usada na terceirização de serviços públicos, onde é repassada de forma exclusiva para uma permissionária exploração de um determinado serviço.
- Prestação de serviços: Acontece onde um terceiro é contratado para elaborar atividade-meio do tomador, esta é a forma mais utilizada.
- Concessão: Quando é permitido uma empresa “B” atuar em nome da empresa “A”, no uso da marca ou de produtos.
- Compra de serviços: A empresa é inferior para a produção da atividade e para aumentar a produção ou para dar conta do serviço, buscam parceiros para quem complementem.

Desta forma, conclui-se com a terceirização que a empresa tomadora do serviço, contrate terceiros para o fornecimento de materiais ou prestação de serviços considerados não principais, para a tomadora focar-se exclusivamente na produção do objeto principal, assim pode-se aumentar a qualidade, produtividade e até mesmo baratear os custos da produção.

Na terceirização a relação é conhecida como trilateral, quando os serviços são prestados por terceiros ao tomador, mesmo que não seja seu empregado efetivo.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO

Primeiramente é preciso citar o Decreto Lei 4657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil, onde em seu art. 4º diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, costumes e os princípios gerais de direito”. Através deste

artigo, os magistrados não ficam presos apenas à CTL. O art. 4º desta lei é claro ao dizer que caberá o desenvolvimento do direito no caso de omissão na legislação para que possa ser alcançado resultado mais favorável ao caso concreto.

Diante da pouca legislação que tutele o assunto em tela, procuramos a solução com a interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, principalmente nos princípios contidos em nossa Constituição e na CLT.

No direito do trabalho os princípios têm um fator fundamental para toda a estrutura jurídica, através deles podemos tornar realizáveis as aplicações das normas em casos concretos. Os princípios são tão essenciais no ordenamento jurídico, que são considerados como norteadores do direito, pois possuem características interpretativas, normativas e informadoras.

O art. 8º da CLT traz toda essa essencialidade dos princípios em nossa legislação:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O direito do trabalho, que é um direito autônomo, possui seus próprios princípios específicos do ordenamento jurídico trabalhista, que diferem e não se confundem a nenhum dos outros ramos do direito brasileiro.

Américo Plá Rodriguez (*apud* JOHNSTON, 2002) afirma que a importância dos princípios do direito do trabalho é imprescindível, pois eles constituem o fundamento do ordenamento jurídico do direito trabalhista e os preceitos legais não podem existir

contradições. Pode-se afirmar ainda que tais princípios estão em um patamar acima do direito positivo, pois servem também como elemento inspirador, não podendo, porem, tornar-se sistema independente, posto que a influencia é mútua.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

Vólia Bomfim Cassar (CASSAR, 2008, p. 497) divide a terceirização em **permanente** “aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (acidental)” ou **temporária** “a que pode ser contratada de forma contínua, por necessidade permanente da empresa”; de **atividade-fim** “é aquela em que os serviços subcontratados se inserem na atividade-fim do tomador” ou **atividade-meio** “ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide sobre serviço ligado à atividade-meio do tomador”; **regular** é a prevista em lei e também a não prevista, que ocorra na atividade-meio e não presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, **irregular** “que fere a lei” ou que é “praticado em fraude ao direito”, **voluntária** “em que o empresário escolhe se quer ou não terceirizar” e **obrigatória** “a lei impõe a contratação de trabalhador por empresa interposta”.

Para Sergio Pinto Martins (1997) a terceirização é dividida em três etapas: inicial, intermediária e avançado.

As primeiras etapas, inicial e intermediária, são etapas que, de certa forma, não estão diretamente ligadas à atividade principal. A etapa inicial corresponde às atividades não necessárias ou não preponderantes, como por exemplo: restaurantes, vigilância, transportes, entre outras. Na segunda etapa, intermediária, já existe uma relação com a atividade principal, mesmo essa relação sendo indireta. Podemos usar como exemplo muito comum, a manutenção de máquinas e usinagem de peças, produtos estes necessários para completar a atividade final.

Na terceira e última etapa – avançada – são atividades terceirizadas ligadas de forma direta a atividade final da empresa.

Ainda de acordo com Sergio Pinto Martins (1997), a terceirização ainda pode se dividir em outros dois estágios, externo e interno, ou seja, se a execução for repassada à empresa terceirizada irá ocorrer dentro ou fora da empresa tomadora.

Maurício Godinho Delgado (2002) e Alice Monteiro de Barros (2006) classificam as terceirizações em lícitas e ilícitas, conforme será visto a seguir.

2.4 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

Tendo em vista que inexistente em nosso ordenamento jurídico norma que impede de contratar serviços terceirizados, é necessário esclarecer diferenças entre terceirização lícita e ilícita. O art. 170 da Constituição Federal consagra o princípio da livre iniciativa, esclarecendo que qualquer serviço que não contraria a dignidade da pessoa humana é lícito.

Isso esclarece que nem toda “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços” (inciso I da Súmula 331, do TST), exceto se existir fraude, quando é aplicado o art. 9º da CLT.

A terceirização lícita é a que está dentro dos preceitos legais relacionados aos direitos dos trabalhadores, sem pretensão de fraude, distanciando-se da relação de emprego. A ilícita é a referente a mão de obra com locação permanente, que caracteriza fraude e prejuízo aos trabalhadores.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2002), terceirização lícita é assegurada pela Súmula 331 do TST, constituindo quatro grupos de situações sociojurídicas, assim definidos:

- “situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário” (Súmula 331, inciso I), que são expressamente caracterizada pela Lei nº 6019/74, que também estabelece requisitos na contratação de trabalho temporário;
- “atividades de vigilância” (Súmula 331, inciso III, ab initio), especificadas pela Lei nº 7102/83. Neste sentido, a Súmula 331 enfatizou o tipo legal exposto pela Súmula

256, revisada, ao passo que essa se reportava aos casos previstos na Lei nº 7102/83, e aquela mencionou, genericamente, atividade de vigilância. Isso significa que atualmente, não só os bancos, mais quaisquer segmento do mercado que contratarem mediante empresas especializadas o serviço de vigilância, poderão valer-se da terceirização, no tocante a esse tipo de força de trabalho;

- “atividades de conservação e limpeza” (Súmula 331, III), já mencionadas no texto da Lei nº 5645/70, as primeiras no mercado de trabalho a ensejar práticas terceirizantes, mesmo com vigor da antiga Súmula 256 do TST, não contemplando a licitude de tais práticas;

- “serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador” que relaciona atividades não discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador – atividade-fim.

Outro requisito muito importante para a caracterização da licitude da terceirização é a ausência de pessoalidade e subordinação direta entre o tomador de serviço e o trabalhador. A Súmula 331 do TST é extremamente inteligente ao abordar e prever esse requisito, com intuito de evitar que a terceirização seja utilizada de forma fraudulenta.

Do mesmo modo, na terceirização lícita, o tomador é proibido de controlar, organizar ou fiscalizar as atividades exercida pelo empregado terceirizado, sendo este um dever da empresa prestadora, desta forma, afasta qualquer possibilidade do empregado contratado pela prestadora estar trabalhando sobre ordens do Contratante.

Carmem Camino (apud MORAES, 2003) arremata dizendo:

Se presente um mínimo traço de subordinação direta do prestador de serviços ao tomador, desaparece a relação imediata tomador-terceiro-prestador e a relação de emprego, pelo princípio da primazia da realidade, estabelece-se imediatamente entre tomador e o prestador.

2.5 PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A boa-fé é um princípio jurídico fundamental e não uma norma. Podemos caracterizar como lealdade, no sentido de honestidade que é vigorante no Direito do Trabalho, ou pode ser crença, no âmbito de uma conduta não ter o intuito de prejudicar um terceiro.

É apresentado por dois ângulos: subjetivo, que é a estima, e jurídico, que é a conduta exteriorizada. Ambos os ângulos devem ser representados pelo valor ético do trabalhador.

A dignidade da pessoa humana é um princípio base para todo o ordenamento jurídico, conforme o art. 1º, III da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes (MORAIS, 2007, p. 16) ensina a importância deste princípio:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um

mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Este princípio também é conhecido como do valor humano, onde trata da humanização do trabalho, que antes de toda mercadoria e produção, o trabalhador é um ser humano, e tem de ser tratado como tal não sendo comparado como uma máquina.

2.6 A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Diante do grande crescimento do instituto da terceirização no mercado laborativo brasileiro, a jurisprudência trabalhista viu-se obrigada a tratar o fenômeno com mais atenção, com a idéia de viabilizar a sua prática. Neste contexto, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas Súmulas jurisprudenciais uniformes, a Súmula de nº 256 de 1986, e a Súmula de nº 331 de 1993, esta revisando a anterior, além das duas Súmulas jurisprudências, também foram criadas duas orientações jurisprudenciais, ambas da Seção de Dissídios Individuais 1 – SDI – 1 –, do Tribunal Superior do Trabalho, para casos de terceirização de mão de obra pelo ente público, a de nº 321 prevê de forma ilícita a contratação de mão de obra por empresa interposta e o vínculo trabalhista diretamente com o tomador de serviços, e a de nº 383, reforçando a idéia de inexistência de vínculo empregatício com o ente público, em face da necessidade de prévia aprovação em concurso público para tanto (Constituição Federal, art. 37, II e §2º), introduz a idéia de isonomia de direitos dos trabalhadores terceirizados às verbas trabalhistas, respeitando a identidade de funções.

Analisando os verbetes supramencionados, temos que a Súmula 256 proibia qualquer prática de terceirização, exceto aquelas previstas em lei, ou seja, serviços de vigilância e nos casos de trabalho temporário.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE – Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente como o tomador dos serviços.

Posteriormente, em 1993 esta Súmula foi cancelada e passou a vigorar a Súmula 331, cujo texto original era o descrito abaixo:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994

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 personalidade 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 hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial

Com o vigor da Súmula 331, foram incluídas novas práticas lícitas de terceirização, atividades de conservação e limpeza e serviços ligados a atividade meio do tomador

como forma de contratação sem gerar vínculo, desde que, não haja subordinação direta e nem pessoalidade.

Também foi incluída a impossibilidade de verificação de vínculo empregatício com o ente público, em face ao art. 37, II da Constituição Federal, bem como a responsabilização subsidiária do tomador de serviços ao crédito inadimplido pelo empregador principal.

No ano de 2000, com a Res. 96/2000, publicada no Diário da Justiça de 18, 19 e 20.08.2000, o inciso IV da Súmula 331, sofreu sua primeira revisão, e passou a expor a seguinte redação

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993).

Através dessa nova redação da Súmula 331, em seu inciso IV, os entes públicos passaram a ser responsabilizados objetivamente pelos créditos trabalhistas inadimplidos do trabalhador pelas empresas contratadas, mesmo com o disposto no art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, Lei de Licitações.

No ano de 2011, por meio da Res. 174/2011, divulgado no diário eletrônico da justiça do trabalho em 27, 30 e 31.05.2011, a Súmula 331 voltou a ter o inciso IV revisado e o acréscimo dos incisos V e VI, revisão esta bem mais profundas, e passou a ter a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE 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 n.º 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 n.º 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, 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.

3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO

3.1 – RESPONSABILIDADE CIVIL

O objetivo principal da ordem jurídica é a defesa sãs ações lícitas e conter as ilícitas. Através disso a ordem jurídica estabelece deveres, o positivo (de dar ou fazer), ou negativo (de não fazer ou de tolerar).

Para Sérgio Cavalieri Filho (2010), dever jurídico é “a conduta externa de uma pessoa importa pelo Direito Positivo for exigência da convivência social”. O dever jurídico deve ser tratado como uma ordem ou comando, para que possa gerar obrigações e de maneira alguma deve ser tratado como um simples conselho.

Ao se violar um dever jurídico o ato é ilícito, desta forma ocorrerá um dano, e por conseqüência, o dever de indenizar. Aqui surge a responsabilidade Civil, que indica uma idéia de obrigação, de encargo. A responsabilidade Civil só vai ser caracterizada se houver a violação do dever jurídico e conseqüentemente resultar um dano.

O autor cria uma diferença entre responsabilidade e a obrigação, chamando de “dever jurídico originário” e aquela de “dever jurídico sucessivo”. Em uma explicação bem simples, o dever originário é a obrigação a que alguém se submete e o dever sucessivo é a responsabilidade pelo não cumprimento dessa obrigação.

3.2 – RESPONSABILIDADES CIVIS DO ENTE PÚBLICO

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009), define a responsabilidade Civil do Estado como

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

Leciona o autor que a responsabilidade do Estado subordina-se a princípios próprios, com as particularidades de sua própria posição jurídica, sendo mais ampla que a responsabilidade atribuída às pessoas privadas. Essa responsabilidade mais extensa se justifica, pois os prejuízos possíveis do estado possam ser em larga escala, tornando-se limitadas as possibilidades dos administrados de se furtar dessa ação estatal.

Esclarece o autor, ainda, que de maneira alguma, não pode se confundir com a obrigação de indenizar os particulares em caso de necessidade de intervenção em direitos de terceiro, como no caso da desapropriação. Nesse tipo de obrigação, o Estado é autorizado pela norma que o legitima a interferir num direito alheio.

Neste caso, não haveria uma violação propriamente dita de um direito alheio, ensejadora da responsabilidade, existe um debilitamento que é previsto pelo ordenamento jurídico, desta forma, não cabe a responsabilidade.

3.3 – EVOLUÇÕES DAS RESPONSABILIDADES CIVIS DO ENTE PÚBLICO

No início o que prevalecia era a idéia da irresponsabilidade do Estado, justificadas com teses atualmente absurdas, como por exemplo, o Estado atua para atender o interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso, ou ainda, de que a responsabilização do Estado seria um entrave à execução dos seus serviços, e por fim a tese de que o Monarca ou o Estado não erram. Sustentava-se a idéia de que o Estado e o funcionário eram sujeitos diferentes.

Essas teorias foram perdendo força quando o Estado teve também de submeter-se ao direito, visto que, é um sujeito dotado de personalidade, capaz, portanto de

direitos e obrigações com os demais entes e com seus administrados, também com o reconhecimento crescente de direitos dos indivíduos perante o Estado.

O pioneirismo na possibilidade de responsabilização do Estado surgiu classificando os atos praticados por ele, podendo ser de gestão ou império. Os atos visto como vinculados a soberania, eram insuscetíveis de gerar responsabilização, já os atos que poderiam ser equiparados aos atos praticados pelos particulares, estariam sujeito à responsabilização, quando configurada a culpa ou o dolo do agente, também estava nesta lista no caso de mau funcionamento do serviço público ou o não funcionamento, que gerava o prejuízo injusto a vítima, também mediante comprovação.

Em um período mais recente, o Estado passou a ter uma maior responsabilidade em seus atos, formulou-se a teoria do risco administrativo, “ante as inúmeras e variadas atividades da administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares”.

Apesar das atividades do Estado estar voltado ao interesse da população, podem ocorrer danos a alguns administrados, através de conduta comissiva ou omissiva dos seus agentes, esses danos de responsabilidade do Estado, devem ser ressarcidos.

Com o tempo também surgiu uma teoria que é muito confundida por alguns autores com a teoria do risco administrativo exposta anteriormente, que é a teoria do risco integral. Essa teoria impede que o Estado se desincumba de sua responsabilidade caso inexistente o nexo de causalidade entre conduta e dano sofrido, pode-se dizer neste caso que o Estado era sempre responsável, mesmo nos casos fortuito e de força maior, ainda que a conduta ensejadora do dano não decorra de sua atividade.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2010), o Estado deve exercer suas atividades com absoluta segurança, a fim de preservar a incolumidade de todos os seus administrados, cujo eventual violação o dever de indenizar, independentemente de culpa do Estado, porém como a maioria da doutrina, entende que o Estado não pode ser responsabilizado quando não existir nexo causal entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular.

3.4 – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Com a responsabilidade admitida já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi crescer cada vez mais, evoluindo de uma responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, que decorre da “simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso”.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2009),

responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrario ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso.

O autor não vê a necessidade de identificar a culpa individual primeiramente para depois responsabilizar o Estado subjetivamente. Ocorre à chamada “culpa do serviço” ou “falta do serviço”, quando este não funciona ou funciona mal, assim configura a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes dos administrados.

O autor ainda sustenta que o dano decorrente de omissão do Estado à responsabilidade é de caráter subjetivo. Pondera que, neste caso o Estado não agiu, não sendo, assim, o autor do prejuízo, só tendo obrigação de indenizar os prejuízos resultantes. Aduz, ainda, que

a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (...) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

3.4.1 – A culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*

Na contratação de qualquer tipo de serviço, a administração pública necessita de procedimento licitatório. Assim ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (2009):

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação;

Para Rafael Maffini (2006), os contratos celebrados pela administração pública são muito diversos aos celebrados por particulares, na medida em que, na atividade estatal, a liberdade de contratação são bem mais restritas, pois os interesses são indisponíveis. O autor expõe que em razão do princípio da impessoalidade, “a administração pública não pode agir de modo a manifestar preferências ou perseguições, no sentido de privilegiar interessados na contratação perante o poder público”.

Maffini (2006) conceitua a licitação como

um conjunto de atos administrativos, isto é, um processo (ou procedimento) administrativo orientado à obtenção de propostas mais vantajosas, dentre aquelas ofertadas à administração pública, com vistas à celebração de vínculos jurídicos contratuais junto a terceiros, particulares ou não.

O procedimento de licitação é dividido em duas fases fundamentais: a fase da habilitação, que nela é demonstrado os atributos suprarreferidos, e a fase de julgamento, onde a melhor proposta é apurada.

Através da licitação, a administração pública exige dos participantes os documentos comprobatórios de inexistência de débitos de qualquer natureza, bem como se são fieis em outros contratos com terceiros, também é verificado se os interessados cumprem normas trabalhistas em relação a seus empregados, verificados estes aspectos, fica comprovada a idoneidade do proponente.

Com este cuidado na hora da contratação, a administração pública diminui muito o risco de incorrer na chamada culpa *in eligendo*, onde é responsabilizada de forma subsidiária pelo pagamento de eventuais débitos trabalhistas inadimplidos pela contratada, por exemplo.

Já a culpa *in vigilando*, também ensejadora da responsabilidade subsidiária estatal, é caracterizada quando a administração pública não cumpre com o papel de fiscalizar a execução da prestação de serviço celerada com a empresa contratada, inclusive se ela cumpre com as obrigações vinculadas aos contratos de trabalho de seus funcionários.

O dever da administração pública de fiscalizar está previsto no art. 67 da Lei de nº 8.666/1993, que determina um representante especial para a prática de tal função, que deve anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o necessário para que regularize quaisquer defeitos ou faltas observadas.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Instrução Normativa nº 02/08, determina, em seus artigos 34 e 36, a necessidade de exigência, pelo Poder Público, que a empresa contratada comprove: a regularidade para como o INSS e FGTS; o pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; o fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; o pagamento de 13º salário; a concessão de férias com o correspondente adicional; a realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; o fornecimento de cursos de treinamento exigidos por lei; o cumprimento das obrigações contidas em convenção ou acordo coletivos ou em sentença normativa

em dissídio coletivo; e o cumprimento, enfim, de todas as demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato (art. 34).

O art. 78 da IN prevê, como motivo para rescisão do contrato, o não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, assim como o cometido reiterado de faltas na sua execução, enquadrando-se aí as hipóteses de inadimplementos trabalhistas. A administração pública, portanto, tem o dever de determinar a regularização imediata das irregularidades praticadas por sua contratada. O não cumprimento desse dever poderá ensejar a sua responsabilização subsidiária pelos danos sofridos por terceiros.

3.5 – RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Para que haja o surgimento e que o Estado seja responsabilizado de forma objetiva, são necessários os seguintes requisitos: a) ação atribuível ao Estado; b) dano causado a terceiros; c) nexos de causalidade entre eles; e d) ausência de causa excludente de responsabilidade.

Na responsabilidade objetiva, é necessária a existência da relação de causa e efeito entre a ação ou omissão da administração e o dano sofrido pela vítima, o chamado nexos causal. Ao contrário da responsabilidade subjetiva, que não era necessário averiguar o nexos de causalidade. Na responsabilidade objetiva, não é questionada a licitude ou ilicitude do ato, muito menos o dolo ou culpa praticado pelo agente ou bom ou mau funcionamento da administração. Basta comprovar o nexos causal e assim o Estado tem a obrigação de indenizar.

De acordo com Gilmar Mendes (MENDES et al, 2007)

Para se imputar ao Poder Público a responsabilidade objetiva (teoria do risco-proveito) não é necessário questionar se a atuação do Estado foi legítima ou ilegítima; relevante é verificar a perda da situação juridicamente protegida. Quanto a esse aspecto, o

magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece: ‘em matéria de responsabilidade estatal por danos causados pelo próprio Estado, tem razão Sotto Kloss quando afirma que o problema há de ser examinado e decidido em face da situação do sujeito passivo – a de lesado em sua esfera juridicamente protegida – e não em face dos caracteres do comportamento do sujeito ativo.

Em responsabilidade objetiva é calcada de princípios, tais como o próprio sentido de justiça, que obriga o causador de algum dano a repará-lo, no caso do Estado, a multiplicidade e a amplitude das suas atividades, somado às inúmeras prerrogativas de poder ensejam um risco mais de dano a terceiro.

Para Bandeira de Mello (2009), “responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”, destacando que a relação causal entre o comportamento e o dano para configurá-la.

Comentando os fundamentos da responsabilidade do Estado, o autor afirma:

a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

b) No caso de comportamentos ilícitos, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

3.6 – SUJEITOS QUE COMPROMETEM O ENTE PÚBLICO

O Estado sendo pessoa jurídica não possui ação e nem vontade, no sentido psicológico e físico, porém, as tem no sentido jurídico através dos agentes, prepostos físicos, o Estado é atuante, sendo assim, possuidores da vontade e ação.

A relação entre o Estado e o agente, não é de representante e representado, mandante e mandatário, pelo contrário, a relação de ambos é de uma unidade. Essa relação de imputação direta, chamada de relação orgânica, ou seja, todos os atos praticados pelos agentes, supõe-se que o Estado quis ou fez.

Bandeira de Mello (2009) define agente públicos como sendo

todas aquelas pessoas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.

Para efeitos de responsabilidade estatal, não importa se o agente agiu com culpa ou dolosamente, nem se agiu no campo de suas atribuições funcionais. Só vai importar, e será suficiente, se a sua condição de agente público foi determinante para o dano.

Cabe destacar também, que a responsabilidade da administração não será caracterizada somente da ação ou omissão de agentes identificados, também se caracterizará se o agente não for identificado ou se o dano resultar de uma falha mecânica, ainda assim persistirá a responsabilidade objetiva do Estado.

3.7 – CARACTERÍSTICAS DE CONDUTA LESIVAS CABÍVEIS DE RESPONSABILIDADE

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) descreve três situações que é verificado a responsabilidade do Estado: a) casos que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano, portanto uma conduta positiva, comissiva do Estado; b) casos em que o dano é produzido por uma omissão do Estado, onde se poderia incluir a hipótese de falta de serviço; c) casos em que o Estado atua criando a situação propiciatória do dano.

Na primeira situação, o Estado produz o evento danoso, mesmo agindo legitimamente em defesa de um interesse público, será responsabilizado de forma objetiva por esse dano, já que, pelo princípio da isonomia, haveria a necessidade de reparação em prol de quem foi lesado, a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade.

Na segunda, a responsabilidade aplicada é a subjetiva, visto que, se o Estado não agiu, não pode ser declarada como o autor do dano, a responsabilidade cabível será em relação à omissão, assim não impedindo o dano. Configurada essa hipótese, o comportamento do Estado é considerado ilícito, pois tinha a obrigação de impedir a ocorrência do dano e não o fez, mantendo-se inerte, omissor.

Cavaliere Filho (2010) entende que, inclusive nos casos de omissão do Estado, aplica-se a responsabilidade objetiva.

O autor distingue duas formas de omissão: a genérica e a específica, e aduz que apenas na primeira delas é cabível a responsabilidade subjetiva. No caso de omissão específica há o dever “individualizado de agir”, aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado. Omissão específica é caracterizada “quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”, exemplificando com um caso de um motorista embriagado que atropela e mata um pedestre. Neste caso, não é cabível responsabilizar o Estado por motoristas que dirigem sem o mínimo de condição, pois neste caso caracteriza uma omissão genérica. Por outro lado, se, antes do incidente, o motorista havia sido abordado por uma blitz da polícia militar,

mesmo constatado a embriaguez, fosse liberado, configurar-se-ia uma omissão específica e caberá a responsabilização do Estado pelo evento danoso que se sucederia.

Resumindo, é necessário estabelecer uma distinção entre ter o Estado à obrigação de agir, em razão de um dever específico, ou ter o dever de evitar o resultado. Assim, se o Estado tem o dever de agir e se omite, essa omissão será específica e caberá a responsabilidade objetiva.

Por fim, na terceira situação, Bandeira de Mello (2009) entende que, neste caso é similar aos danos produzidos pelo próprio Estado, cabendo, assim, a responsabilidade objetiva, tendo em vista que há uma ação inicial do Estado, portanto uma atuação positiva, que, sem ser a geradora imediata do dano, entra como sua principal causa.

O Estado neste caso assume o risco que cria e expõe seus administrados, no entanto, deve existir uma conexão lógica entre a situação de risco e o elemento causador do dano.

3.8 – INDENIZAÇÃO DO DANO

Diante do exposto em todo trabalho até agora, convém ressaltar que a indenização de obrigação do Estado, não será de qualquer tipo de omissão ou de dano ligado à ação.

Bandeira de Mello (2009) expõe duas características fundamentais para que nasça a obrigação de indenizar por parte do Estado. A primeira é que o dano não basta ser uma simples lesão econômica ou patrimonial, o dano deve corresponder a uma lesão a um direito da vítima, um bem jurídico protegido pelo sistema normativo, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

A outra característica é que o dano, além de lesar um direito, dever ser certo, não apenas eventual ou possível, também é cabível um dano futuro, desde que se tenha certeza de sua ocorrência.

O autor acrescenta que, no caso de dano decorrente de atos lícitos do Estado, é necessário que esse dano seja certo, violador de um direito, além de estar revestido de especialidade e anormalidade.

Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se exime se não for caracterizado o nexo causal entre o ato, comissivo ou omissivo, e o dano. A responsabilidade subjetiva é necessária a verificação da existência ou não de culpa ou dolo. Em não havendo nem um nem outro, também restará o Estado isento de responsabilidade.

3.9 – EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Conforme já tratado neste trabalho, o Estado só terá a responsabilidade civil se for verificado o nexo causal entre a ação ou omissão e o evento danoso. Se o estado conseguir provar que outra ação foi determinante para a ocorrência do dano, poderá ser isento parcial ou total do ressarcimento.

As principais excludentes de responsabilidade do Estado são a força maior, o caso fortuito e a culpa da vítima. Por força maior, entende-se uma força irresistível de fatos naturais, como, grandes inundações ou tremores de terra, etc. o Estado, não será isento se tais acontecimentos naturais forem tratados de forma omissa, sem a adoção de medidas preventivas que pudessem diminuir ou, até mesmo, impedir os efeitos danosos.

Para Odete Medauar (2009) caso fortuito é “uma falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo”. Nesta hipótese, caberá a responsabilidade se presente o nexo de causalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) também insiste na questão da comprovação do nexo causal. Para ambos os autores, se não existir o nexo de causalidade, não haverá responsabilização do Estado.

Cavaliere Filho (2010) cita vários julgados admitindo a culpa concorrente da vítima como fator para a redução da responsabilidade do Estado, em casos que a conduta do lesado se reverte em fatores determinantes do evento, dentre eles:

A culpa concorrente da vítima atenua a responsabilidade civil da pessoa jurídica de Direito Público (TJRJ, 3º Gr. Cs., Elnfrs 9.515, rel. Des. Basileu Ribeiro Filho).

Pessoa Jurídica – Responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, que admite abrandamentos; a culpa do particular influi, ou para mitigar, ou para excluir a responsabilidade civil do Estado (TFR, 3º T., j. 12 de dezembro de 1979, DJU 12 de março de 1980, p. 1295).

3.10 – A RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO NO BRASIL

A principal norma jurídica que trata da responsabilidade objetiva do Estado no Brasil é o art. 37, §6º da Constituição Federal. O dispositivo diz que

as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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.

O Código Civil de 2002, também prevê a responsabilidade objetiva em seu art. 43 que

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.

A responsabilidade solidária da Administração Pública como contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, é tratado com clareza na Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), em seu art. 71, §2º.

Analisando nossa Constituição Federal revela que o Estado só é responsabilizado objetivamente pelos danos de seus agentes e evidencia a adoção explícita da teoria do risco administrativo, através das expressões “seus agentes” e “nessa qualidade”, isto é, a responsabilidade objetiva do Estado fica condicionada ao dano decorrente da atividade administrativa.

A responsabilidade do Estado é configurada, mesmo que o exercício da função pública não seja a causa do dano, basta apenas que o ato lesivo praticado tenha sido em decorrência dela. É importante que exista relação entre função exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Merece destaque também que a Constituição Federal de 1946, estendia a responsabilidade objetiva às pessoas de direito privado que prestava serviços públicos, portanto também poderia ser responsabilizado os entes jurídicos integrantes da Administração indireta ou descentralizada, dotadas de personalidade jurídica privada (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas) e os concessionários, permissionários a “autorizatários” de serviços públicos.

Os doutrinadores que defendem a extensão da responsabilidade objetiva à empresas de direito privado acima referidas era muito lógica: “quem tem o bônus deve suportar os ônus”, ou seja, todos que participam da Administração Pública, usufruindo dos benefícios, deve, igualmente, suportar os seus riscos.

O dispositivo constitucional estabelece duas relações de responsabilidade: a objetiva, baseada no nexo causal – refere-se à responsabilidade do poder público e seus delegados perante a vítima do dano, e a subjetiva, calcada no dolo ou na culpa – à do agente causador do dano perante a administração.

Temos, ainda, as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público por delegação, concessão ou autorização, e não é parte da administração – visto que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua

natureza estatal –, também a que mantém com a Administração contrato de prestação de serviços ou de obra pública.

A relação de responsabilidade entre o agente e a Administração, a responsabilidade é subjetiva, visto que, o art. 37, §6º exige a averiguação, mediante processo onde seja garantido o contraditório e a ampla defesa, da culpa ou dolo.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização de serviços no Brasil surgiu com a idéia de repassar um serviço específico para uma empresa especializada, possibilitando assim, menor custo e tempo e maior qualidade. Acontece que, empresas estão sendo criadas com o único intuito de tirar proveito com a falta de regulamentação, baixando drasticamente os custos, através do não pagamento dos encargos sociais aos empregados.

Em um âmbito geral, não somente do Estado, a terceirização traz um benefício enorme para a otimização dos serviços. Por outro lado, quanto mais se terceiriza no nosso país, mais existem empresas tratando o trabalhador de forma precária, obrigando-os a trabalharem de forma desumana, e por muitas vezes não pagando todos os encargos trabalhistas de direito do empregado.

O instrumento jurídico regulador do fenômeno da terceirização é a Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que considera legal a terceirização de mão-de-obra, desde que não seja para atividade-fim da empresa. Mesmo com a vigência da Súmula 331 regulando todo o processo, existe impasse entre os doutrinadores, dificultando a aplicação da mesma, estimulando empresas prestadoras de serviços serem criadas apenas para reduzir custos de produção a expensas dos trabalhadores.

Assim, conclui-se que o fenômeno da terceirização só pode ser utilizado unicamente na forma lícita, quando se tratar de atividade-fim das empresas, e algumas atividades regulamentadas por lei, como por exemplo, os vigilantes. Quando usada na forma ilícita a empresa prestadora deve ser punida severamente e banida do mundo jurídico.

O legislador não pode mais ficar inerte diante de toda esta situação. Existem projetos de lei que tramitam há anos no Congresso Nacional, e mesmo assim, nenhuma mudança significativa ocorre em termos de melhoria na legislação. Com a inércia do legislativo, o infelizmente teve que ser suprida pelo judiciário, que trata o

fenômeno da terceirização baseada no princípio geral do Direito do Trabalho, a proteção do trabalhador.

O poder judiciário está empenhado na luta de defender todos os direitos dos trabalhadores, porém para que aconteça a fiscalização e que possa coibir o abuso das empresas que visam lucros a qualquer custo, o judiciário deve ser provocado pelo próprio trabalhador.

Por outro lado, deve ser lembrado que é muito importante e necessário que o Poder Legislativo também seja provocado pelos Sindicatos das Categorias, para que este regule a terceirização de serviços, sem, contudo, limite direitos fundamentais dos trabalhadores considerados pela nossa Constituição Federal como um dos pilares para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMERICO, Plá Rodrigues. **Os princípios do direito do trabalho**. LTr, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: malheiro, 2009, p. 983 e 984.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do Trabalho**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL, **Consolidação das leis trabalhistas**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, **Lei 6.019** de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências.

BRASIL, **Lei 7.102** de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

BRASIL, **Lei 8.949** de 9 de dezembro de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

BRASIL, **Lei 9.601** de 21 de janeiro de 1988. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências.

BRASIL, **Súmula 256** TST

BRASIL, **Súmula 331** TST

BRUISMANN, Dirson. **A nova redação da súmula 331, do tribunal Superior do Trabalho, e a Responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas não adimplidos pela empresa prestadora em casos de**

terceirização de serviços. Disponível em:
<http://www.lume.ufrgsufrgs.br/bitstream/handle/10183/36497/000817668.pdf?sequence=1>

CASSAR, Vólia Bomfim, **Direito do Trabalho**, 2 ed. Niterói: Impetus, 2008.

CATHARINO, Patrícia. **As instruções financeiras e a terceirização**. São Paulo: Textonovo, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1 e 2.

CHERCHGLIA, Mariângela Leal. **Terceirização do trabalho nos serviços de saúde: alguns aspectos conceituais, legais e pragmáticos**. 2002. Disponível em:
< http://www.opas.org.br/rh/publicacoes/textos_apoio/pub04U3T5.pdf >

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ, Fábio. **Evolução histórica do direito do trabalho**. Disponível em:
http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucao_historica.htm

JOHNSTON, Aldem. **Um estudo sobre os princípios do Direito do Trabalho**. 15 jan 2002. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/543/Um-estudo-sobre-os-principios-do-Direito-do-Trabalho>

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o direito do trabalho**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELO, Maurício Correia de. **Entrevista no programa Fórum**, da TV Justiça, exibido em 22 de março de 2010. Disponível em:
<http://www.youtube.com/watch?v=6eNf09c-Y9w>

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 804.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. 2003. Disponível em: < www.mte.gov.br/delegaciais/ms/ms_monografia.pdf >

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 19. ed., rev. e atualizada São Paulo: Saraiva, 2004.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Direito do trabalho mínimo**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/direitotrabalhominimo.htm>

PEREZ, Rosalba Maria Barros. **A flexibilização das normas trabalhistas no Brasil à luz da globalização**. Disponível em: < <http://74.125.93.132/search?q=cache:kOrTkqmlZlIJ:www.brancomiele.adv.br/download.asp%3FidNoticia%3D31%26idDocumento%3D1+flexibiliza%C3%A7%C3%A3o+n+o+brasil&cd=4&hl==pt=BR&ct=clnk&gl=br> >

SANTOS, Paulo Cezar Jacoby dos Santos. **Flexibilização das normas trabalhistas e sua constitucionalidade**. 07/2005. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12200/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas-e-sua-constitucionalidade/3> >

SCHNELL, Fernando. **A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador. A necessidade de um critério para definição da licitude das relações triangulares. A responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviços**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 703, 8 jun 2005. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6855> >

SILVA, Antônio Álvares. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Rogério Geraldo da. **A terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST.**

Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20331/a-terceirizacao-no-brasil-e-a-sumula-331-do-tst>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278