

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**Responsabilidade Subsidiária da Administração
Pública em Terceirização de Serviços:
Análise crítica da Súmula 331 do TST**

Diogo Palau Flores dos Santos

**Brasília – DF
2009**

IDP - BIBLIOTECA	
010918	
Aquisição:	05/02/10
Forma de	
Aquisição:	

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**Responsabilidade Subsidiária da Administração
Pública em Terceirização de Serviços:
Análise crítica da Súmula 331 do TST**

IDP - BIBLIOTECA

Diogo Palau Flores dos Santos

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.
Orientador: Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior

Brasília – DF
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Diogo Palau Flores dos Santos

Responsabilidade subsidiária da Administração Pública: análise crítica da Súmula 331 do TST

Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre.

Área de Concentração: Direito
Constitucional

Aprovado em: ____ de _____ de 2006

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – Terceirização	4
1. Introdução: o processo de terceirização	4
2. Vantagens e desvantagens da terceirização.....	6
3. Terceirização em atividade-meio e atividade-fim	11
4. Abordagem sobre os Custos de Transação	15
4.1. Conceito de custos de transação.....	16
4.2. Pressupostos comportamentais.....	19
4.2.1. Racionalidade limitada	20
4.2.2. Oportunismo	21
4.3. Dimensões das transações.....	23
4.3.1. Especificidade de Ativos.....	23
4.3.2. Frequência.....	25
4.3.3. Incerteza.....	25
4.4. A importância das instituições	26
5. Terceirização e custos de transação.....	28
6. Conclusão parcial: Terceirização na Administração Pública	32
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE DO ESTADO	42
1. O problema	42
2. Conceitos operacionais	44
2.1. Obrigação e responsabilidade	44
2.2. Responsabilidade solidária e subsidiária	46
2.3. Responsabilidade objetiva e subjetiva	49
2.4. Responsabilidade na relação de emprego.....	51

2.5. Noções sobre Licitação.....	54
3. Responsabilidade e Administração Pública	56
4. Histórico da responsabilidade subsidiária na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho	57
5. Análise dos argumentos que apóiam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.....	63
CAPÍTULO III – CONSEQÜÊNCIAS DA RESPONSABILIZAÇÃO	79
1. Introdução	79
2. Regras de responsabilidade.....	80
3. Análise da responsabilidade pelo nível de precaução	84
4. A compreensão como defesa do texto	92
5. A importância do ambiente institucional.....	102
6. Responsabilidade subsidiária: um tratamento diferenciado	106
CAPÍTULO IV – UMA OUTRA ABORDAGEM.....	114
1. Responsabilidade subsidiária como Política Pública	114
2. Resguardo de Direitos	121
CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS.....	131

Aos meus pais, pela existência proporcionada; aos meus irmãos, pela demonstração de existência; à minha amada, por existir linda e simplesmente.

Agradecimentos

À minha esposa, Daiana Vizzotto Girardi, pela crença em mim e pelos momentos difíceis e horas furtadas ao seu lado.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior, pela paciência e apoio e, principalmente, por ter me apresentado uma visão crítica e construtiva do Direito.

Aos meus colegas da Advocacia-Geral da União, árdios defensores da nossa República.

“Só é útil o conhecimento que nos torna melhores.” (Sócrates)

RESUMO

A terceirização deve ser vista como uma forma da Administração Pública reduzir os custos de transação e, assim, alocar de forma eficiente os recursos públicos. Entretanto, a imputação de responsabilidade à Administração, ainda que de forma subsidiária, vai de encontro com essa perspectiva. Com efeito, ao se permitir a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados, acaba-se por dificultar o processo de terceirização. Ademais, a imputação de responsabilidade da Administração Pública não subsiste em face da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, tendo em vista que esta se verifica em duas espécies: a responsabilidade objetiva e a subjetiva. A primeira, de acordo com a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, funda-se na teoria do risco administrativo, e, portanto, exige o nexo causal entre a conduta da Administração e o dano ocasionado. Assim, não há qualquer relação ou nexo entre a terceirização e ao possível dano ao trabalhador. Da mesma forma não há que se falar em responsabilidade subjetiva, nas modalidades de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, pois não há obrigatoriedade do Poder Público enquanto tomador de serviços em fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados, bem como não há vícios no procedimento de licitação apto a afirmar na má escolha do contratado. Noutra linha de análise, o Tribunal Superior do Trabalho, ao admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, não estabeleceu uma regra eficiente de responsabilidade, tendo em vista que não levou em consideração o nível de precaução que deveria ser adotado. Ademais, há previsão expressa no art. 71, §1º da Lei de Licitações que isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade do prestador de serviços terceirizados. Nesse sentido, importa salientar que o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 331, afastou a aplicação desse enunciado legislativo, o que somente seria admissível em sede de controle de constitucionalidade. A manutenção do entendimento sumular que admite a responsabilidade subsidiária da Administração Pública cria um tratamento diferenciado para situações semelhantes, o que se revela discriminatório. Em busca de um sentido para

entender as razões pelas quais se admite a responsabilidade subsidiária, chega-se a conclusão que o Poder Judiciário criou uma política pública de proteção social ao trabalhador. Entretanto, referida medida não se revela adequada, considerando que o Judiciário não é estruturado funcionalmente para criação de políticas públicas.

Palavras-chave: Responsabilidade Subsidiária. Administração Pública. Terceirização. Custos de Transação. Responsabilidade do Estado. Lei de Licitações.

ABSTRACT

The outsourcing must be seen as a form of the Public Administration to reduce the cost transaction and, thus, to place of efficient form the public resources. However, the liability's imputation to the Administration, despite of subsidiary form, goes of meeting with this perspective. In fact, to if allowing the subsidiary liability of the outsourcing services's borrower, it is finished for making it difficult the outsourcing process. Moreover, the Public Administration's imputation of liability not remain in face of the Theory of State's Civil liability, in view of that this if verifies in two species: the objective liability and the subjective one. The first one, in accordance with the doctrine and jurisprudence of the Supreme Federal Court, is established in the theory of the administrative risk, and, therefore, it demands the causal nexus enters the behavior of the Administration and the caused damage. Thus, it doesn't have any relation or nexus between the outsourcing and to the possible damage to the worker. In the same way it doesn't have that to say itself in subjective responsibility, in the guilt modalities *in vigilando* and *in eligendo*, therefore don't have obligatoriness of borrowed the Public Administration while of services in fiscalizing employment contracts of the lender of outsourcing services, as well as don't have vices in the apt procedure of licitation to affirm in me the choice of the contracted one. In another view, the Superior Labor's Court, when admitting the Public Administration's subsidiary liability, didn't establish an efficient rule of liability, in view of that he didn't take in consideration the precaution level that would have to be adopted. Moreover, there are express forecast in art. 71, §1º of Licitation's Law exempt the Public Administration of any liability of the lender of outsourcing services. In this direction, it matters to point out that the Superior Labor's Court, when editing Abridgement 331, moved away the application from this legislative statement, what he would only be permissible in headquarters of constitutionality control. The maintenance of the sumular agreement admits the Public Administration's subsidiary liability creates a differentiated treatment for similar situations, what discriminatory shows. In search of a direction to understand the reasons for which if it admits the subsidiary liability, it is arrived

conclusion that the Judiciary created one social protection to the worker's public politics. However, related measured one doesn't show adequate, considering that the Judiciary one isn't structuralized functionally for public politics's creation.

Keywords: Subsidiary responsibility. Public administration. Outsourcing. Transaction Costs. Responsibility of the State. Licitacion's Law.

Introdução

O presente trabalho analisa a responsabilidade subsidiária da Administração Pública prevista no item IV da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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 nº 8.666, de 21.06.1993).

O tema possui pertinência, devido o momento porque passam e são estabelecidas as relações econômicas, pois, conforme afirma Vantuil Abdala, em artigo que também é citado no terceiro capítulo: “Não se trata mais de ser contra ou a favor da terceirização. Está-se diante de uma realidade inexorável: a terceirização não vai acabar”¹.

Assim, a questão que é enfrentada neste trabalho é a respeito da temática da responsabilidade subsidiária admitida pelo Tribunal Superior do Trabalho em contratos de terceirização firmados com a Administração Pública.

¹ ABDALA, Vantuil. *Terceirização: Anomia Inadmissível*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 22.10.2008.

O tema ganhou maiores proporções considerando a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n° 16 em face do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), em que se objetiva afastar referido entendimento a respeito da responsabilidade da Administração Pública. O dispositivo está assim redigido:

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.

O plano do trabalho é dividido em cinco capítulos que se inter-relacionam. O primeiro enfoca uma análise econômica a partir da Teoria dos Custos de Transação da terceirização, analisando as vantagens e desvantagens de se terceirizar uma determinada atividade bem como os limites de se decidir terceirizar.

Nesse mesmo capítulo, é feita uma análise da terceirização da Administração Pública, perquirindo a respeito se as mesmas conclusões que são afetas à iniciativa privada podem ser relacionadas no âmbito da contratação pública.

Estabelecida a contratação, portanto, findo ou em vias de se findar o contrato de terceirização, questiona-se a responsabilidade da Administração Pública enquanto tomadora de serviços. Assim, justifica-se a abordagem que é feita no segundo capítulo deste trabalho que enfoca a Teoria da Responsabilidade Civil do Estado. Nessa análise, questionam-se os argumentos que foram utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho para admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública e editar a Súmula n° 331.

Na ordem de encadeamento de idéias que deve possuir um trabalho científico, a questão também é colocada, no terceiro capítulo, sob a perspectiva dos efeitos da imputação da responsabilidade. Entretanto, também é feito um

enfoque a respeito das regras de responsabilidade que poderiam ter norteado o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

Na seqüência, e no mesmo terceiro capítulo, parte-se do pressuposto que a responsabilidade subsidiária é um dado a ser analisado e, diante do que se pode confrontar com o texto do art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), se algum questionamento ainda persiste para efeitos de responsabilidade à Administração Pública enquanto tomadora de serviços.

No quarto capítulo, o trabalho é encerrado considerando uma perspectiva que questiona as razões que levaram o Tribunal Superior do Trabalho a admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em contratos de terceirização de serviços. Nessa parte, chega-se mais a uma constatação do que uma análise mais detida dos limites do Poder Judiciário como formulador de políticas públicas. Essa explicação se torna relevante neste intróito, considerando a necessidade de se manter fiel a uma linha metodológica que é discutir a responsabilidade subsidiária e não aquele outro tema, sob pena de se elaborar duas idéias e, portanto, duas dissertações.

Por último, chega-se ao último capítulo a título de conclusão, referindo-se a uma síntese das análises feitas ao longo do trabalho.

CAPÍTULO I – TERCEIRIZAÇÃO

1. Introdução: o processo de terceirização

Até o começo do século XX, a forma predominante de contratação, devido ao paradigma da produção em massa, era a integração vertical, onde a organização deveria reunir a todas as atividades do segmento econômico por ela desenvolvido. A partir dos anos setenta, uma nova forma de estrutura organizacional passou a ser configurada, em especial na área industrial, acarretando em diversas mudanças, tais como: formas diversas de organização do trabalho, revolução na base técnica, considerando a adoção de novas tecnologias, e, principalmente, uma nova forma de relacionamento entre as empresas/firmas¹. Portanto, o paradigma da produção em massa foi substituído pelo da produção flexível ou enxuta.

Essa forma de estruturação, no que concerne à relação entre as empresas/firmas, destina-se a procurar o enfoque principal da organização, relegando-se a outra as tarefas que não se relacionam a esse enfoque (essa é a razão para a utilização do termo “focalização”). Nesse aspecto, o fenômeno da terceirização encontra-se inserido, adaptando-se a outros segmentos que não somente o industrial. Da mesma forma, a terceirização também é praticada no âmbito da Administração Pública, o que, nesta parte do trabalho, será explorado, sem embargo de uma visão geral do fenômeno que também é realizada.

A presente abordagem é desenvolvida tendo em vista que se está a tratar de responsabilidade da Administração quando estabelece contratos de terceirização. As formas de responsabilização do Estado serão questionadas considerando essa forma de estruturação organizacional no âmbito da Administração Pública, devendo-se, portanto, ser analisado o fenômeno da terceirização nesse aspecto.

¹ NETO, João Amato. *Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação*. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 32, nº 2, Mar./Abr., 1995, p. 34.

A expressão terceirização corresponderia ao termo inglês *outsourcing*, que significa suprir fontes externas, representando a decisão da organização no sentido de utilizar transações de mercado em vez da utilização de transações internas, visando atingir determinados fins, em regra, propósitos econômicos².

Costuma-se dizer que, quando o processo a ser terceirizado é anterior ao dominado pela empresa, relacionado ao que se denomina de “atividade-meio”, a terceirização é “a montante”, ou *upstream*; já quando a terceirização a ser realizada é um passo a mais em direção ao consumidor final, relacionado ao que se denomina de “atividade-fim”, a terceirização é “a jusante”, ou *downstream*.

Como exemplo da diferenciação das formas de terceirizar acima referidas, cita-se a situação das atividades relacionadas à indústria petrolífera:

A cadeia de petróleo pode ser dividida em diferentes seguimentos. A fase que corresponde exploração, desenvolvimento e produção é chamada *upstream*. A parte que corresponde ao transporte, refino, distribuição e comercialização é chamada de *downstream*.³

Assim, a terceirização está relacionada a opção organizacional entre o “fazer” e o “comprar”, “sendo uma alternativa a integração vertical”⁴. Em complemento, a terceirização pode ser vista como uma decisão em se deixar que determinados fornecedores tomem conta de certas atividades que outrora eram feitas internamente pela empresa.

Assim, a terceirização pode ser definida como:

[...] a estratégia empresarial que consiste em uma empresa transferir para outra, e sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando – isoladamente ou em conjunto – a

² CABRAL, Sandro. *Terceirização de Processos Industriais sob a ótica da Economia dos Custos de Transação*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração: Salvador, 2002, p. 16.

³ ARAÚJO, Leandro dos Reis de. *Análise sobre a Atividade do Upstream da Indústria de Petróleo Brasileira (1997-2003)*. Monografia de Bacharelado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia: Rio de Janeiro, setembro, 2004, p. 13.

⁴ CABRAL, *op. cit.*, p. 16.

especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores⁵.

Trata-se de forma de condução dos negócios empresariais, em que se objetiva definir o que seja mais conveniente à empresa em face da competitividade. Portanto, a idéia de terceirização corresponde à constatação das formas distintas de organização relacionadas ao aspecto estratégico.

Assim, considerando as estratégias que possam ser utilizadas, pode-se encontrar a integração vertical e a horizontal, sendo que a integração vertical corresponde à forma de organização em que as atividades são unidas sob o aspecto de hierarquia⁶ em relação a uma instituição matriz. Já a integração horizontal diz respeito à contratação efetivada livremente via mercado⁷, sem correspondência hierárquica.

Portanto, o processo decisório de se terceirizar é identificado sob o aspecto organizacional da integração horizontal, ou simplesmente, a contratação que é operada no mercado.

2. Vantagens e desvantagens da terceirização

Ocorre que em qualquer processo decisório, os aspectos negativos e positivos de uma diretriz a ser seguida devem ser considerados⁸. Apesar de se propalar largamente no cenário nacional as vantagens da terceirização, como se

⁵ SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Terceirização e Reestruturação Produtiva*. São Paulo: LTr, 2008, p. 78.

⁶ "Transactions that are placed under unified ownership (buyer and supplier are in the same enterprise) and subject to administrative controls (an authority relation, to include fiat) are managed by hierarchy. The contract law of hierarchy is that of forbearance, according to which internal organization is its own court of ultimate appeal". WILLIAMSON, Oliver. E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 378.

⁷ De acordo com Williamson, o mercado seria o espaço ou "arena em que as partes autônomas realizam a troca". No original: "The arena in which autonomous parties engage in exchange". WILLIAMSON, *op. cit.*, p. 378.

⁸ CABRAL, *op. cit.*, p. 18.

fosse a solução para as questões organizacionais, como qualquer processo decisório deve ser analisada com critérios em termos de competitividade.

A opção de se terceirizar é uma “decisão estratégica cujos aspectos de curto, médio e longo prazo devem ser considerados cuidadosamente”⁹. Aspectos que envolvam as circunstâncias e estruturas do mercado podem dificultar ou até impedir a decisão em terceirizar.

O estabelecimento dificultoso de relações com fornecedores em razão das particularidades destes deve ser considerado quando se optar por terceirizar. Assim, ao encontrar um fornecedor que não atenda às expectativas técnicas do mercado induz ao impedimento da adoção da estratégia de terceirização.

Da mesma forma, devem-se considerar relações que possam ser benéficas a ambas as partes envolvidas, ou seja, a relação deve produzir ganhos ao contratante e o contratado. Nesse sentido, a questão da reputação possui grande relevância na decisão de se estabelecer ou não uma parceria entre cliente (contratante) e fornecedor (contratado), de modo que a reputação positiva, obviamente, influenciará na decisão de formação dessa relação, ocasionando, portanto, em um “compromisso confiável”, que pode ser definido como um:

[...] contrato no qual as promessas acordadas são garantidas por mecanismos de incentivo e controle, de tal modo que as partes não identifiquem motivações econômicas para o rompimento contratual, ou mais, para a quebra das promessas previamente estabelecidas.¹⁰

Contudo, mesmo que a empresa realize uma aliança com o fornecedor, em alguns casos a terceirização de alguma atividade na qual a tarefa seja provida por um único fornecedor, pode impedir a decisão em se terceirizar. Com efeito, mesmo em situações de alto grau de compromisso entre as partes, em caso de qualquer problema que possa impedir a atividade terceirizada a empresa que

⁹ CABRAL, *idem*, *Ibidem*.

¹⁰ FARINA, Elisabeth *et alli*. *Competitividade, Mercado, Estado e Organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 283.

promoveu a terceirização se encontrará em uma situação de dependência em relação ao fornecedor. Nesse caso, pode-se dar o exemplo de um acidente ou problema de saúde do único trabalhador da empresa fornecedora que impediria a continuidade da tarefa que seria realizada.

Outro aspecto a ser salientado é que a terceirização em atividades relacionadas à etapa final ou que a diferencie no mercado pode acarretar em prejuízo na competitividade, tendo em vista que os concorrentes podem contratar com o mesmo fornecedor.

Muitas vezes, terceirizar pode significar a **redução da diferenciação**. Uma atividade integrada verticalmente aumenta barreiras à entrada na medida em que o conhecimento e a tecnologia desenvolvidos internamente não são compartilhados com fornecedores. Ao se terceirizar uma atividade de forma *upstream*, a empresa pode perder um pouco de sua habilidade de diferenciação, tendo em vista que os seus concorrentes poderão ter acesso às mesmas fontes de suprimentos, a menos que haja salvaguardas específicas para evitar tal tipo de conduta¹¹. (grifos no original)

Da mesma forma, terceirizar pode criar condições para o surgimento de um novo concorrente, através de um movimento de integração constantemente realizado. Assim, considerando como exemplo uma empresa que sempre possuiu todo o processo de produção verticalmente, e passa ao mercado uma dada linha produtiva, posteriormente pode-se deparar com um concorrente, considerando os investimentos deste quando de simples fornecedor. Este foi o caso da empresa Honda, que de simples fornecedora da Toyota se tornara sua concorrente¹².

Por outro lado, vários fatores podem direcionar uma organização em decidir optar pela terceirização com o intuito de se obter maiores ganhos.

Com efeito, quando se transfere uma atividade para os fornecedores, os custos que antes eram fixos, como o pagamento de salários e manutenção de

¹¹ CABRAL, *op. cit.*, p. 19.

¹² RESENDE, Wilson. A Terceirização acabou? *Revista de Administração de Empresas – FGV/SP*. São Paulo, v. 37, n° 4. Out-Dez, 1997, p. 14.

equipamentos, são transformados em variáveis, sendo incorridos somente quando de sua efetivação utilização¹³.

Terceirizar uma atividade em situações como essa, pode fazer com que as organizações contratem somente quando for necessário, aumentando o leque de opções por ocasião de investimentos.

Essa constatação possui crucial importância, considerando a cada vez mais crescente competição nos mercados, tendo em vista que a redução das margens de lucro das organizações limita o montante de investimento em outras áreas, acarretando em limites na alocação de recursos.

Com efeito, deve ser considerado que os recursos das organizações são limitados e que isso acarreta na escolha de investir em determinadas áreas. Assim, a opção de terceirizar constitui-se em eficaz disponibilização de recursos financeiros para investimentos em atividades de interesse da organização. Frise-se que, neste passo, a terceirização pode inclusive se relacionar com o que se denomina de "atividade-fim" (*downstream*), consoante a estratégia empresarial.

A terceirização permite, portanto, o enfoque nas competências essenciais que distinguem uma organização de outra em relação à concorrência, o que se identificaria com o que se denomina de *core business*:

Como afirmam muitos autores, a empresa não pode ou não deve procurar ser excelente em tudo. Assim, é necessário identificar quais funções a empresa pode desempenhar com excelência (tais como: funções de projeto, de produção, de comercialização, de distribuição), para, então, centrar seu negócio nessas funções ou, em outras palavras, competir em campos relacionados a essas funções. Surge daí os conceitos de *Core Competence*, ou seja, as áreas de trabalho ou as funções em que a empresa é competente, e de *Core Business*, que é decorrência direta do primeiro. A expressão *Core Competence* foi traduzida por competências essenciais.¹⁴

¹³ CABRAL, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴ INÁCIO, Sandra Regina da Luz. *A Força do Core Business*, p. 1. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos>>. Acesso em: 18/10/2008.

Portanto, a organização deve direcionar os seus recursos em atividades que efetivamente aportam em diferenciamento em relação a outras organizações.

Nesse sentido, pode-se enumerar como exemplo o que se tem verificado no setor bancário, em que há terceirização de atividades de processamento de dados, microfilmagem, atendimento, cobrança, compensação de cheque e transporte de valores, atividades que até um tempo atrás eram consideradas atividades essencialmente bancárias e que somente as instituições financeiras realizariam.

Ilustrando esse exemplo, cita-se a conformação estratégica de parceria de instituições financeiras com os correspondentes bancários:

Com a abertura proporcionada pelo governo Lula em 2003, pela Lei 2707, para a concessão de empréstimo em consignação com descontos das prestações diretamente na folha de pagamento, o serviço deu origem à criação de várias empresas contratadas pelas instituições financeiras (contratantes) para desempenhar a função de correspondente bancário (contratadas), prestando os serviços de recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamento, como também análise de crédito e cadastro, por intermédio de suas equipes de vendas.

Conforme divulgação do IBGE em março de 2005, essa modalidade de concessão de crédito é um dos pilares de sustentação da economia, ou seja, os consumidores tiveram muito mais acesso ao crédito para financiar suas compras e, com dinheiro disponível, aumentaram a demanda interna, sendo fator relevante para o desempenho do PIB.

Outras parcerias financeiras criaram volumes significativos como estratégia de crescimento após a aprovação do crédito consignado em folha de pagamento. Exemplo dessa parceria é o Banco Postal, fruto da parceria do Bradesco com os Correios, que realiza operações, desde abertura de contas até a concessão de crédito. Outras modalidades de concessão de crédito mediante atuação do correspondente bancário se fazem presentes na venda de eletroeletrônicos e nas parcerias do Magazine Luísa com o Unibanco e as Lojas Americanas com o Banco Itaú, dentre outros inúmeros exemplos.¹⁵

¹⁵ RABELO, Socorro, LEOCÁDIO, Leonardo e FERRAZ, Serafim. *Análise da Gestão de Pessoas na Terceirização de Atividades-Fim no Setor Financeiro Cearense*. III CNEG – Niterói, RJ, Brasil, 17, 18 e 19 de agosto de 2006, p. 8.

Nesse sentido, o que se tem que questionar, sob o aspecto estratégico, é se essas atividades não fazem parte do *core business* da organização.

Com efeito, o processo de terceirização em atividades que possuam relação direta sobre o produto ou serviço final deve ser visto com cuidado, procurando identificar sempre os aspectos relacionados com as competências essenciais da organização.

Situações há em que as exigências do mercado exigem uma certa flexibilidade das organizações, requerendo em muitos casos mudanças radicais. Como exemplo rotineiramente utilizado, pode-se evitar a limitação de somente um tipo de atividade, por meio de escolha de fornecedores especializados em situações que as mudanças do produto ou serviço final passam a não ser respondidas adequadamente pelos processos internos da organização.

Outra vantagem para organização decidir terceirizar se dá em função de que os fornecedores especializados realizam investimentos no desenvolvimento e aperfeiçoamento de processos, tornando desnecessário que as organizações dediquem esforços nessas áreas.

Sabe-se que a velocidade do desenvolvimento de avanços tecnológicos faz com que seja inviável a modernização de todos os elementos de determinada cadeia produtiva de uma organização. Da mesma forma, as operações realizadas internamente por processos tecnologicamente obsoletos podem comprometer a performance de etapas subseqüentes da cadeia produtiva, limitando as propriedades qualitativas do produto final¹⁶. Portanto, em alguns casos, a disponibilidade de produtos ou serviços de origem externa com qualidade superior da produzida internamente induz positivamente a decisão de terceirizar.

3. Terceirização em atividade-meio e atividade-fim

¹⁶ CABRAL, *op. cit.*, p. 24.

Conforme dito acima, não se tem como avaliar sob o ponto de vista estratégico qual a melhor forma de se terceirizar. Não se tem como se estabelecer genericamente o impedimento da terceirização em determinadas atividades.

Há que se considerar a necessidade de adaptabilidade das organizações em meio a competitividade crescente. Nesse sentido, não se deve trabalhar mais com conceitos de “atividade-fim” ou “atividade-meio” e sim simplesmente “atividades” que são desempenhadas pelas organizações. Assim, aprioristicamente, qualquer atividade poderia ser terceirizada.

Sob o aspecto estratégico, o que realmente importa saber é qual a competência essencial da organização e não suas atividades. Contudo, a dificuldade em se saber qual é essa competência essencial é que acarreta em desacertos em termos de terceirização.

Na verdade, pode-se dizer que essa competência deve corresponder a característica da organização que a diferencia em seu ramo competitivo. Mas somente a organização é que sabe (ou deveria saber) que competência é essa.

Com efeito, caso a organização não saiba qual a sua competência essencial, ela estará fadada ao insucesso competitivo¹⁷.

Alguns autores propõem os três seguintes critérios, definidos como essenciais para uma habilidade ou tecnologia ser compreendida como uma competência essencial:

1. Oferecer reais benefícios aos consumidores;
2. Ser difícil de imitar; e
3. Prover acesso a diferentes mercados.

Como existe forte correlação entre armas e campos da competição, pode-se então, a partir da identificação das armas que a empresa domina, num caminho inverso, identificar os campos em que deve competir e, finalmente, as funções que deve reter

¹⁷ “Em uma pesquisa descobriram que 83% das empresas com crescimento rentável e sustentável se concentram em um ou dois Core Business, por meio dos quais conseguem uma posição de liderança ou grande influência no mercado.

Ao mesmo tempo, o estudo demonstrou que 75% dos fracassos empresariais se devem ao fato de as empresas terem perdido o foco e a definição de seu Core Business” INÁCIO, *op. cit.*, p. 1.

sob sua responsabilidade, ou seja, sua Core Competence e, portanto, seu Core Business.¹⁸

Nesse sentido, cita-se o exemplo da Nike que passou a terceirizar toda a sua linha de fabricação de calçados, dedicando os seus recursos em *marketing* e pesquisa de desenvolvimento¹⁹.

Frise-se que não há obrigatoriedade legal de qual tipo de atividade deva ser terceirizada. A abordagem desse tema deva ficar a cargo da estratégia empresarial.

Entretanto, encontram-se entendimentos que exigem do contratante a obrigatoriedade de contratar os trabalhadores da contratada, considerando determinadas atividades. Isso foi o que decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, nos casos da Itaipu Binacional²⁰ e da Sadia S.A.²¹, tendo em vista que, neste último processo:

A reclamada Sadia foi a única beneficiária da mão-de-obra do autor, servindo a primeira reclamada apenas como intermediadora. Assim, é evidente que as atividades desenvolvidas pelo autor inseriam-se na atividade-fim da 2ª ré Sadia concernente à industrialização e comercialização de margarina. Por esta razão, a terceirização da mão-de-obra é fraudulenta, formando-se o vínculo de emprego diretamente com a tomadora, no caso a recorrente, não merecendo reforma o julgado (fls. 217)

Perceba-se que o Tribunal utilizou como argumento para a manutenção do vínculo de emprego com a Sadia o que seria, no entendimento da Corte, a “atividade-fim” da organização (“industrialização e comercialização de margarina”).

Nessa mesma linha de entendimento, pode-se citar a seguinte notícia extraída do site *Revista Consultor Jurídico*²²:

¹⁸ INÁCIO, *idem, ibidem*.

¹⁹ CABRAL, *op. cit.*, p. 21.

²⁰ TST, RR-422.863/1998.3, publicação no DJ em 19.09.2003, Rel. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes

²¹ TST, RR-162/2001-022-09-00.5, publicação no DJ em 23.11.2007, Rel. João Batista Brito Pereira.

²² Em xeque: Unibanco é acusado de terceirização ilegal de funcionários. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 03.06.2004.

A terceirização de funcionários adotada pelo Unibanco está sendo questionada pelo Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro. Os trabalhadores são empregados para as chamadas atividades-fim da empresa, que são relativas ao objetivo social da instituição, como processamento e lançamento de dados de toda a movimentação bancária dos caixas-automáticos e terminais de auto-atendimento.

O procurador do Trabalho Cássio Casagrande inclui na ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, distribuída à 13ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, além do Unibanco, as empresas Service Bank Serviços Tecnológicos e Representações Comerciais, Selttime Serviços Empresariais, Confiança 28 Recursos Humanos e MPA Recursos Humanos.

Casagrande pede que o banco seja condenado em obrigação de não-fazer, no sentido de abster-se de recrutar ou contratar trabalhadores através de empresas terceirizadas nas atividades relativas ao seu objetivo social. Ele alega que quase toda a atividade relativa ao processamento dos documentos movimentados dos caixas automáticos da instituição é realizada por empregados terceirizados e "quarteirizados", que, no entanto, se subordinam ao comando do Unibanco.

A denúncia foi apresentada pela Federação dos Empregados em Estabelecimentos Bancários dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Em duas diligências realizadas pela Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, com apoio da Delegacia Regional do Trabalho, na Unidade de Serviços Bancários, localizada no bairro do Rio Comprido, constatou-se a presença de dezenas de trabalhadores subcontratados por empresas de terceirização que na verdade apenas fornecem mão-de-obra ao banco.

"Há casos gravíssimos em que as próprias terceirizadas contratam outras empresas de locação de mão-de-obra", diz o procurador.

Cássio Casagrande afirma que, embora o trabalhador preste serviços diretamente ao Unibanco, há duas empresas interpostas entre ele e seu real empregador. Com isto, o empregado deixa de ter as garantias dos bancários. "A fraude é evidente. Os próprios contratos que o Unibanco celebra com as terceirizadas demonstram que na verdade é o próprio banco quem administra e controla os subcontratados. Tanto assim é que é o Unibanco quem estabelece os horários de trabalho", afirma.

Em uma das diligências os fiscais do trabalho flagraram os terceirizados recebendo ordens dos prepostos do banco, fato documentado inclusive por fotografias que foram anexadas nos autos. Também foi constatado que há trabalhadores que já passaram por várias empresas terceirizadas, mas estão trabalhando há anos para o Unibanco.

O procurador explica que a terceirização só é possível quando a empresa contratada é especializada em determinado serviço relacionado à atividade-meio do tomador de serviço, e seus empregados não se subordinam ao contratante. “No caso do Unibanco, está patente para o Ministério Público do Trabalho que as contratadas não possuem qualquer especialização, e que os terceirizados prestam serviços tipicamente bancários, de forma subordinada, caracterizando a relação de emprego conforme prevista no art. 3º. da CLT.

Pelo que se percebe do noticiado, haveria terceirização ilegal por haver contratação de funções em atividades-fim do Unibanco. Ocorre que, pelo que se afirmou acima, não há que se falar em tal classificação, e sim em competência essencial da organização, que somente pode ser definida estrategicamente. O fato de haver questionamento a respeito de redução de direitos do trabalhador deve ser enfrentado sob outro aspecto que não o da terceirização – que deve se relacionar especificamente à estratégia organizacional em termos de competitividade.

Com efeito, a terceirização não pode ser confundida com fraude à legislação ou com algo relacionado a reduzir os direitos do trabalhador. Ademais, importa ressaltar que não há instrumento legal que obrigue a organização a contratar em determinado ramo de atividade, podendo se relacionar inclusive com o que se denomina de “atividade-fim”²³.

Contudo, além da verificação da competência essencial da organização, deve-se perquirir os custos de transação em se efetuar esse tipo de contratação. Assim, deve-se avaliar qual a forma mais eficiente de se contratar: verticalmente (sob hierarquia) ou via mercado (terceirização).

4. Abordagem sobre os Custos de Transação

²³ Em sentido semelhante ao aqui exposto, *vide* NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de Direito do Trabalho*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 400; e MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 123-124.

A Economia dos Custos de Transação é uma forma de análise da Nova Economia das Instituições, escola do pensamento econômico que possui como objeto as variáveis institucionais, transacionais e organizacionais que compõem o universo das organizações. Essa linha de pensamento parte do pressuposto de que as instituições fazem diferença e podem ser analisadas.

A Nova Economia das Instituições representa um encadeamento de disciplinas como Direito, Economia e Teoria das Organizações²⁴, possuindo duas principais correntes: Ambiente Institucional e Estruturas de Governança. Ambas enfocam o estudo em conceitos como de custos de transação, instituições e organizações, sendo os primeiros o ponto fundamental.

4.1. Conceito de custos de transação

No início do séc. XX o pensamento econômico estava mergulhado em estudos que incorporavam o modelo de Adam Smith que não refletiam o mundo real²⁵.

Autores como Coase e Commons apresentam estudos sobre o pensamento econômico, surgindo, assim, as bases da Economia das Instituições²⁶.

Uma das principais contribuições para essa escola foi dada por Commons na década de 20 (vinte), onde se afirmou que as transações deveriam ser tomadas como unidade de análise.

A Economia dos Custos de Transação considera, na opinião de Commons (1924, 1934), que a transação é a unidade básica de análise. Esse importante *insight* passa a ter significância operacional sobre a identificação das dimensões críticas no que diz respeito de como as transações diferem.²⁷

²⁴ CAVALCANTI, José Carlos e MAC DOWEL, Maria Cristina. *Contribuições Recentes à Teoria da Integração Vertical*, 1995, p. 8. Disponível em: <http://www.decon.ufpe.br/integ1.htm> Acesso em: 10.03.2008.

²⁵ CABRAL, *op. cit.*, p. 28.

²⁶ CABRAL, *idem, ibidem*.

²⁷ No original: "Transaction-cost economics subscribes to Commons' view (1924, 1934) that the transaction is the basic unit of analysis. That important insight takes on operational

Foi com Ronald Coase, economista da Universidade de Chicago, que a Economia dos Custos de Transação se desenvolveu. Em trabalho publicado em 1937, Coase abriu o caminho para a explicação da origem da firma, argumentando que, se as firmas podem exercer as mesmas funções que os mercados, em termos de coordenação da atividade econômica, elas podem ser vistas como uma alternativa aos estudos até então feitos sobre mercados²⁸.

A utilização de um ou outro mecanismo de coordenação seria, de acordo com Coase, determinada em função dos custos envolvidos no processamento das transações. Tais custos, de natureza distinta dos custos de produção, foram denominados como custos de transação e seriam de duas naturezas: a) custos de coleta de informações sobre preços vigentes no mercado; e b) custos de negociação e estabelecimento de um contrato.²⁹

Nesse sentido, as instituições públicas ou privadas atuariam no sentido de economizar custos de transação, de forma que a sobrevivência de uma organização está atrelada à eficiência desse propósito³⁰.

A importância em considerar os custos de transação se dá em razão da falta de correspondência com a realidade que as teorias econômicas neoclássicas consideravam, como a ausência de custos e a racionalidade dos agentes ilimitada.

Assim, de acordo com Williamson, os "Custos de Transação são o equivalente econômico da fricção nos sistemas físicos"³¹, tendo em vista que as análises econômicas devem corresponder ao que de fato ocorre nas transações.

significance upon identifying the critical dimensions with respect to with transactions differ." WILLIAMSON, *The Mechanisms ...*, p. 105.

²⁸ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985, p. 4.

²⁹ FARINA, *op. cit.*, p. 36.

³⁰ CABRAL, *op. cit.*, p. 29

³¹ No original: "Transaction costs are the economic equivalent or friction in physical systems." WILLIAMSON, *The Economic ...*, p. 19.

O conceito de transação está relacionado ao de troca, em que as partes, visando “atingir determinados objetivos, acordam os termos e realizam o processo de permuta”³².

De acordo com Williamson, “uma transação ocorre quando um bem ou serviço é transferido por meio de uma interface tecnologicamente separada. As transações são negociadas por estruturas de governança (mercados, contratos híbridos, hierarquias)”³³.

A transação condiciona o comportamento das partes, tendo em vista que elas estão sujeitas ao risco de que o que fora acordado entre elas não se verifique, ou seja, haja inadimplemento por parte de uma das partes. Assim, elas criam formas elaboradas de garantia contratual com o fim de reduzir esses riscos bem como suas conseqüências, devendo isso ser levado em conta no momento da pactuação, o que acarretará em custos na transação.

Visualizando o problema econômico através de um enfoque contratual, os custos de transação podem ser analisados de forma *ex ante* ou *ex post*.

Os custos *ex ante* são relacionados aos custos de elaboração, negociação e proclamação de um contrato. O maior ou menor detalhamento de um contrato corresponderá aos limites cognitivos dos contratantes de processar todas as informações necessárias à confecção contratual. Contudo, os contratos podem ser pactuados de forma incompleta intencionalmente, visando a solução de questões de acordo com as eventuais contingências que surgirem.

Os custos *ex post* possuem diversas formas, como os custos de má adaptação contratual em decorrência de mudanças no escopo acordado, custos relacionados à barganha durante o contrato em execução, custos relacionados ao contrato em si e à fiscalização de que os termos do contrato sejam cumpridos.

Sinteticamente, pode-se dizer que os custos de transação correspondem:

³² CABRAL, *op. cit.*, p. 31

³³ No original: “A transaction occurs when a good or service is transferred across a technologically separable interface. Transaction are mediated by governance structures (markets, hybrids, hierarchies)” WILLIAMSON, *The Mechanisms ...*, p. 379.

Os custos *ex ante* de esboçar, de negociar, e de proteger um acordo e, mais especificamente, os custos *ex post* de má adaptação e de ajuste que se verificam quando a execução do contrato for desalinhada em consequência das aberturas, dos erros, das omissões, e dos distúrbios não-antecipados; os custos de manter o sistema econômico³⁴

A Economia dos Custos de Transação difere de outras análises econômicas, tendo em vista que a abordagem “é mais microanalítica” e o seu embasamento teórico recai sobre seus “pressupostos comportamentais”, da mesma forma que “introduz e desenvolve a importância econômica de especificidade de ativos”, dedicando-se a “análises comparativas institucionais” e considerando as “firmas como sendo estruturas de governança ao invés de função de produção”, e, por último, coloca “maior peso” sobre a negociação *ex post*, “com ênfase especial em mecanismos privados” de resolução de conflitos³⁵.

Assim, a Economia dos Custos de Transação possui como pressupostos comportamentais básicos a racionalidade limitada e o oportunismo e possui como atributos observáveis a frequência, incerteza e a especificidade de ativos, que permitem avaliar os custos em diferentes tipos de transações³⁶.

4.2. Pressupostos comportamentais

A Economia dos Custos de Transação utiliza em sua análise atributos comportamentais intrínsecos ao ser humano: a racionalidade limitada e o oportunismo. “O primeiro reconhece os limites da competência cognitiva” e o segundo atributo assume que as pessoas agem em busca do “interesse próprio”.³⁷

³⁴ No original: “The *ex ante* costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the *ex post* costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system” WILLIAMSON, *The Mechanisms...*, p. 379.

³⁵ WILLIAMSON, *The Economic...*, pp. 17-18.

³⁶ CABRAL, *op. cit.*, p. 33.

³⁷ WILLIAMSON, *The Economic...*, p. 44.

4.2.1. Racionalidade limitada

O problema das organizações como fruto dos limites cognitivos dos agentes econômicos deve ser reconhecido, tendo em vista que os indivíduos apresentam comportamentos intencionalmente racionais, embora limitados.

Williamson³⁸ divide o conceito de racionalidade em três níveis: maximização, racionalidade limitada e racionalidade orgânica.

A primeira racionalidade (maximização) é utilizada pelos economistas neoclássicos. Os agentes visam a maximização dos objetivos e são capazes de captar e processar todas as informações disponíveis e sem custos.

Obviamente que referida racionalidade não corresponde à realidade, havendo o segundo tipo de racionalidade: a racionalidade limitada. Neste nível os indivíduos são racionais, mas de forma limitada.

Os agentes econômicos pretenderão sempre, conscientemente, a maximização de seus objetivos. Entretanto, devido aos limites cognitivos dos indivíduos em condições de processamento de informações, a solução a ser tomada nunca será a correta em termos de otimização da transação.

Ademais, nem sempre as informações necessárias para tomadas de decisão e as formulações estratégicas estarão disponíveis, tendo em vista situações de inexistência dessas informações ou pelo alto custo de sua aquisição. Nesse sentido, os agentes encontram-se obrigados a restringir ainda mais o uso de suas capacidades cognitivas obtendo um conjunto de soluções. Essas soluções, por conseguinte, serão adequadas à transação, considerando as limitações contratuais.

Por falta de todos os elementos necessários, essas soluções serão necessariamente incompletas, embora satisfatórias. Portanto, os contratos entabulados sob estas condições serão sempre incompletos.

Sabedores das limitações, *ex ante* os agentes incluem salvaguardas contratuais para lidar com possíveis acontecimentos *ex post*. Assim, as cláusulas

³⁸ WILLIAMSON, *The Economic...*, pp. 44-47

acarretam em fatores desencadeantes de custos de transação: *ex ante*, considerando os esforços adicionais para redação do contrato, e *ex post*, tendo em vista os atritos gerados pelo entendimento de uma das partes sobre o não cumprimento do que antes fora pactuado³⁹.

Portanto, "confrontado com as realidades da racionalidade limitada, os custos de planejamento, de adaptação e de monitoramento das transações precisam ser expressamente considerados"⁴⁰ pelos agentes pactuantes.

Já a racionalidade orgânica se refere a falta de capacidade dos indivíduos em escolher as formas organizacionais que reduzam eventuais problemas contratuais que podem ocorrer *ex post*. Assim, os contratos são incompletos e confeccionados de forma que seus elementos não são suficientemente capazes de antecipar problemas *ex post*.

Pelo que se expôs, a racionalidade adotada pela Economia dos Custos de Transação é a racionalidade limitada, admitindo-se, portanto, que o "comportamento é intencionalmente racional, mas somente limitadamente; é uma condição da competência cognitiva limitada em receber, armazenar, recuperar e processar informações."⁴¹

4.2.2. Oportunismo

O oportunismo se refere à constatação de que as partes de uma relação, consideradas como agentes econômicos, desde que possuam informações privilegiadas, agem em busca da satisfação de seus interesses pessoais, podendo com essa atitude, prejudicar outras partes dessa mesma relação.

³⁹ CABRAL, *op. cit.*, p.33.

⁴⁰ No original: "Confronted with the realities of bounded rationality, the costs of planing, adapting, and monitoring transactions need expressly to be considered." WILLIAMSON, *The Economic...*, p. 46.

⁴¹ No original: "[...] behavior that is intendedly rational but only limitedly so; it is a condition of limited cognitive competence to receive, store, retrieve, and process information". WILLIAMSON, *The Mechanisms...*, p. 377.

De acordo com Williamson⁴², podem ser distinguidos três níveis de comportamento auto-interessado: o oportunismo, o auto-interesse simples e a obediência.

No oportunismo algumas ações são esperadas, tais como mentir, trapacear e enganar, tendo em vista que o indivíduo age em prol do seu interesse. Verifica-se a quase ausência de restrições ao descumprimento de contratos, o que pode ocasionar impactos significativos em termos de frequência de transações. O conceito de oportunismo está ligado a esforços calculados a distorcer, esconder ou ofuscar fatos que contribuem para a geração de assimetrias de informação entre os agentes.

O comportamento auto-interesse simples se considera que os termos previamente estabelecidos serão respeitados *ex post*, assim, os indivíduos cumprem todas as regras do jogo. Em regra, esse postulado é adotado por economistas neoclássicos.

E, por último, a obediência, que trata de um pressuposto associado à engenharia social, no sentido de considerar que as ações dos indivíduos são coordenadas pelo Estado e não pelos indivíduos.

A Economia dos Custos de Transação trabalha com o conceito de oportunismo, no qual os indivíduos são oportunistas e podem não se valer da ética no direcionamento de suas condutas, podendo utilizar oportunisticamente informações privilegiadas *ex ante*, para maximizar seus resultados⁴³.

O conceito de oportunismo constata a situação de que os atores envolvidos em uma transação nem sempre atuarão de acordo com o que fora assumido e que o cumprimento do que fora acertado nem sempre será feito sem a verificação de novos custos àquele acordo.

Essa afirmação não significa dizer que na realidade todas as pessoas são oportunistas, mas sim que, devido a constatação de que todos agem no sentido de satisfazer os seus interesses, que podem ser pessoais ou até altruístas, é que se

⁴² WILLIAMSON, *The Economic...*, pp. 47-49.

⁴³ CABRAL, *op. cit.*, p. 36.

assume, para efeitos de análise dos custos, que nas transações pode haver esse tipo de comportamento.

Assim, partindo-se do pressuposto de que todos os indivíduos são oportunistas e, considerando a tentativa de se estabelecer as transações, são criadas instituições e salvaguardas contratuais *ex ante* à transação, visando reduzir os problemas decorrentes dessa forma de conduta, o que acarreta, por conseguinte, em maiores custos de transação.

4.3. Dimensões das transações

Os custos de transação podem ser diminuídos enquanto as transações são realizadas de acordo com as suas dimensões e determinadas estruturas de governança. Assim, importa entender as dimensões das transações – especificidade de ativos, frequência e incerteza – e seus impactos na determinação das formas organizacionais que são adequadas (integração vertical ou mercado).

4.3.1. Especificidade de Ativos

Ativos específicos podem ser entendidos como aqueles que, no caso de término ou interrupção de um contrato, não são facilmente reutilizáveis, a não ser com perdas de valor^{44 45}.

Se os contratos são incompletos, considerando a racionalidade limitada dos agentes, e se há manifestação de condutas oportunistas pelos agentes, inevitavelmente o investimento em ativos específicos está sujeito a riscos⁴⁶.

⁴⁴ WILLIAMSON, *The Mechanisms...*, p. 377.

⁴⁵ Exemplo de investimento em ativos específicos foi o caso da parceria Sadia/Arby's, em que Arby's (quando de sua chegada ao Brasil) solicitara à Sadia para que produzisse *roastbeef*, sendo que este produto fazia parte da competência essencial da Arby's. O investimento somente poderia ser ressarcido se a parceria tivesse continuidade. Exemplo extraído de ZYLBERSZTAJN, Décio e NEVES, Marcos Fava (org.). *Economia e Gestão de Negócios Agroalimentares*. São Paulo: Pioneira, 2000, p. 48.

A especificidade de ativos pode determinar os custos de transação envolvidos em uma relação contratual e sua análise pode ser decisiva para efeito de contratação, tendo em vista que

[...] nem sempre um determinado ativo pode ser transferido de uma atividade para outra sem que a sua produtividade seja afetada. Esse é o caso, em especial, de ativos que são desenvolvidos ou acumulados com vista a uma atividade específica, para a qual são muito produtivos, mas que perdem valor quando deslocados para outros fins. Por exemplo, um trem de alta velocidade será de pouca utilidade se utilizado em outra via férrea que não tenha recebido o tratamento adequado para acomodá-lo. [...] O tamanho dessa perda vai depender de como foi criado o ativo; se ele foi desenvolvido especificamente para amoldar-se a uma determinada transação, a perda com a mudança de uso tende a ser grande.⁴⁷

Assim, tendo em vista que a parte que realizaria os investimentos em ativos não possui certeza de eventual recompensa no futuro, considerando o comportamento oportunista da outra parte, as salvaguardas serão naturalmente estabelecidas com o intuito de proteger aqueles investimentos realizados, o que acarreta, por conseguinte, em aumento dos custos de transação.

Algumas implicações sobre o efeito de ativos específicos sobre transações econômicas podem ser observadas por meio da distinção dos diferentes níveis de especificidade de ativos. Williamson⁴⁸ distingue as ramificações de ativos específicos que contribuem para o aumento dos custos contratuais:

Especificidade locacional – quando a proximidade entre elos da mesma cadeia produtiva contribui para a diminuição dos custos de transporte e inventário;

Especificidade de ativos físicos – relaciona-se às instalações especializadas necessárias à produção de um componente;

⁴⁶ CABRAL, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁷ CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações*. Rio de Janeiro: IPEA, outubro de 2005, p. 9.

⁴⁸ WILLIAMSON, *The Economic...*, pp. 95-96.

Especificidade de ativos humanos – trata-se dos recursos humanos necessários à execução de algum processo em particular;

Especificidade de marca – ligada à imagem que a marca de uma empresa possui no mercado;

Especificidade de ativos dedicados – relacionado à necessidade de investimento para transacionar com um cliente/fornecedor em particular;

Especificidade temporal – ligada à transação que tem no tempo um fator crítico por motivos tecnológicos.

Entretanto, seja qual for a forma de investimento em ativos haverá o risco do seu não retorno, que pode ser reduzido com o estabelecimento de salvaguardas contratuais, o nível de freqüência com que as transações ocorrem e o ambiente em que se verificam.

4.3.2. Freqüência

Os custos de transação serão atenuados à medida que as transações se verifiquem de forma recorrente, tendo em vista que propicia a construção da reputação pelas partes.

Com efeito, a freqüência influencia positivamente aspectos ligados à confiança e à lealdade entre as partes envolvidas, em uma dada relação econômica, contribuindo para a redução dos custos de transação. Assim, ao se construir uma reputação por transações recorrentes desestimula-se comportamentos oportunistas.

Da mesma forma, a freqüência de transações reduz a incerteza, tendo em vista que as partes adquirem maior conhecimento umas das outras a cada transação. Assim, em casos de desvios praticados por uma parte numa transação, a outra parte pode exigir maiores garantias em transações futuras, como forma de “punição”, aumentando-se, por conseguinte, os custos de transação.

4.3.3. Incerteza

Os problemas de adaptação econômica emergem somente na presença de incertezas, conquanto o “problema econômico da sociedade é principalmente de adaptação em circunstâncias particulares de tempo e lugar”⁴⁹.

A incerteza relaciona-se diretamente com o elemento racionalidade limitada, tendo em vista que aquela acarreta maiores dificuldades por ocasião da celebração do contrato. A incerteza impõe às organizações condutas mais rigorosas no que se refere à decisão de se realizar ou não investimentos de forma geral, em especial de ativos específicos.

A realização de uma transação em um ambiente com elevado nível de incerteza entre as partes é uma tarefa mais complexa e difícil do que se realizar uma transação em um ambiente com um nível baixo de incerteza.

Assim, como as partes não podem antever todas as conjecturas do ambiente, característica típica de um ambiente incerto, elas providenciam a construção de salvaguardas contratuais *ex ante* como forma de garantir o cumprimento do que antes fora acordado e de minimizar comportamentos oportunistas.

4.4. A importância das instituições

Instituições podem ser definidas como as regras do jogo, reduzindo a incerteza ao conferir uma estrutura para a vida cotidiana e limitando as escolhas dos indivíduos.

As instituições desempenham efetivamente a função de restringir e condicionar as interações humanas, reduzindo seus custos, e de impor restrições sobre outras instituições envolvendo restrições formais, como as leis e restrições informais como os códigos de ética e costumes.

⁴⁹ No original: “[...] *economic problem of society is mainly one of adaptation to changes in particular circumstances of time and place*”. HAYEK *apud* WILLIAMSON, *The Economic...*, p. 57.

As instituições são provocadas para assegurar o cumprimento de contratos nas relações econômicas de cunho impessoal. Pelo fato dessas instituições possuírem imperfeições, outros mecanismos visando a execução contratual devem ser utilizados. Assim, o processo de garantia contratual se torna mais efetivo quando os elementos que propiciam a introdução de restrições informais passam a ser incorporada a organização. Restrições essas que são baseadas em códigos de honra e ética, assim como elementos ligados a confiança e a reputação dos atores envolvidos.

A competitividade de determinadas economias é determinada a partir de sua matriz institucional. A eficácia das instituições em resolver os problemas de coordenação econômica é determinada pela motivação dos agentes, pela complexidade do ambiente e pela habilidade dos atores econômicos em decifrar e organizar o ambiente.

As assimetrias de informações existentes entre os agentes e a tendência ao comportamento auto-interessado das partes, obrigam a alocação de esforços para monitoramento e cumprimento dos contratos, fazendo com que os custos de transação se manifestem. Nesse sentido, as instituições passam a ocupar um importante papel, na medida em que dão suporte a estrutura básica necessária a atenuação do aumento dos custos de transação.

Com efeito, as instituições agem no sentido de reduzir a incerteza das transações, de modo a garantir o seu cumprimento. Pois em casos que não se tem como avaliar o comportamento da outra parte, devido à racionalidade limitada, e não há como se respaldar nas instituições para o fim de monitoramento do comportamento das partes, os custos de se estabelecer uma transação aumentam, reduzindo-se a sua possibilidade de verificação.

A complexidade das relações econômicas relaciona-se diretamente aos níveis de especialização contratual, em que a não-especialização é uma forma de garantia quando os custos e incertezas inerentes as transações são altos.

Assim, um ambiente institucional que garanta a legitimidade das transações torna-se indispensável para o crescimento econômico, sendo inegável que a

criação de um ambiente institucional que estimule relações embasadas em compromissos confiáveis (*credible commitment*) e que envolva uma estrutura de regras formais e informais de mecanismos de garantia contratual acarreta em diminuição dos custos de transação⁵⁰.

5. Terceirização e custos de transação

Nesta parte do trabalho, far-se-á a análise da terceirização considerando os custos de transação.

Assim, evidenciada a necessidade de se analisar a especificidade de ativos e outros parâmetros de comportamento, como o ambiente institucional, oportunismo e incerteza, na escolha das estruturas de governança que regem as transações, para o fim de aferir os custos de transação, pode-se, por conseguinte, verificar a eficiência ou não do processo decisório de terceirização.

Não se tem como estabelecer de antemão quais os processos decisórios são os mais eficientes, tudo vai depender de cada caso em que se encontre a organização. Contudo, baseando-se nos estudos de Williamson, pode-se estabelecer um padrão para análise.

A freqüência com que as transações ocorrem levam à consolidação da reputação das organizações envolvidas, diminuindo o custo de informações entre as partes, reduzindo, por conseguinte, o risco de comportamento oportunista. Ao se reduzir o oportunismo, podem ser estabelecidas novas transações com baixo custo de transação, sendo, portanto, vantajosa a decisão de contratar.

Portanto, é crucial contratar com parceiros que possuam uma reputação de lealdade negocial. Contudo, para a afirmação dessa reputação é necessário também que haja transações recorrentes anteriores, e como é recomendável a contratação com organizações que já possuam reputação, entra-se em um ciclo

⁵⁰ Uma abordagem em que se defende de forma mais enfática a importância das instituições no ambiente em que ocorrem as transações é feita no Capítulo III deste trabalho.

de difícil verificação, considerando, por exemplo, a primeira transação: como saber se a organização é confiável se não houve contratações anteriores?

Assim, a possibilidade de reduzir o comportamento oportunista, baseando-se somente na reputação, é de difícil configuração, mas será reduzida essa possibilidade em face da frequência com que as posteriores transações ocorram - considerando o êxito da primeira transação.

Outro aspecto a ser considerado refere-se a assimetria de informações. Com efeito, deve-se averiguar quais são os custos de transação considerando a possibilidade de obtenção de informação.

Todo contrato possui um custo. Esse custo pode variar conforme a necessidade de maior ou menor fiscalização do contrato. Por exemplo, pode-se contratar empregados para o desempenho de atividades de vigilância em determinado prédio (integração vertical), ou se terceirizar a uma empresa de vigilância o mesmo serviço (contratação via mercado). O que pode ser decisivo qual forma contratar, a depender da situação, é o custo com que se pode obter a informação de que o vigilante está vigiando o prédio. Se o custo de se obter essa informação for maior quando a contratação for via mercado, torna-se mais eficiente integrar verticalmente o serviço. Entretanto, em regra o que se verifica é o contrário. No mesmo exemplo, suponha-se que para o serviço de vigilância ser executado com êxito necessite de 10 (dez) vigilantes. O custo de fiscalizar esses vigilantes é maior que cobrar a execução dos serviços de uma empresa de vigilância.

Assim, importa conhecer as possibilidades de obtenção de informação a respeito da contratação, verificando os seus custos.

Ademais, em um ambiente de incerteza é natural que as partes estabeleçam salvaguardas contratuais objetivando a garantia de cumprimento do que se objetiva e procurando evitar comportamentos oportunistas. Ocorre que essas medidas não podem ser utilizadas em um nível que exceda a possibilidade de contratação via mercado. Caso isso ocorra, a melhor estratégia é contratação via integração vertical.

Considerando um nível de incerteza variável, as partes estabelecem salvaguardas contratuais conforme o caso. Supondo que uma dada transação (T) ocorra em determinado nível de incerteza (n), o custo de transação (CT) corresponde ao maior ou menor nível, considerando as salvaguardas (s) necessárias acrescidas para tanto.

Assim, quanto menor o nível de incerteza menores serão as salvaguardas e menor será o custo de transação. Contudo, importa avaliar se o custo de contratar via integração vertical possui um custo de transação menor, considerando que o nível de incerteza nessa hipótese é naturalmente menor, porquanto o padrão seja hierárquico.

Mantendo-se os parâmetros de deslocamento constantes, na presença de níveis baixos de especificidade de ativos, o mercado é a forma mais eficiente, tendo em vista que minimiza os custos de transação. Em sentido contrário, ou seja, quando os níveis de especificidade de ativos crescem, o mercado passa a não ser a forma mais eficiente, uma vez que os custos de monitoramento e gestão das transações aumentam, abrindo-se espaço para as configurações hierárquicas.

Considerando a estabilidade das instituições em dado ambiente negocial, quando os ativos a serem utilizados possuem baixa especificidade, a organização pode mudar determinada área relacionada para a contratação no mercado, sendo, nesse caso, a terceirização mais eficiente. Por outro lado, dadas as mesmas condições, mas a especificidade dos ativos aumenta, a contratação pelo mercado não se mostra tão eficiente, devido ao aumento dos custos de transação.

Portanto, considerando-se a especificidade de ativos, ou seja, quando houver facilidade de reutilização dos ativos empregados por ocasião do término do contrato, a terceirização é melhor forma de contratação. O contrário também pode ser afirmado: quando o investimento na utilização de ativos possuir dificuldade em sua reutilização após o término do pacto, a terceirização não seria recomendável.

Por outra linha de análise, se as instituições repercutirem de forma diversa em ambientes institucionais diversos, os níveis de especificidade de ativos poderá variar.

Por exemplo, considerem-se duas transações, T^1 e T^2 , com custos de transação dados por CT^1 e CT^2 , respectivamente, com a mesma forma organizacional e com iguais níveis de especificidade de ativos, havendo somente a existência de regras seguras que estimulem a transparência das relações entre os agentes para T^1 . Nesse exemplo, os custos de cada uma transação serão diferentes, sendo que $CT^1 < CT^2$, embora com os mesmos níveis de especificidade de ativos.

Portanto, pode-se concluir que, havendo níveis elevados de especificidade de ativos – seja por si mesmo ou pela variação do ambiente institucional – as formas hierárquicas tendem a ser relativamente mais eficientes que a contratação via mercado.

Assim, por exemplo, caso a atividade a ser terceirizada envolva necessidade de investimento em qualificação de funcionários, em caso de extinção do contrato de terceirização, toda a informação adquirida por aquele não será utilizada pela empresa contratante. O contrário também se verifica, ou seja, não haverá perda de valor pela contratante por ocasião do término do contrato de terceirização, caso a atividade a ser terceirizada não exija investimento em qualificação do funcionário.

Em razão disso é porque há terceirização de atividades que não exigem um alto grau de formação ou qualificação, sendo, em regra, direcionadas a atividades de rotina, como vigilância, limpeza, asseio e copeiragem.

Da mesma forma, pode-se afirmar que, embora a atividade requeira um nível padrão de investimento por parte da contratante, caso o ambiente institucional não assegure o cumprimento do que fora acordado haverá aumento dos custos de transação.

Assim, situações onde as instituições deveriam respaldar a execução da transação, mas não o fazem, como por exemplo, um sistema judicial falho, independentemente do nível de investimento empregado, redundam em uma reduzida possibilidade de transação, considerando a incerteza de contrapartida no que fora investido, ou seja, com chances de perda de valor.

6. Terceirização na Administração Pública

A terceirização, como visto, é uma forma de estruturação em termos estratégicos da organização. Assim, restaria saber a razão pela qual a Administração Pública se utiliza desse expediente.

Os recursos empregados pela Administração advêm dos cofres públicos, que, por sua vez, são mantidos pela sociedade. O numerário disponível à Administração Pública para a consecução dos objetivos advêm dos tributos que são pagos pela sociedade, da mesma forma que a manutenção do aparelhamento necessário para esses mesmos objetivos. Ocorre que esses recursos são limitados, pois limitada é a disponibilidade financeira da sociedade.

Referida afirmação possui esteio em um imperativo lógico que é decorrente da conformação estatal que é evidenciada a partir da definição literal de *res publicae*: coisa pública.

Considerando a escassez de recursos de que dispõe a sociedade e, por conseguinte, a Administração Pública, é que se torna indispensável a utilização eficiente dos recursos públicos, em face do que se denomina de Princípio da Eficiência⁵¹. Nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva:

“Eficiência” não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades.

.....
 ... Assim, o *princípio da eficiência*, ... orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível.

... a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor

⁵¹ Constituição da República. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:” (grifou-se)

satisfazer as necessidades coletivas, num regime de igualdade de usuários.⁵²

Referida citação é feita considerando o texto do art. 37, *caput*, da Constituição, por força da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Entretanto, mesmo antes dessa alteração já havia ao longo da Constituição uma série de dispositivos que se refeririam à eficiência, tais como o art. 74, inciso II, e o art. 144, § 7º.

Assim, pelo que se percebe, além de poder significar uma “tautologia constitucional”, o que não faria sentido, a inclusão expressa da eficiência como princípio a nortear a Administração Pública passou a significar novos contornos à conformação do Estado brasileiro, no sentido de, quanto menos, de chamar a atenção à *res publicae*.

Portanto, quando a Administração Pública decide terceirizar determinada atividade isso se dá em razão da necessidade de eficiência dos recursos públicos, considerando que esses recursos não são infinitos, devendo, portanto, ser possibilitada a alocação no que realmente importa ao Estado, e essa “importância” é definida em termos políticos

Assim, a terceirização é utilizada como instrumento de se empregar os recursos de forma eficiente. Perceba-se que não se está a afirmar que a terceirização não possui um custo para o Estado (pois toda transação possui um custo), mas que essa forma de estrutura estratégica corresponde a uma tentativa de se alocar eficientemente os recursos públicos.

Considerando que se trata de uma “tentativa” de se empregar de forma eficiente os recursos financeiros, deve-se questionar se as conclusões feitas no tópico acima correspondem à mesma proporção quando se está a falar de terceirização no âmbito da Administração Pública.

Conforme demonstrado acima para efeito de se optar pelo processo decisório a respeito de terceirização, deve-se saber primeiramente qual a competência

⁵² SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377.

essencial da organização e, da mesma forma, avaliar os custos desse tipo transação.

Concluiu-se acima que os custos de transação são menores quando o nível de especificidade de ativos não é elevado, considerando a estabilidade do ambiente institucional. Da mesma forma, há a redução dos custos considerando a frequência com que ocorrem as transações, tendo em vista a redução do nível de incerteza e o aumento do grau de confiança dos contratantes.

Para a presente análise, parte-se do pressuposto que as mesmas conclusões devem ser direcionadas à Administração Pública quando se resolver pelo processo de terceirização.

A forma como se estabelecem as transações levam em consideração a reputação das organizações envolvidas. Nesse sentido, a frequência com que essas transações ocorrem diminuem o custo de obtenção de informações entre as partes, acarretando, não raro, em verdadeiros parceiros, diminuindo a verificação de comportamentos oportunistas.

Ocorre que esse elemento pode encontrar impedimento no âmbito de contratação pública, tendo em vista a opção político-constitucional de necessidade de interposição prévia de processo licitatório⁵³. Neste aspecto, não se pode escolher os parceiros de modo a reduzir o nível de incerteza. Caso fosse possível tal expediente, poderia se questionar a aplicabilidade da regra constitucional que prevê a obediência ao Princípio da Impessoalidade⁵⁴, e, conforme já referido

⁵³ Constituição da República. Art. 37, XXI – “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

⁵⁴ Constituição da República. Art. 37, *caput*. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

antes, para a escolha do contratante com a Administração Pública é necessário que haja concorrência pública.

Portanto, salvo casos excepcionais previstos em lei, como questões de exclusividade de fornecimento de matéria-prima, não há como a Administração *ex ante* estabelecer com quem vai contratar. Assim, considerando somente esse elemento transacional, não se tem como reduzir o comportamento oportunista em terceirização.

Contudo, pode ser questionada a aplicação de salvaguardas contratuais que visam a reduzir o nível de incerteza e o comportamento oportunista. Neste aspecto, não há impedimento à Administração Pública. Pelo contrário, a legislação exige o estabelecimento de várias cláusulas contratuais e garantias. Com efeito, devem ser estabelecidas as garantias para assegurar a plena execução do contrato, podendo recair em caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária⁵⁵, além da obrigação do contratado em manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação⁵⁶.

A necessidade de salvaguardas varia conforme o nível de incerteza, sendo que o custo de transação será menor na proporção agregada. Assim, quanto menor o nível de incerteza, menor serão as salvaguardas e menor será o custo de transação.

Pode-se afirmar que, em regra, salvante alguns casos, as cláusulas contratuais e as garantias legais são suficientes para a minimização do oportunismo. Entretanto, considerando as exigências legais de estabelecimento de salvaguardas, haverá sempre um custo relativamente alto *per se*⁵⁷, independentemente do nível de incerteza, sendo que se pode afirmar igualmente

⁵⁵ Art. 56, §1º, da Lei 8.666/93. Atente-se que, de acordo com o §2º desse mesmo artigo, o valor da garantia não poderá exceder a cinco por cento do valor do contrato.

⁵⁶ Condições previstas nos arts. 27 *usque* 37 da Lei 8.666/93.

⁵⁷ O que não se quer dizer que o custo de transação vai ser alto, considerando como parâmetro a contratação hierárquica.

que quando esse nível for alto poder-se-á estabelecer maiores garantias objetivando evitar o comportamento oportunista.

No tocante a especificidade de ativos empregados a decisão sobre terceirizar pode sofrer variações a depender da possibilidade de reutilização dos ativos com ganho ou com pouca perda de valor.

Como exemplo, pode-se verificar uma situação em que é necessário o investimento em treinamento de pessoal (ativos específicos de pessoal) para a consecução de determinada atividade. Se essa atividade for específica, pode ser que não seja eficiente o investimento em pessoal por parte do tomador de serviços, sendo mais vantajosa a contratação via integração vertical, salvo hipóteses em que o investimento em pessoal se torne mais oneroso que a contratação via mercado, considerando, inclusive, a exclusividade de determinada organização. Por outro lado, caso seja um investimento inicial em que as atividades sejam recorrentes, ainda que específicas, pode-se efetuar uma contratação via mercado, ou seja, é mais vantajoso terceirizar⁵⁸.

Considerando o investimento em ativos e, especificamente em caso de terceirização de serviços, pode-se, portanto, analisar a situação no que se refere à diferenciação entre um servidor público e um trabalhador terceirizado.

Assim, exemplificativamente, para que se possa efetivar a contratação de uma prestação de serviços qualquer haverá um preço de 100,00 e que ambas as partes, Administração Pública e trabalhador, estejam de acordo com esse preço. Nessa hipótese, a transação poderia ser realizada com custo de 100,00.

Entretanto, considerando hipoteticamente que se a contratação for de forma hierárquica, em que há a imposição de diversas regras, como por exemplo, procedimento administrativo prévio (*v. g.*, concurso público), pagamento de benefícios assistenciais (*v. g.*, planos de saúde e previdência), necessidade de fiscalização das obrigações (*v. g.*, correições disciplinares) e extinção da

⁵⁸ Exemplo corrente dessa forma de terceirização ocorre em atividades de copeiragem, limpeza e vigilância. Aliás, há recomendação normativa no sentido de terceirizar essas atividades, *v. art. 7º da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento - IN/SLTI nº 02/2008.*

transação de forma dificultosa (v. g., processo administrativo e/ou judicial), o custo de se realizar a transação torna-se bastante elevado. Por outro lado, se a hipótese se enquadrar na contratação via mercado, em que aquele preço de 100,00 pode se manter constante ou aproximado, a depender da negociação *ex ante*, torna-se mais vantajosa essa forma de transação.

Obviamente que esse exemplo poderia variar, considerando que pode ocorrer o inverso, conquanto as normas trabalhistas por si só já representam um custo de transação, devido a inegociabilidade de alguns aspectos, como por exemplo, o salário, que não pode ser pago aquém do mínimo legal⁵⁹, ainda que as partes assim o pretendessem.

Entretanto, o custo de manutenção de um servidor público contratado sob um regime jurídico administrativo⁶⁰, em regra, é maior que a manutenção de um trabalhador terceirizado, tendo em vista o estabelecimento de um número maior de regras, considerando a formulação do Princípio da Legalidade à Administração Pública, que é diversa da do particular.

Assim, pode-se afirmar que, a depender da especificidade do ativo, a terceirização pode-se tornar eficiente para a Administração Pública, cabendo analisar cada caso.

No que se refere a possibilidade de obtenção de informação por parte do Poder Público, a vantagem em se terceirizar mostra-se decisiva. Com efeito, utilizando-se o mesmo exemplo dos vigilantes acima, o custo de se verificar e cobrar o cumprimento do serviço é muito mais rápido e prático em relação a uma empresa de vigilância do que se for o caso de servidores vigilantes.

Diz-se acima que a competência essencial deve corresponder a característica da organização que a diferencia em seu ramo competitivo,

⁵⁹ Constituição da República. Art. 7º: "IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;"

⁶⁰ Servidores comumente denominados de "estatutários", devido ao "estatuto" jurídico que rege as suas relações com a Administração Pública a ele vinculada.

ultrapassando os conceitos de “atividade-fim” e “atividade-meio” largamente utilizados. Questiona-se qual seria a competência essencial da Administração Pública? Haveria um ramo competitivo apto a diferenciar?

A questão não é de fácil verificação. Para tanto, importaria saber as possibilidades em que o Estado intervém de forma competitiva, tal como qualquer organização privada. Ocorre que as razões do funcionamento do aparato estatal não se conformam com a idéia de competição.

Assim, no que se refere à competência essencial da organização, não haveria espaço para esse conceito, de modo que se torna impraticável a análise das atividades passíveis de terceirização nesse aspecto. Portanto, em face disso, a forma de verificação das possibilidades de contratação via mercado restringe-se à análise de outros elementos para aferição dos custos de transação.

Não se pode deixar de ressaltar que a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento - IN/SLTI n. 02/2008 - trata de atividades essenciais relacionadas a função institucional da Administração Pública, sendo que a terceirização pode ocorrer em atividades que apoiem essa função institucional⁶¹.

Assim, de acordo com essa regra, pode-se admitir a terceirização de funções que possam dar suporte a outras funções, que seriam “típicas” do órgão ou entidade da Administração. Referida afirmação encontra respaldo no art. 8º da mesma instrução:

Art. 8. Poderá ser admitida a alocação de função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação a pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

⁶¹ IN/SLTI nº 02/2008. Art. 6º. “Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apóiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2271/97”.

Por exclusão, pode-se inferir que atividades poderiam ser terceirizadas: aquelas que não fossem consideradas próprias do órgão ou instituição enquanto emanção administrativa do Estado. Mas que atividades são essas?

O art. 9º da Instrução Normativa aduz quais atividades não podem ser contratadas via terceirização:

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

a) - aplicação de multas ou outras sanções administrativas;

b) - a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;

c) - atos de inscrição, registro ou certificação; e

d) - atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

No que se refere ao inciso I do dispositivo citado, atividades que sejam determinadas normativamente em plano de cargos e salários não poderiam ser terceirizadas, exceto se esse quadro de pessoal esteja em extinção. Da mesma forma, de acordo com o mesmo dispositivo, há a possibilidade de terceirização se, embora regulamentado em plano de cargos e salários, a lei assim faculta essa possibilidade.

Os incisos II e III impedem igualmente a terceirização em atividades que seriam consideradas próprias de Estado. Essas atividades, conforme se deduz do texto, seriam as relacionadas a alguma situação que implique genericamente alguma limitação a algum direito individual, como o poder de polícia. Nesse sentido, as letras do inciso III exemplificam que atividades estariam impedidas de se terceirizar, considerando a expressão de abertura "tais como".

Contudo, conforme se assinalou acima, não há uma precisão terminológica a respeito, considerando a utilização de palavras passíveis de conceitos variados, como “limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” e “manifestação da vontade do Estado”.

Embora seja difícil estabelecer de antemão que atividades são essas, considerando que, a depender da conformação teórica de Estado, pode-se dar uma ou outra definição, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou a respeito, no sentido de não se poder terceirizar atividades sensíveis ou estratégicas do órgão ou entidade pública⁶².

Com efeito, ainda que se admitisse o conceito de competência essencial da organização, não seria eficiente terceirizar atividades de planejamento da organização, conquanto nessas atividades se definiria o que seria a competência essencial, o que, por sua vez, definiria que atividades poderiam ser terceirizadas. Contudo, essa constatação encontra respaldo no que se tem admitido hodiernamente como opção política do Estado, nada impedindo que, no plano teórico, haja conjecturações em sentido contrário ao decidido pela Corte de Contas.

Assim, de acordo com a conformação teórica de Estado, pode-se dar uma ou outra definição da expressão “manifestação da vontade do Estado”, o que pode ser recomendável, a depender da estratégia governamental a ser empregada. Por outro lado, eventual entendimento que possa ser considerado definitivo a respeito de referida expressão pode conduzir a um “engessamento” da atividade administrativa, indo de encontro ao que se afirmou a respeito da necessidade de eficiência com os recursos públicos.

Portanto, considerando o que foi até aqui analisado, não se pode impedir a terceirização, tendo em vista que se trata apenas de uma forma da Administração se posicionar estrategicamente, diante da escassez de recursos na sociedade. Da mesma forma, não se pode proibir que determinadas atividades possam ser

⁶² Acórdão n. 1499/2006 (item 9.2.15, TC-013.140/2005-0) e Acórdão n. 71/2007 (item 9.2.23, TC-003.293/2006-3).

terceirizadas, conquanto a terceirização não se relaciona com eventual redução de direitos. A investigação a respeito das possibilidades desse tipo de contratação deve ser feita considerando os custos dessa transação e, a depender do posicionamento político que se adote, da competência essencial.

Entretanto, independentemente da conformação teórica a respeito das possibilidades de se efetivar a terceirização no âmbito da Administração Pública, o que se deve perquirir, e este é o ponto central deste trabalho, é como os regimes de responsabilidade afetam o comportamento das partes envolvidas no processo decisório de se terceirizar.

Referida afirmação encontra fundamento no que se tem discutido a respeito de responsabilidade do Estado em casos de terceirização de serviços. Portanto, estabelecida a premissa neste capítulo de como se opera a terceirização, importa analisar efetivamente os argumentos da imputação de responsabilidade à Administração enquanto tomadora de serviços terceirizados.

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1. O Problema

O problema que se coloca tem sido debatido nos pretórios trabalhistas de forma rotineira, havendo posições a favor e contra. Trata-se do que se tem denominado de *responsabilidade subsidiária* da Administração Pública dos créditos do trabalhador em contratos administrativos em que há terceirização na prestação de serviços.

Conforme restou demonstrado no capítulo anterior, a terceirização é uma forma da organização se estruturar estrategicamente, estabelecendo relações com outras organizações. O estabelecimento desse tipo relação é relacionado a uma tentativa de se diminuir os custos de transação.

Com efeito, a depender da situação que se verifique, a análise das possibilidades de se optar por terceirizar alguma atividade deve referir-se somente aos custos de firmar determinada transação. Assim, a análise deve considerar o caso específico e não de forma geral.

Entretanto, é a organização que deve efetuar essa análise, pois é ela que define o que seja sua competência essencial, proporcionando, com sua decisão de terceirizar, a alocação de recursos em atividades que realmente importam à sobrevivência organizacional.

Neste aspecto, também considerando o que foi dito no capítulo anterior, é que se colocam as razões pelas quais a Administração Pública terceiriza determinadas atividades.

Assim, a terceirização no âmbito do Poder Público também se relaciona aos custos de transação. Nesse sentido, a redução dos custos em determinadas transações torna-se um imperativo decorrente da idéia de eficiência na utilização dos recursos públicos, considerando que esses recursos são limitados.

Portanto, quando a Administração Pública decide terceirizar determinada atividade, essa decisão somente pode ser relacionada a uma tentativa de alocação ótima dos recursos públicos diante da escassez de recursos.

Entretanto, o que se discute na presente parte do trabalho, é como se poderia imputar a responsabilidade ao tomador de serviços terceirizados, e, especificamente, quando este for a Administração Pública.

Com efeito, considerando que a terceirização é utilizada no sentido de se tentar utilizar de forma eficiente os recursos públicos, como poderia a Administração Pública ser responsável por algum débito do prestador de serviços terceirizados?

Referida imputação de responsabilidade deve ser colocada em discussão, tendo em vista que vai de encontro com as próprias razões de se decidir terceirizar, ou seja, procura-se reduzir custos com a terceirização e se impõe uma responsabilidade que aumentam os custos, eis que, pelo simples fato de haver o inadimplemento do empregador, a Administração Pública responde perante o empregado.

A questão se tornou mais discutida tendo em vista a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 em face do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), em que se objetiva afastar referido entendimento a respeito da responsabilidade da Administração Pública.

É que o art. 71, §1º da Lei de Licitações dispõe expressamente que não há responsabilidade da Administração Pública por débitos do contratante, no caso sob análise, débitos do prestador de serviços terceirizados em face de seus empregados.

A ADC foi proposta pelo Governador Distrito Federal¹ em 07.03.2007, ocasião em que foi designado Relator o Ministro César Peluso que entendera não

¹ Requereram a participação como *Amicus Curie*, além da União, os Estados do Amazonas, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, São Paulo, Sergipe e Tocantins, bem como os

estar preenchido o requisito da controvérsia judicial, não admitindo, portanto, o conhecimento da ação declaratória de constitucionalidade. Entretanto, houve o prosseguimento da ADC por ocasião do voto do Ministro Marco Aurélio, que reconheceu a existência da referida controvérsia, encontrando-se, no presente momento, pendente de apreciação pelo Ministro Menezes de Direito que pedira vista dos autos.

Portanto, a controvérsia ainda não se encontra pacificada, merecendo uma análise mais detida, sob a perspectiva das regras que norteiam a responsabilidade do Estado, bem como os efeitos de se adotar a assunção de responsabilidade perante a Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

Dessa forma, o presente capítulo é destinado a fazer uma investigação a respeito da responsabilidade do Estado, aferindo os argumentos que são utilizados pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), utilizando-se, para um melhor entendimento da problemática, nos tópicos seguintes algumas explicações conceituais para efeito eminentemente operativo da análise da questão.

2. Conceitos operacionais

2.1. Obrigação e responsabilidade

A obrigação pode ser definida como “a relação jurídica especial, em virtude da qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.² Assim, o objeto de qualquer obrigação é uma prestação positiva ou negativa, ou seja, a prestação é em uma ação ou omissão do devedor, que consiste em dar ou fazer ou até mesmo não fazer.

Municípios de Boa Vista, Belém, Goiânia, Juiz de Fora, Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Santo André, revelando, assim, a importância do tema no cenário jurídico nacional.

² FARIA, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 12.

A obrigação pode ser visualizada sob dois enfoques: o débito e a responsabilidade³. O débito se refere à espontaneidade do cumprimento da prestação, tendo em vista o vínculo que une o devedor ao credor. Contudo, neste enfoque, o débito não possui o condão de exigência do cumprimento da obrigação, trata-se de “simples expectativa de adimplemento por parte do devedor”⁴. Já sob o enfoque da responsabilidade há exigência de cumprimento da obrigação, sendo que a prestação é cumprida tendo em vista a sujeição do patrimônio do devedor ao direito do credor.

Nesse sentido esclarece Cezar Fiúza:

No sentido de suportar sanções, responsabilidade pode traduzir a idéia de relação obrigacional secundária, que surge quando a relação de débito não chega a bom termo, ou seja, quando a obrigação não é adimplida. Diz-se, portanto, que uma situação obrigacional se desdobra em duas relações, uma de débito, outra de responsabilidade. A segunda surge, quando a primeira não se resolve a contento, isto é, quando o devedor não realiza a prestação a que se obrigara. Neste caso, responde patrimonialmente perante o credor, daí se falar em responsabilidade.⁵

Assim, o débito e a responsabilidade participam conjuntamente de todas as obrigações. Contudo, podem ser encontradas situações de existência de débito sem responsabilidade, que são exemplo as dívidas prescritas, em que permanece o dever de ordem moral ou social, e de responsabilidade sem débito, que são

³ Correspondendo, respectivamente, ao *shuld* e ao *haftung*, de origem tedesca, conforme afirma Washington de Barros Monteiro: “Na linguagem dos juristas tedescos, que procederam a essa revisão, correspondem os mesmos, respectivamente, ao *Schuld* e o *Haftung*, sendo o primeiro uma relação de puro débito, no sentido de *dever prestar*, e o segundo, uma relação de responsabilidade, *sujeição àquele dever prestar*” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 1ª Parte, Volume 4*. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24) (grifos contidos no original).

⁴ FARIA e ROSENVALD, *op. cit.*, p. 13.

⁵ FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 9 ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p. 276.

exemplos os casos de garantia pessoal (fiança e aval) ou real (hipoteca e penhor), em que o patrimônio de alguém responde pelo débito de outra pessoa⁶.

Portanto, “*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”⁷.

2.2. Responsabilidade solidária e subsidiária

Conforme afirmado acima, a responsabilidade se relaciona com a violação da obrigação. Assim, delimitada a obrigação, chega-se à responsabilidade, ou seja, partindo-se da idéia de obrigação solidária ou subsidiária encontrar-se-ão as respectivas responsabilidades que serão respectivamente solidárias ou subsidiárias.

Obrigação solidária é espécie de obrigação múltipla. A obrigação múltipla se configura quando há mais de um indivíduo em um ou em ambos os pólos da relação obrigacional, ou seja, vários credores, devedores ou ambos.

Segundo o art. 264 Código Civil, “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Portanto, haverá responsabilidade solidária quando se estabelecer uma relação em que há pluralidade em um dos pólos dessa relação, de modo que a exigência do crédito somente se perfaz no seu todo, por inteiro.⁸

Importa ressaltar que, devido a sua característica excepcional, a solidariedade não se presume, deve resultar da lei ou da vontade das partes⁹.

De acordo com alguns, a responsabilidade subsidiária seria uma modalidade de responsabilidade solidária¹⁰, o que seria contraditório.

⁶ Para um melhor aprofundamento do tema, vide FARIA e ROSENVALD, *ob. cit.*, p. 14-15.

⁷ FILHO, Sérgio Carvalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 4.

⁸ Do latim *solidus*, daí o termo *solidariedade*.

⁹ Art. 265 do Código Civil: *A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.*

Com efeito, ao se adotar o entendimento da expressão com fundamento na etimologia da palavra, chega-se à outra percepção, pois, *subsidiário* vem do latim *subsidiarius*, que designa o que é “secundário”¹¹, pressupondo a existência do principal. Portanto, o que *subsídia* ampara ou reforça algo, assim, responsabilidade subsidiária seria aquela que reforçaria uma outra responsabilidade dita principal.

Entretanto, pode-se entender que a responsabilidade subsidiária se diferencia da solidária no sentido de que nesta haverá uma correspondência *horizontal* e naquela *vertical*¹², ou seja, na responsabilidade solidária o credor pode exigir a satisfação de seu crédito de qualquer dos devedores por inteiro, já na responsabilidade subsidiária o credor deve exigir do devedor principal para só então exigir do devedor subsidiário, existindo, portanto, neste caso, o que se denomina de *benefício de ordem*.¹³

Casos bastante comuns de responsabilidade subsidiária são o da fiança¹⁴ e o do sócio perante a sociedade¹⁵.

Neste último caso torna-se clara a definição acima referida. Somente haverá a responsabilidade patrimonial do sócio se a sociedade da qual ele faz parte não adimplir o eventual crédito e houver desconsideração da personalidade jurídica da sociedade de acordo com os casos legais¹⁶, tendo em vista que a

¹⁰ MEIRELES, Cláudio Alcântara. *A responsabilidade solidária e subsidiária no direito do Trabalho*, Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região nº 3: Brasília, novembro, 2000, p. 5, obtido em <<http://www.prt21.mpt.gov.br>> em 20.03.2008.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 134

¹² MEIRELES, *op. cit.*, p. 5.

¹³ Código de Processo Civil. Art. 596: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”.

¹⁴ Código Civil. Art. 818: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

¹⁵ Vide nota 18.

¹⁶ Código Civil. Art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de

sociedade possui patrimônio diverso do de seus sócios, consoante a percepção de serem pessoas distintas (a sociedade, uma pessoa jurídica, e o sócio, via de regra uma pessoa natural ou física), respondendo cada qual pelas suas obrigações.¹⁷

Pelo que se percebe da terminologia empregada até aqui (responsabilidade solidária e subsidiária), haverá casos em que o próprio devedor responde pela obrigação assumida e casos em que pessoas diversas de uma dada relação respondem pela obrigação.

Em regra, há a coincidência da responsabilidade na figura do devedor, contudo, hipóteses há em que a responsabilidade recai sobre outra pessoa. Entretanto, nesses casos, importa em expressão disposição legal, como, por exemplo, a responsabilidade que os pais possuem pelos atos praticados por seus filhos incapazes¹⁸, tal como previsto no art. 932, inciso I, do Código Civil¹⁹.

Conforme dito, haverá hipóteses de responsabilidade por ato de terceiros, contudo, nesses casos, importa necessariamente a situação estar prevista em lei, tendo em vista o princípio da legalidade previsto na Constituição²⁰.

Também são adotadas as expressões responsabilidade direta e indireta, considerando as mesmas situações obrigacionais. Aquela correspondendo a situações relacionadas ao próprio devedor, esta a situações relacionadas a terceiros.

Essa terminologia é comumente empregada na seara tributária para efeito de sujeição passiva, ou seja, para hipóteses de responsabilidade do pagamento do tributo²¹. Assim, no campo da relação jurídica de emprego, a responsabilidade

certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

¹⁷ Código Civil. Art. 1º: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

¹⁸ FIÚZA, *ob. cit.*, p. 280.

¹⁹ Código Civil. Art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”

²⁰ Constituição da República. Art. 5º: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

²¹ Essas expressões se tornaram conhecidas na doutrina brasileira por intermédio de Rubens Gomes de Souza, conforme COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6 ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 599.

do empregador corresponderia à responsabilidade direta, tendo em vista que este é o sujeito passivo da obrigação correspondente ao vínculo de emprego, já as hipóteses de responsabilidade subsidiária à responsabilidade indireta, conquanto esta trate de situações de resguardo ou suplemento da obrigação direta²².

Como a questão desse trabalho é concernente à responsabilidade passiva, a adoção dessas expressões poderia ser confusa, embora sem prejuízo da argumentação. Portanto, para fins meramente didáticos e com o intuito de evitar equívocos serão utilizadas as expressões “responsabilidade direta” correspondente à situação obrigacional do empregador e “responsabilidade subsidiária”, correspondente à situação obrigacional imputada ao tomador de serviços.

2.3. Responsabilidade objetiva e subjetiva

Para que haja a aferição de responsabilidade há necessidade de se considerar a existência de uma conduta dolosa ou culposa (*stricto sensu*) praticada por alguém, um dano à outrem e um nexo de causalidade entre aquela conduta e este dano.

A diferenciação entre responsabilidade subjetiva ou objetiva vai se verificar quando se houver de focalizar o elemento conduta: quando o ordenamento jurídico exige a investigação de culpa (*lato sensu*: dolo ou culpa) para efeitos de responsabilização, estar-se-á a tratar de responsabilidade subjetiva; ao contrário, quando não houver essa exigência, será responsabilidade objetiva.

O fundamento doutrinário para as hipóteses de responsabilidade objetiva baseia-se na Teoria do Risco, que se funda na probabilidade de ocorrência de dano considerando uma determinada atividade como sendo perigosa.

²² Saliente-se que no campo doutrinário há utilização das expressões *responsabilidade direta* e *responsabilidade indireta* para designar outra distinção que em nada se refere a aqui utilizada, advinda da teoria orgânica da Administração. Nesse sentido, v. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 65-66.

Essa teoria pode ser encarada sobre os modelos do risco-proveito²³, risco profissional²⁴, risco excepcional²⁵, risco criado²⁶ e risco integral²⁷.

Importa ressaltar que, em sede doutrinária, fala-se também na modalidade do risco administrativo, que seria a situação em que “a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de danos que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado”.²⁸

Essa modalidade de risco que fundamenta a responsabilidade objetiva da Administração Pública não se confunde com a do risco integral citada acima, conquanto se exige o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.²⁹

Em se tratando de responsabilidade da Administração Pública a doutrina afirma no sentido de que a responsabilidade que se fundamenta no risco

²³ “Pela teoria do *risco-proveito*, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *ubi emolumentum, ibi onus*.” (FILHO, *op. cit.*, p. 129) (grifos no original)

²⁴ “A teoria do *risco profissional* sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado” (FILHO, *idem, ibidem.*) (grifos no original)

²⁵ “Para os adeptos da teoria do *risco excepcional*, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça.” (FILHO, *idem, ibidem.*) (grifos no original)

²⁶ “[...] Fazendo abstração da idéia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano.” (FILHO, *idem*, p. 130)

²⁷ “A teoria do *risco integral* é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexo causal.” (FILHO, *idem, ibidem.*) (grifos no original)

²⁸ FILHO, *idem*, pp. 232-233.

²⁹ “Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do *risco integral*, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.

(...)

Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.” (FILHO, *idem*, p. 233)

administrativo somente se coaduna quando há atuação do Estado e não quando há omissão. Nesta modalidade a responsabilidade seria subjetiva, tal como a regra geral da responsabilidade.

Nesse sentido esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) 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). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.³⁰

Assim, a responsabilidade da Administração Pública seria do tipo objetiva e subjetiva, a depender do enfoque da atuação estatal, sendo que aquela se verifica em hipóteses que há uma atividade estatal (ação) e que esta atividade possa causar prejuízos à comunidade (risco). Contudo, tratando-se de omissão da Administração, a responsabilidade seria subjetiva, devendo-se perquirir se a atuação do agente do Estado ocorreu com dolo ou culpa.³¹

2.4. Responsabilidade na relação de emprego

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, 20 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006, pp. 956-7.

³¹ Em sentido contrário ao aqui defendido, v. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 191-216.

Conforme acima mencionado, a regra é que a responsabilidade se verifique a na figura do devedor e, no caso da relação de emprego, é o caso do empregador em se tratando de créditos do trabalhador. Para que se possa discorrer a respeito da responsabilidade na relação de emprego, importa o conhecimento de algumas noções da configuração da relação de emprego.

Sabe-se que de acordo com a doutrina existem os chamados elementos fático-jurídicos configuradores da relação de emprego³² (conjugação dos arts. 2º e 3º da CLT) - “pressupostos de existência”, em referência às lições de Pontes de Miranda.

Para uma relação de emprego ser considerada como tal, há a necessidade de preenchimento de certos pressupostos de existência que estão indicados nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: a) trabalho desempenhado por pessoa física a outrem, b) pessoalidade, c) não-eventualidade, d) onerosidade e e) subordinação.

Sem esses pressupostos a relação jurídica de emprego não existe. Portanto, havendo a incidência do suporte contido na norma, haverá, no plano existencial, a relação de emprego.

Pois bem, além desses elementos fático-jurídicos (pressupostos de existência), para que a relação de emprego seja válida e apta a surtir efeitos, há o que a doutrina denomina de “elementos jurídico-formais” do contrato de trabalho.

Vejam-se as lições de Maurício Godinho Delgado³³:

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia permite responder à pergunta sobre existência ou não da relação de emprego no caso concreto. Já a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão dos efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes

³² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Método: São Paulo, 2007, p. 101.

³³ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 3 edição, São Paulo: Ltr Editora, 2004, p. 305.

Contudo, é necessário distinguir os pressupostos de validade dos pressupostos de eficácia. Assim, entende-se que os “elementos jurídico-formais” podem ser de validade e de eficácia. Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia diferencia a validade da eficácia no contrato de trabalho³⁴:

A *validade* do contrato de trabalho depende da presença dos seguintes elementos essenciais:

a) Manifestação de vontade de forma hígida, por meio de declaração bilateral de vontade.

b) Partes (agentes) capazes e legítimas, no caso, quanto ao empregado e o empregador.

(...)

c) Objeto lícito e hígido (possível, determinado ou determinável), quanto ao trabalho prestado.

d) Forma prescrita ou não defesa em lei, sabendo-se que, no contrato de trabalho, em regra, não se exige forma especial, podendo ser acordado de forma tácita ou expressa, verbalmente ou por escrito (art. 443 da CLT).

(...)

A *eficácia* do contrato refere-se à sua aptidão para produzir efeitos, ligando-se às cláusulas referentes à condição, termo e encargo³⁵.

Assim, havendo a incidência da norma sobre o seu suporte fático suficiente haverá a relação de emprego, sendo que, não se verificando qualquer vício na relação jurídica, ela será válida e apta, portanto, a permanecer no mundo jurídico, podendo produzir efeitos desde logo.

Nesse sentido, estabelecida a relação de emprego e, podendo desde logo, produzir efeitos jurídicos, a responsabilidade direta pelo eventual inadimplemento dos créditos trabalhistas é do empregador, conquanto a natureza contratual dessa relação³⁶.

³⁴ GARCIA, *op. cit.*, pp. 104-106.

³⁵ De acordo com esse mesmo autor, não se verifica a ocorrência do encargo nos contratos de trabalho.

³⁶ “Prevalece na doutrina a orientação de que se trata de vínculo de natureza contratual, pois a manifestação de vontade, dando origem ao vínculo de trabalho, e possibilitando a sua manutenção, pode se apresentar de forma expressa ou mesmo tácita. A liberdade de trabalho, assim, deve ser garantida como preceito fundamental.” (GARCIA, *op. cit.*, p. 100)

Entretanto, conforme acima mencionado, somente haverá a responsabilidade por outrem que não o efetivo devedor, nos casos previstos em lei. Nesse sentido, tratando-se de um mesmo grupo empresarial³⁷ há responsabilidade solidária de todos os membros desse grupo, ainda que possuam personalidades jurídicas distintas. É a previsão da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Referida previsão seria uma espécie de responsabilidade passiva solidária, admitida pela lei³⁸, onde qualquer um dos entes responde pela dívida de outro, embora com personalidades jurídicas distintas, pelo fato de pertencerem a um mesmo grupo econômico. Deve-se ressaltar que se trata de responsabilidade que decorre da lei (CLT), portanto, é admitida a excepcionalidade da regra responsabilizatória citada antes.

2.5 Noções sobre Licitação

Como o presente trabalho enfoca a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando há contratação de serviços terceirizados, importa

³⁷ “[...] figura resultante da vinculação justabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica” (DELGADO, *op. cit.*, p. 329).

³⁸ Código Civil. Art. 265: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

esclarecer, sinteticamente, o que seja licitação, considerando que a terceirização se processa em termos de contratação pública.

Licitação é uma exigência constitucional que estabelece um procedimento administrativo prévio à contratação de obras ou serviços por parte da Administração Pública. “Administração Pública” está aí entendida em sua acepção lata, tal como expresso na Constituição da República³⁹. Assim, os órgãos integrantes da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades da economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, caso pretendam obter uma obra ou contratar a execução de um serviço, estão obrigados, em regra, a licitar.

A licitação pode ser definida como:

[...] o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados⁴⁰.

Esse procedimento ocorre considerando como objetivo “proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso”, assegurando-se, também, a possibilidade de participação dos administrados nos “negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares”.⁴¹

Portanto, ao contrário dos particulares, quando o Poder Público necessita de uma obra ou de uma confecção de um determinado serviço, em regra é

³⁹ Art. 37, *caput*. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 494.

⁴¹ MELLO, *idem*, *ibidem*.

necessário que antes da contratação haja um procedimento administrativo. E neste procedimento são estabelecidas as regras e condições da contratação e do próprio certame, de acordo com o que estabelece a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (denominada também de “Lei de Licitações”).

Findo o procedimento, a Administração Pública realiza a contratação com quem venceu a licitação, embora não haja obrigatoriedade de contratar, mas se o fizer, terá que ser com o vencedor⁴².

3. Responsabilidade e Administração Pública

A questão aqui posta em discussão é no sentido de se imputar responsabilidade a outrem que não o empregador, notadamente quando aquele (outrem) é o Poder Público.

São situações em que, estabelecida a contratação pública mediante procedimento licitatório, estabelece-se a prestação de serviços por uma empresa à Administração Pública. Havendo inadimplemento do empregador por débitos trabalhistas em face do trabalhador, o ente público responde de forma subsidiária, ou seja, haverá o pagamento na hipótese de o empregador não adimplir a obrigação

Referido entendimento encontra-se sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme se vê:

Súmula nº. 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE -
Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000

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).

⁴² “O ato de resultado final, integrante do procedimento de licitação, não confere ao vencedor direito subjetivo à contratação, mas apenas à preferência na contratação” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 243)

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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 nº 8.666, de 21.06.1993).

A análise que é feita neste trabalho é concernente ao acerto ou desacerto da tomada de decisão no sentido de imputação de responsabilidade à Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados. Contudo, para uma análise do tema, importa conhecer a origem do referido posicionamento na ordem jurídica.

4. Histórico da responsabilidade subsidiária na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

O presente tópico foi elaborado com base nas lições de Sergio Pinto Martins expostos na obra *Terceirização e Direito do Trabalho*, sendo, até o presente momento, o melhor trabalho para a análise histórica do tema aqui discutido.

A terceirização de serviços era prevista de forma restritiva no antigo Enunciado nº 256, que possuía a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa

interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (Res. 4/1986, DJ 30.09.1986)

De acordo com Sérgio Pinto Martins, a respeito dos precedentes que deram origem à consolidação desse entendimento, é que muitos empregados de empresas de limpeza possuíam vínculo de emprego com o tomador de serviços, tendo em vista que, em muitos casos, entendia-se a existência de fraude à relação de emprego.

Somente era válida a contratação de serviços terceirizados em relação ao contrato de trabalho temporário e ao serviço de vigilância, sendo ilegal a contratação de trabalhadores pela empresa tomadora dos serviços, formando-se o vínculo de emprego diretamente com esta.

A atividade de vigilância foi, porém, tida por legal (Lei nº 7.102/83), porque os bancos não poderiam ter pessoal especializado a tal nível, como se exige na referida legislação, permitindo, assim, a contratação de terceiros para essa finalidade. O que se observa, contudo, do texto do Enunciado 256 do TST e das propostas de sua redação é que não foi proibido a uma empresa contratar serviços de outras; contudo, pela redação do referido verbete, a terceirização de limpeza e conservação estaria proibida.⁴³

Portanto, o Poder Judiciário via com ressalvas a contratação de serviços terceirizados, por entender a existência de ilicitude da locação da força de trabalho. É o que se percebe do seguinte julgado que foi utilizado como precedente para edição do Enunciado 256:

O trabalho temporário de conservação e asseio não pode ser objeto de contratação pela Lei nº 6.019, por não se tratar de trabalho temporário. Menos ainda pela locação prevista no Código Civil, por ser atividade permanente, indispensável à vida da empresa. A contratação de locadora constitui fraude ao regime da

⁴³ MARTINS, *op. cit.*, p. 130.

CLT. Vínculo empregatício como o tomador do serviço quando há continuidade e o trabalho é prestado a uma única empresa. [...] ⁴⁴

Já no acórdão ⁴⁵ que deu origem ao próprio Enunciado 256 (RR 3.442/84), verifica-se o entendimento de que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois locação da força de trabalho seria uma conduta ilícita, tendo em vista que os “homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas coisas”. ⁴⁶

Considerando esse entendimento restritivo da contratação para serviços terceirizados, começaram a surgir diversos questionamentos a respeito da licitude em relação à Administração Pública.

Alguns julgados afirmavam que a contratação era ilegal, devendo-se reconhecer o vínculo de emprego com o tomador de serviços ⁴⁷, outros entendiam que não havia qualquer ilegalidade nesse tipo de contratação, embora admitissem a responsabilidade solidária do tomador de serviços ⁴⁸, e, por último, havia os que não vislumbravam ilegalidade e não admitiam igualmente a possibilidade de condenação do ente público enquanto tomador de serviços ⁴⁹.

⁴⁴ Ac. 2ª T 377/82, Proc. RR 889/81, j. 2-3-82, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Recorrente: Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda. e Cia Estadual de Energia Elétrica, e Recorrida: Margarida da Silva Ramos.

⁴⁵ O Relator foi o Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

⁴⁶ MARTINS, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁷ “Contrato de prestação de serviços – Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos na Lei nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 2-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços” (Enunciado 256/TST) (Ac. SDI n. 2.333/993, Proc. E-RR 0211/90.6, j. 10-8-93, Rel. Min. Cnéa Moreira, DJ 3-9-93).

⁴⁸ “Locação de mão-de-obra – Enunciado 256/TST. A sociedade de Economia Mista, no caso a Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200/67, realizar contratos de locação de serviços. O enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir contratos legais. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o reconhecimento do vínculo empregatício, mantendo-se a solidariedade” (Ac. 1ª T. 3.308/92, Proc. RR 44.058/92.6, j. 28-10-92, Rel. Min. Afonso Celso, DJ 4-12-92).

⁴⁹ “A contratação de mão-de-obra, mediante empresa interposta, em se tratando de órgão Público, está autorizada pelo Decreto-lei nº 200/67 e pela Lei nº 5.645/70. ademais, nos termos do parecer do ilustre representante do Ministério Público, Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho, no caso dos autos, além do serviço locado ser de vigilância – hipótese

Entretanto, segundo esclarece Sérgio Pinto Martins, o Ministério Público do Trabalho ajuizou inquéritos civis públicos em face do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, considerando que havia contratação de estagiários com o objetivo de não realização de concursos públicos para admissão. O argumento utilizado para a não observância da regra constitucional⁵⁰ é que o TST possuía decisões mitigando a aplicação do Enunciado 256 do TST, além de permitir que fossem feitas contratações de serviços de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70.

No caso da Caixa Econômica Federal, houve interposição de Ação Civil Pública que foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo-se as irregularidades na contratação. Já o Banco do Brasil firmou Termo de Ajustamento de Conduta com a Procuradoria-Geral do Trabalho, comprometendo-se, no prazo de 240 dias, a efetuar contratações de atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação, mediante a regra do concurso público.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, mediante expediente encaminhado ao presidente do TST, a Procuradoria-Geral do Trabalho requereu a revisão parcial do Enunciado nº 256, para o fim de excluir as empresas públicas, as sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, indireta, autárquica e

prevista na própria Súmula 256 do TST como legal por força da Lei nº 7.102/63 -, a Lei nº 5.645/70 chega a recomendar que os serviços de custódia, conservação e assemelhados sejam contratados por via indireta no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional. Dessa forma, o INAMPS é parte ilegítima, não cabendo a solidariedade imposta" (RR 45.956/92, Ac. 3ª T. 5.251/92, Rel. Min. Roberto Della Manna, DJ 6-8-93). No mesmo sentido, v.: RR 41.486/91.2, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, Ac. 3ª T. 46/92, DJ 26-3-93; RR 42.286/91.9, Ac. 4ª T. 2.936/92, Rel. Min. Leonaldo Silva, DJ 12-2-93; e RR 43.279192.2, Ac. 2ª T. 631/93, Rel. Min. João Tezza, DJ 18-6-93.

⁵⁰ Constituição da República. Art. 37. "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

fundacional e os serviços de limpeza. Contudo, o TST resolveu por editar novo Enunciado, o de nº 331.

O Enunciado 331 do TST (hoje Súmula, por força da Resolução 129/2005 do Tribunal Pleno do TST) foi aprovado pela Resolução Administrativa n. 23.97, de 17 de dezembro de 1993, de acordo com a orientação do órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho. A publicação operou-se no Diário da Justiça da União em 21 de dezembro de 1993, possuindo a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE -
Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000

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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Discutiu-se a respeito da aplicabilidade da responsabilidade subsidiária consubstanciada na Súmula nº 331 ao Poder Público. Em razão disso, por intermédio da Resolução nº 96, de 11-9-2000, o TST deu nova redação ao inciso IV, falando expressamente da responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, afirmando que essa responsabilidade é cabível quando houver o inadimplemento do empregador⁵¹. De acordo com esse

⁵¹ "IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações

entendimento, haveria a necessidade de que no processo judicial estivesse presente o tomador de serviços para o fim de constar no título executivo, como uma forma de garantia no processo de execução, por parte do empregado, e como garantia à defesa, por parte da Administração.

Interessante notar que a Súmula prevê em sua parte final a referência ao art. 71 da Lei de Licitações, levando a crer que a matéria teria sido debatida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, fato que somente se pode confirmar através do julgado que dera origem à súmula.

A Resolução nº 96, de 11-9-2000 possui como origem o Acórdão proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) nº 297751/2000, que se transcreve, ressaltando-se os principais argumentos:

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades (...) Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. (...) não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. (...) Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).”

Pelo que se depreende do julgado, a aplicação do art. 71 da Lei de Licitações somente seria feita quando o contratado, ou seja, o empregador prestador de serviços agira “dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades”. Assim, de acordo com o que se extrai do julgado acima, quando há o inadimplemento do prestador de serviços terceirizados, haverá a responsabilidade do tomador de serviços, no caso, a Administração Pública.

Outro argumento ventilado expressamente no mesmo julgado é o caso de “comportamento omissivo ou irregular” em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados. Dessa forma, a responsabilidade se originaria do que se denominou de “*culpa in vigilando*”, por não obrigar o cumprimento das obrigações trabalhistas do empregador.

O último argumento que se evidencia do texto do julgado é referente à responsabilidade objetiva do Estado, que possui correspondência na Constituição brasileira, em seu art. 37, § 6º. Corroborando esse argumento, o texto faz uma alusão ampla do que seria a origem do dano, que poderia ser direta, decorrente de ato da Administração Pública, ou indireta, decorrente de ato de “terceiro que com ela contratou”.

Evidenciados os argumentos do julgado que norteiam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, importa investigá-los e analisá-los de forma crítica, objetivando averiguar a sua correspondência com o que se esclareceu acima a respeito da responsabilidade do Estado.

5. Análise dos argumentos que apóiam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública

Pelo que se depreende do julgado acima referido e de alguns entendimentos na doutrina, há responsabilidade subsidiária da Administração Pública com base em algumas principais percepções ou fundamentos: as noções

de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, o risco de terceirizar e a responsabilidade objetiva.

Embora haja uma relativa predominância da parte final do julgado, no sentido de fundamentar a responsabilidade subsidiária em terceirização de serviços na idéia de responsabilidade objetiva, o texto refere também a respeito da culpa *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* refere-se à má escolha do contratante. Já a culpa *in vigilando* configura-se quando há má fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e de seus efeitos. As noções culpa podem ser estendidas a todo e qualquer tipo de contratação em que há terceirização de serviços.

O fundamento para os entendimentos que consideram as noções de culpa acima referidas possuem como cerne de interpretação os arts. 186, 927, III e 942 do atual Código Civil⁵².

Entretanto, no que se refere à denominada culpa *in vigilando*, a responsabilidade do tomador de serviços decorreria de um *non facere*, ou seja, de uma conduta omissiva, tal como se depreende do IUJ nº 297751/2000 citado acima⁵³. Ocorre que em se tratando de omissão da Administração Pública (ao não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços) a responsabilidade seria subjetiva, o que demandaria a investigação do elemento culpa (*lato sensu*), tal como referido acima.

Ademais, conforme mencionado antes, a regra geral é que a responsabilidade seja atribuída ao devedor, somente se admitindo exceção, ou seja, casos em que a responsabilidade é atribuída à outrem, nas situações definidas em lei. O que se deve questionar é: qual lei obriga o tomador de serviços a fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços?

⁵² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, pp. 427-428.

⁵³ "... deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu **comportamento omissivo** ou irregular, **ao não fiscalizar** o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*" (grifou-se)

Pelo que se infere do julgado, a investigação da lei não foi feita pelo TST. O argumento que trata da responsabilidade por culpa *in vigilando* é restrito à hipótese genérica de “comportamento omissivo” do tomador de serviços, não se pontuando, no caso, qual a obrigação legal.

A única obrigatoriedade legal que existe, no tocante à fiscalização, decorre das contribuições ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e contribuições previdenciárias, em face do que dispõem, respectivamente, os arts. 29, IV, e 71, § 2º, ambos da Lei de Licitações. Entretanto, esta última obrigação encontra-se mitigada diante da previsão do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em face da redação dada pela Medida Provisória nº 447, de 14 de novembro de 2008, que condiciona o pagamento dos serviços prestados à retenção prévia das contribuições.⁵⁴

Assim, a hipótese de responsabilidade do tomador de serviços somente poderia decorrer em caso de descumprimento dessas obrigações legais, não se admitindo a responsabilidade de forma genérica, como fez o TST.

Com efeito, caso a questão enfrentada pelo TST se referisse a um descumprimento legal, por parte do tomador de serviços, o argumento a respeito da ausência de fiscalização seria admissível. Entretanto, como assim não o fez e não há obrigatoriedade legal para que o tomador de serviços fiscalize de forma ampla os contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados, não se impõe como correto esse argumento para fins de imputação de responsabilidade.

Ademais, embora o IJJ nº 297751/2000 faça referência a essa modalidade de culpa, ela não foi enfrentada de acordo com o entendimento a respeito da necessidade de investigação em cada caso.

⁵⁴ Lei nº 8.212/91. Art. 31: “A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, a importância retida até o dia vinte do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33”.

Essa culpa se referiria a hipóteses em que não há atuação do tomador de serviços no sentido de fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços e o trabalhador.

Nesse sentido foi mencionado pelo Acórdão proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297751/2000 (Resolução nº 96, de 11-9-2000):

Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, **ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando***, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. (grifou-se)⁵⁵

Ocorre que o tomador de serviços não pode interferir no contrato de trabalho do prestador de serviços, considerando as próprias razões que levam à Administração Pública decidir por terceirizar.

Ora, se a alocação de recursos públicos deve ser feita de maneira eficiente, sendo a terceirização uma forma de redução dos custos de transação, a imputação de responsabilidade à Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados vai de encontro a essa formulação estratégica.

Assim, a responsabilidade subsidiária ocasiona um aumento no custo de transação, o que prejudica, ou impede, a depender da atividade a ser analisada, a opção de ser terceirizar.

Conforme já dito antes no primeiro capítulo deste trabalho, não se tem como estabelecer de antemão quais as atividades podem ser terceirizadas,

⁵⁵ Embora manifeste certa contradição com outra passagem no mesmo Acórdão: "Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro."

considerando como parâmetro os custos de transação. Entretanto, conforme também se verificou, é certo que a opção a respeito da terceirização se relaciona com esse escopo, qual seja, reduzir os custos de transação. Portanto, quando se imputa a responsabilidade ao tomador de serviços, retira-se de sua esfera de decisões a opção pela terceirização, conquanto os custos de transação se tornarão maiores que em caso de contratação hierárquica.

Assim, nos casos de terceirização não haveria espaço para que o tomador de serviços interferisse nas relações de emprego de seu prestador de serviços.

Com efeito, caso fosse aceita tal atitude se estaria a admitir, ao menos faticamente, uma outra relação de emprego, considerando a regra do art. 2º da CLT⁵⁶ que afirma ser incumbência do empregador a direção e a prestação pessoal dos serviços do trabalhador.

Portanto, caso fosse crível a direção pessoal da prestação de serviços pelo tomador de serviços poderia acarretar em transmutação deste em empregador, o que acabaria por subverter a essência da terceirização, que é focar nas competências essenciais da organização, objetivando disponibilizar a alocação de recursos financeiros para outros investimentos em atividades de interesse da organização. Da mesma forma, quando se trata de contratos de terceirização com a Administração Pública, pois não haveria espaço para intervenção nos contratos do prestador de serviços.

Com efeito, o problema é maior que não só o da desnaturação da terceirização. É que no caso de Administração Pública se exige um procedimento prévio formal para que se entenda legítima a relação jurídica entre o trabalhador e aquela: trata-se do concurso público.

⁵⁶ Art. 2º. "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige a prestação pessoal de serviço**". (grifou-se)

Referida regra possui assento constitucional⁵⁷ e não pode ser olvidada, sob pena de declaração de nulidade e punição da autoridade administrativa que intervenha nesse sentido⁵⁸.

Insta salientar que esse entendimento encontra-se pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 363, Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003):

CONTRATO NULO. EFEITOS 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.

Portanto, em caso de eventual ingerência da Administração Pública no contrato de trabalho, pode-se redundar em direção pessoal dos serviços, configurando, portanto, em nulidade da contratação e, por via de conseqüência, em responsabilidade de quem seja incumbido dessa atuação.

Ademais, ainda que se pretendesse de alguma forma interferir na relação jurídica do prestador de serviços e seu trabalhador, a questão não se colocaria de fácil solução prática, considerando o princípio da legalidade.

É que a ingerência poderia se referir ao condicionamento de pagamento da prestadora de serviços, desde que cumprisse com os encargos iminentes à relação de emprego. Nesse aspecto, deveria se questionar essa possibilidade diante da legislação vigente.

Com efeito, a Lei de Licitações prevê quais são as hipóteses (FGTS e contribuições previdenciárias) em que a Administração Pública poderia, de certa forma, interferir, nos contratos das empresas terceirizadas. Fora dessas hipóteses,

⁵⁷ Art. 37. "(...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

⁵⁸ Art. 37. "(...) § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei."

seria o caso de se questionar outras exigências, considerando o princípio da legalidade.

Ocorre que a jurisprudência é no sentido da impossibilidade de se condicionar o pagamento à empresa prestadora de serviços com o pagamento dos trabalhadores terceirizados.⁵⁹

Considerando esse entendimento, não se poderia admitir a ingerência da Administração nos contratos de trabalho para fins de se tentar afastar a culpa *in vigilando*. Portanto, não se tem como evitar a responsabilidade subsidiária nessa modalidade de exigência, seja considerando a razão de ser da terceirização seja em razão das restrições normativas nesse sentido.

No que concerne à culpa *in eligendo*, embora o IUJ nº 297751/2000 não trate expressamente dessa modalidade, é corrente esse tipo argumento na jurisprudência que se formou após a Súmula 331⁶⁰. De acordo com esse entendimento, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços decorreria de se eleger mal o prestador de serviços; a escolha recairia de forma errônea em empresa insolvente, incapaz de responder por suas obrigações trabalhistas

⁵⁹ “[...] a condicionante de que ‘o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam’, constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, parecem não encontrar respaldo na Lei n. 8.666/1993, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas”. (Ag. Inst. nº 2007.01.00.032697-3/DF, TRF 1ª Região, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues) (grifou-se). Em sentido relativamente semelhante, mas de forma mais genérica no tocante ao condicionamento do pagamento à satisfação de algum crédito: Ag. Inst. nº 2007.01.00.022543-2/DF, TRF 1ª Região, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro; AMS n. 96.01.45848-4/DF, TRF 1ª Região, Rel. Juiz Julier Sebastião da Silva (Convocado); Ag. Inst. nº 2007.01.00.022543-4/DF, TRF 1ª Região, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro.

⁶⁰ Somente a título de referência, cita-se o seguinte trecho do Acórdão proferido no processo nº 00592-2006-013-10-00-5-RO, do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Rel. Maria Piedade Bueno Teixeira: “A Súmula em comento resulta de jurisprudência pacífica e reiterada na área trabalhista, cujo entendimento decorre da interpretação sistemática da ordem jurídica, remontando aos conceitos de *culpa in eligendo* e *in vigilando*. Cabe à empresa tomadora selecionar criteriosamente aquela que irá lhe prestar serviços; deve conhecer a idoneidade econômico-financeira, sob pena de responder por incorreta eleição”.

Entretanto, o regular processamento do procedimento licitatório possuiria o condão de afastar essa modalidade culposa.

Com efeito, a menos que a licitação tenha sido considerada irregular ou fraudulenta, não se tem como admitir a má escolha do contratante. É que, por ocasião do procedimento licitatório, em regra, há uma série de exigências legais para a contratação, relacionadas à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal (art. 27 da Lei de Licitações).

Assim, após a realização de todo o procedimento, não haveria como se afastar que houve o cumprimento de todas as exigências legais que são geralmente requeridas. Nesse sentido, “presume-se que o sujeito que preenche os requisitos constantes da habilitação e cuja proposta é selecionada como vencedora disporá de total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato”⁶¹. Há essa presunção, pois a não demonstração das condições que são exigidas para o certame, como regra, deve ser comprovado.

Portanto, a denominada culpa *in eligendo* somente se verificaria em casos de fraude no procedimento licitatório, e, portanto, como se trataria de analisar a situação sob o enfoque da ilicitude, deveria restar comprovado em cada caso, e não de forma genérica.

Ademais, o simples inadimplemento do prestador de serviços terceirizados perante o trabalhador não possui o condão de averiguar a denominada “idoneidade econômico-financeira” referida na nota acima, pois, como se sabe, o direito de postular em juízo, considerando a doutrina prevalecente, é abstrato⁶². Assim, a propositura de uma demanda, por si só, não poderia ser utilizada como

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 468.

⁶² “Concebida a ação como direito de provocar a prestação jurisdicional do Estado, está afastada a idéia de ação no sentido concreto. (...) É por isso um direito abstrato, porque exercível por quem tenha ou não razão, o que será apurado tão-somente na sentença...” SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*. 1º Vol. 21 ed. São Paulo: 1999, p. 159.

instrumento adequado a aferir se a Administração Pública agira com culpa *in eligendo*.

Ademais, caso se considere que a culpa *in eligendo* se refira à falta de suporte financeiro das empresas prestadoras de serviços, restaria questionar quais valores seriam aptos a serem exigíveis ao capital social das empresas. Perceba-se que a situação não é de fácil constatação, pois, a título eminentemente argumentativo, pode-se considerar que estariam excluídas as empresas com suporte financeiro baixo, como as pequenas empresas e/ou de pequeno porte.

Assim, de acordo com dados do SEBRAE⁶³, as pequenas empresas e de pequeno porte representam 25% do Produto Interno Bruto (PIB), gerando 14 milhões de empregos, ou seja, 60% do emprego formal no Brasil, e constitui 99% dos 6 milhões de estabelecimentos formais existentes, respondendo ainda por 99,8% das empresas que são criadas a cada ano.

Portanto, considerando a exigência de maior suporte financeiro por parte das empresas prestadoras de serviço se estará a admitir, em tese, que as pequenas empresas e de pequeno porte não possam participar do seguimento de terceirização, o que acarretaria em maior nível de desemprego.

Obviamente que as interpretações no sentido de admitir a responsabilidade subsidiária por culpa *in eligendo* não fazem qualquer referência aos valores que deveriam ser considerados para fins de afastamento da imputação de responsabilidade. Entretanto, a argumentação acima feita no sentido de aumento do nível de desemprego, deve ser considerada para fins de problematização dos efeitos de uma dada interpretação, afirmação esta que será melhor explorada em outra parte deste trabalho (Capítulo III).

⁶³ SEBRAE (org.). Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2008/Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas; Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [responsável pela elaboração da pesquisa, dos textos, tabelas e gráficos]. Brasília, DF : DIEESE, 2008.

Considerando as argumentações acima lançadas, importa reconhecer que não se tem como verificar a denominada culpa *in eligendo*, diante de um procedimento de contratação que tenha sido considerado lícito⁶⁴.

Outro entendimento para a admissão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública se refere à idéia de risco que seria imanente à atividade terceirizada, conquanto poderia ter se efetivado a contratação dos trabalhadores diretamente⁶⁵. Ocorre que esse argumento confunde a idéia de *risco* do empreendimento com o *risco* que ocasiona a responsabilidade.

O risco do empreendimento é do empregador⁶⁶, tendo em vista que este é quem conduz a atividade econômica, não o tomador de serviços. A atividade econômica desenvolvida, sob este ângulo, é do empregador. Já a idéia do risco da atividade poderia, em tese, ser admitida para efeitos de se responsabilizar o tomador de serviços, entretanto, esta não se confunde com aquele outro *risco* que é do empregador na condução de seus negócios.

Ademais, o argumento a respeito do “risco” é “circular”, ou seja, admite a responsabilidade em razão da terceirização que, ao mesmo tempo, significa ser responsável. Ora, a terceirização em si não representa um “risco” nessa argumentação, mas a atividade a ser desenvolvida é que pode representar um “risco”. Obviamente, que se pode conjecturar a respeito da incerteza como dimensão das transações e que, neste cenário, estaria incluído o risco. Entretanto,

⁶⁴ Em sentido semelhante ao aqui defendido, *vide* o seguinte trecho da sentença proferida nos autos Processo nº 00636-2005-012-10-00-0, da 12ª Vara do Trabalho de Brasília, DF: “[...] Se, contudo, não houve malferimento à Lei de Licitações e o contrato administrativo foi imediatamente rescindido logo que verificado não estar a prestadora de serviços cumprindo com suas obrigações, não há culpa *in eligendo* nem culpa *in vigilando*, pelo que simplesmente não se há que aplicar a Súmula 331/TST ao caso concreto” (Julgado em: 04/11/2005. Publicado em: 14/11/2005. Reclamante: Míria Lúcia Evangelista de Holanda. Reclamado: Múltipla Prestação de Serviços e Higienização Ltda. 2º Reclamado: União Federal. Juiz: Alexandre Nery de Oliveira).

⁶⁵ “... o tomador passa a responder de forma subsidiária ... em razão do risco que assume por ter preferido a terceirização de atividade, deixando de contratar empregados para exercê-la diretamente”. (GARCIA, *op. cit.*, p. 315)

⁶⁶ Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

dessa forma, a questão seria colocada sob o aspecto dos custos de transação, portanto, de eficiência em se estabelecer parcerias, e não no sentido proposto pelo argumento que imputa a responsabilidade.

Portanto, não há como se admitir que a responsabilidade subsidiária seja fundada no simples "risco" da atividade a ser terceirizada.

Como o último argumento referido no julgado é relacionado com a responsabilidade objetiva, é o que se fará nesta parte final do presente capítulo.

A responsabilidade objetiva possui como cerne de seu fundamento o disposto no art. 37, §6º da Constituição da República que assim está redigido:

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

(...)

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

Importa ressaltar que o fundamento da responsabilidade objetiva nos casos que correspondam ao dispositivo acima seria a modalidade do risco administrativo, conforme já referido acima.

Ocorre que o IUJ, embora fale expressamente a respeito do risco administrativo, ao que parece, adotou o risco integral, tendo em vista que exige somente a ocorrência do dano:

[...] o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.

Ora, para a configuração da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco administrativo, importa verificar além do dano causado também o nexo causal entre este e a conduta da Administração Pública.

Se o ato não foi praticado por algum dos agentes da Administração, mas sim pelo empregador, não se tem como imputar a responsabilidade ao Estado, a menos que se adote o risco integral.

A responsabilidade do tomador de serviços somente teria correspondência com o risco administrativo se ele não efetivasse sem causa justificada o pagamento do prestador de serviços, o que acarretaria, por conseqüência, o inadimplemento deste em face de seus credores e, dentre eles, o trabalhador.

Com efeito, em casos de causa justificada para o não pagamento do prestador de serviços (como restrições fiscais, hipótese também referida no IUJ) não haveria motivo para se considerar a responsabilidade do tomador de serviços, conquanto o prestador assume os riscos do empreendimento (art. 2º da CLT).

Assim, não havendo impedimento para tanto e, mesmo assim, o tomador de serviços não efetua o pagamento ao prestador de serviços, admitir-se-ia a aplicação do risco administrativo, tendo em vista a existência do nexo causal e o dano sofrido pelo trabalhador (aliás, também o empregador).

A razão de se ter utilizado a expressão "causa justificada" se dá em razão de uma necessidade de investigação do nexo causal entre a conduta da Administração Pública e o dano sofrido pelo empregado terceirizado. Somente em hipóteses que possam ser aferidos esses termos é que se tem condições de relacionar a hipótese com o risco administrativo, pois o contrário, conforme já mencionado, seria admitir o risco integral.

Entretanto, conforme se referiu acima, o IUJ que deu ensejo à Súmula nº 331 do TST não enfrentou qualquer questionamento a respeito do nexo causal, pelo contrário, afirmou que não importava que "esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo". Portanto, ao TST, por ocasião deste julgado, não "importava" o questionamento da origem do

dano. Ora, para efeitos de investigação do nexos causal, e portanto, admitir-se a responsabilidade por risco administrativo, “importa” exatamente questionar a origem do dano.

Nesse sentido, a respeito da necessidade de se investigar o nexos causal para efeitos de responsabilidade do Estado, já pontificou o Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do trecho do seguinte julgado:

Na espécie não se configura o nexos de causalidade entre a atividade policial desenvolvida pela vítima e sua morte, independentemente do fato da vítima não pertencer aos quadros da Polícia Civil, exercendo a função irregularmente. Vale ressaltar, também, que o agente provocador da morte da vítima era estranho aos quadros da Administração Pública e praticou o crime motivado por ciúmes de sua ex-companheira, conforme sumariado na sentença.⁶⁷

Perceba-se que foi afastada a responsabilidade do Estado por ausência de nexos causal. Ademais, importa ressaltar que o fundamento do voto para considerar a inexistência do nexos causal se refere à situação de que “o agente provocador” “era estanho aos quadros da Administração Pública”. Ora, é exatamente a mesma situação do presente trabalho, tendo em vista que o empregador, embora seja contratado para a prestação de serviços terceirizados no âmbito do Poder Público ele não pertence à Administração Pública.

Neste passo, importa considerar o que se tem feito em alguns casos, alargando-se em demasia a responsabilidade civil do Estado.

Atualmente tem ganhado força a chamada responsabilidade civil objetiva do Estado, a qual, se for inspirada pela teoria do risco integral, não admite qualquer investigação acerca dos elementos subjetivos e/ou circunstanciais em que se deu a conduta do agente, de forma que, por vezes, ocorrem situações insólitas e conseqüências práticas excessivas.

⁶⁷ “EMENTA: Recurso extraordinário. 1. Responsabilidade civil do Estado. 2. Morte. Vítima que exercia atividade policial irregular, desvinculada do serviço público. 3. Nexos de causalidade não configurado. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido”.(STF, RE/341776, Relator: Min. Gilmar Mendes, publicação no DJ 03/08/2007 Recte.(s) Estado do Ceará. Recdo.(a/s) Francisco Alves de Almeida).

É, contudo, preocupante a banalização da idéia de responsabilidade civil do Estado, pois quem estuda o tema sabe que é preciso haver uma singularidade para que seja reconhecido o direito a indenização em virtude de dano ou prejuízo causado pelo Poder Público. Isso porque, se assim não se proceder, corre-se o risco de usurpar os direitos fundamentais e as garantias postas à disposição dos cidadãos, transformando-as em instrumentos destinados a proteger privilégios e interesses corporativos.⁶⁸

Assim, como não se tem como verificar o nexo causal entre a atuação do Estado e o inadimplemento do empregador perante os seus empregados, não há como se admitir a responsabilidade em contratos de terceirização de serviços, ainda que de forma subsidiária, sob pena de se configurar a responsabilidade do Estado por risco integral

Para finalizar a crítica aos argumentos utilizados pelo TST no julgado que dera origem à Súmula 331, importa considerar alguns outros aspectos a respeito da imputação de responsabilidade.

A responsabilidade do tomador de serviços nos contratos de terceirização de serviços se originaria, segundo um primeiro argumento, de um *non facere*, ou seja, de um comportamento omissivo, por não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços e seus empregados (*culpa in vigilando*). E, nesses casos, a responsabilidade, no caso da Administração Pública, é categorizada como subjetiva, portanto, exige a demonstração de culpa⁶⁹.

Entretanto, em um segundo momento, o TST utiliza o argumento de que seria a responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo. Ocorre que a responsabilidade do Estado deve corresponder à responsabilidade subjetiva ou à objetiva considerando-se um mesmo fato. Um fato não pode ser aferível sob uma espécie de responsabilidade e, ao mesmo tempo, por outra que é oposta, a menos

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 798.

⁶⁹ Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE 382.054/RJ, DJ 01.10.2004; AI-AgR 512.698/AC, DJ 24.02.2006; RE AgR 235.524/AC, DJ 20.08.2004). Assim também é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, já referido neste capítulo.

que se refira a diversos agentes causadores, situação não contemplada pelo julgado.

Pois numa, a subjetiva, requer a comprovação da culpa, e noutra, a objetiva, não se requer a demonstração desse elemento volitivo. O duplo fundamento utilizado pelo TST é contraditório e, portanto, excludente da responsabilidade, conquanto um exclui o outro.

Pelo que se percebe do texto do julgado, não foi essa a intenção, mas sim, em termos de “reforço” argumentativo. Pois em um primeiro momento afirma que a responsabilidade decorreria de “não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*”, mas ao final utiliza uma expressão enaltecadora da certeza da responsabilidade: “Registre-se” “que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo”. Entretanto, o duplo fundamento não poderia ser utilizado, conforme se afirmou acima e é aqui salientado novamente, pois a responsabilidade subjetiva requer a comprovação de culpa e a responsabilidade objetiva não.

Assim, o julgado que deu origem à Súmula nº 331 não se sustenta por seus próprios argumentos, pois são contraditórios. Entretanto, esta conclusão, concernente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, restou pacificada, influenciando na atual redação da Súmula nº 331, em que pese o texto da Súmula não fazer referência aos argumentos.

Portanto, pode-se concluir nesta parte do trabalho que a responsabilidade subsidiária não se sustenta por diversos entendimentos e pelos próprios entendimentos que lhe deram origem.

Assim, não há responsabilidade que se verifique através das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, seja porque inexistentes, seja por ausência de previsão legal que exija a obrigação de fiscalização. Da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista a inexistência do nexos causal entre o que se alega a Administração omitir e o inadimplemento do prestador de serviços terceirizados.

Entretanto, seja qual for o regime de responsabilização a ser adotado, se por responsabilidade subjetiva ou objetiva, importa considerar os efeitos de se tomar a decisão de imputação. Com efeito, é necessário conhecer como as regras que tratam os regimes de responsabilidade repercutem na sociedade como estruturas de incentivos, pois, pelo que se demonstrou até o presente momento, há um aumento dos custos de transação, em se adotar a responsabilidade subsidiária, o que vai de encontro à idéia de terceirização.

Nesse aspecto, encontram-se pertinentes de igual forma observações a respeito de como o TST enfrentou a questão, considerando o texto do art. 71 da Lei de Licitações que isenta a Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

CAPÍTULO III – CONSEQÜÊNCIAS DA RESPONSABILIZAÇÃO

1. Introdução

Conforme já se afirmou, os argumentos que são utilizados para se atribuir a responsabilidade por parte do tomador de serviços repousa nas denominadas culpas *in vigilando* e *in eligendo*, da mesma forma que um outro argumento repousa na responsabilidade objetiva da Administração Pública, que encontraria fundamento no art. 37, §6º, da Constituição da República.

Entretanto, de acordo com o que restou pontuado no capítulo antecedente, não há que se falar em culpa da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, porquanto inexistente obrigação legal que exija a fiscalização dos contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados, bem como inexistente qualquer questionamento referente à ilicitude. Da mesma forma, concluiu-se que a responsabilidade objetiva do Estado não pode servir de parâmetro para imputação de responsabilidade, conquanto inexistente o nexo causal, elemento esse exigível em casos de risco administrativo.

Noutra linha de constatação, concluiu-se que há um duplo fundamento para a imputação de responsabilidade da Administração Pública, entretanto, ao contrário de reforçar a argumentação, leva a tornar inconsistente esse posicionamento.

Com efeito, a omissão em não fiscalizar decorre de ato culposo, que deve ser investigado, enquanto o fundamento da responsabilidade por risco administrativo não se exige a perquirição desse elemento.

Portanto, a responsabilidade da Administração Pública em razão do inadimplemento do prestador de serviços terceirizados não é admissível, seja com ou sem culpa.

Entretanto, ainda que fossem considerados esses regimes de responsabilidade, deveria ser investigada a situação da aplicabilidade do art. 71 da Lei de Licitações nos contratos de terceirização de serviços. É que esse diploma legal isenta a Administração Pública de qualquer débito do contratado, inclusive de natureza trabalhista.

Assim, apesar do julgado que dera origem à Súmula 331 do TST tenha feito referência ao teor do dispositivo legal, não houve solução do problema, até porque ainda persiste o questionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (ADC nº 16) e a Administração Pública continua a terceirizar pautando-se na Lei de Licitações.

Portanto, como ainda permanece instável o posicionamento a respeito da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando for o Poder Público, importaria considerar o ambiente institucional onde são realizadas as transações, devido a possibilidade de aumento de custos.

Ademais, como se está a tratar de responsabilidade, importaria fazer uma análise, ainda que perfunctória, de como as regras influenciam o comportamento dos agentes, não a respeito do acerto ou desacerto da aplicação das regras ao caso concreto, mas tão-somente no sentido de assunção de responsabilidade pelo tomador de serviços e como isso afeta o comportamento dos agentes envolvidos.

2. Regras de responsabilidade

Genericamente, pode-se dizer que os direitos podem ser protegidos por regras de propriedade ou de responsabilidade. Naquele primeiro caso, quando alguém pretende usufruir de um direito que pertence a outrem teria que obter previamente o consentimento para tanto, negociando-se o preço a pagar, estabelecendo-se um contrato. Caso assim não se proceda e for usufruído determinado direito, acarretam-se punições que somente podem ser suprimidas se o detentor do direito resolver negociar *a posteriori* com aquele que usufruía aquele direito. De qualquer forma, resolve-se a questão contratualmente, seja *ex ante* ou *ex post*.

Ocorre que, por vezes, decide-se que determinadas situações são utilizadas regras de responsabilidade ao invés de regras de propriedade, considerando que em alguns casos a assunção daquelas regras não é eficiente, tendo em vista a constatação de inegociabilidade dos custos de transação.

Com efeito, casos de violação a alguma regra demandam, por vezes, que o tratamento do problema seja determinado por regras de responsabilidade, por exemplo, em casos de abalroamento de automóveis, caso fossem tratados por regras de propriedade, teriam que se estabelecer previamente contratos (*ex ante*) com todos os proprietários e/ou condutores de automóveis que prevejam o preço a pagar em caso de danos; da mesma forma em caso inverso, teriam que se estabelecer contratos posteriormente ao acidente (*ex post*). Como o número de condutores/proprietários é relativamente alto e variável (em regra, indeterminável), chegar-se-ia a uma impossibilidade fática de confecção desses contratos, considerando o tempo de negociação¹. Portanto, nesses casos, é mais eficiente uma regra de responsabilidade, considerando os custos de transação.

Portanto, em situações tais, assume-se que alguns direitos não sejam protegidos por regras de propriedade, não sendo necessário que o proprietário consinta a respeito do uso alheio de seu direito, bastando que se pague um compensação que a sociedade considere adequada ao caso.

De esta manera se acepta que cuando no existen contratos que prevean la compensación del daño, o si existiendo no contemplan soluciones eficientes para neutralizar los efectos de la acción dañosa, resulta necesario establecer un sistema legal de responsabilidad, que fije las condiciones em que esa compensación pueda ser exigible para que se internalice su costo.

(...)

En aquellos casos en que no existen contratos que prevean la compensación de los daños, o en los que existen pero son insuficientes para contemplarlos completamente com anticipación (sea por las características de estos daños o por sus consecuencias), y em general em todas aquellas situaciones en que el mercado no puede funcionar, el derecho de responsabilidad civil desempeña la función de ofrecer una

¹ “De todos modos, no es imposible alcanzar soluciones eficientes. Para ello, puede recurrirse a la suposición de cuáles habrían sido las normas que los involucrados habrían elegido si hubieran podido reunirse, antes del suceso, para negociar sin costos. Seguramente, habrían encontrado puntos de coincidencia sobre las opciones que, descontando los costos, les permiran maximizar sus beneficios”. GUESTRIN, Sergio G. *Fundamentos para un Nuevo Análisis Económico del Derecho: De las Fallas del Mercado al Sistema Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 480.

*solución para el conflicto, adoptando decisiones que sustentan a ese mecanismo*²

Em casos de danos individuais³ que envolvam duas partes, os direitos podem ser atribuídos a uma ou a outra e podem ser protegidos por regras de propriedade ou de responsabilidade. Entretanto, é usual que se admitam as regras de responsabilidade, considerando os custos de transação.

Entretanto, objetivando-se evitar ou diminuir a ocorrência de danos, são estabelecidas precauções. Contudo, essas precauções geram custos. Assim, caso não se pretenda incorrer em custo “zero”, em última instância, todos os danos podem ser evitados se se impedir a atividade que lhe dá origem. Ocorre que, via de regra, a atividade que potencialmente causa dano origina também benefícios, sendo que, caso se proíba a atividade, implica suportar o custo de oportunidade correspondente aos benefícios perdidos.

Assim, o que se deve considerar em benefício da sociedade, é a eficiência entre a probabilidade do dano a ser causado pela atividade e o custo da precaução de se evitar esse dano⁴. A eficiência, pois, corresponde averiguar os benefícios e custos que são suportados pela sociedade, sendo que estes

² GUESTRIN, *ob. cit.*, pp. 480 e 482.

³ A expressão danos e/ou danos individuais está aqui sendo empregada para designar qualquer ocorrência que possa acarretar em prejuízos a alguém desde que haja a concorrência de duas partes, por exemplo, acidentes automobilísticos, acidentes de trabalho, etc, enfim, casos em que são como conhecidos como “responsabilidade extracontratual” considerando a atividade e situações de duas partes ou agentes. No mesmo sentido: *“El capítulo del análisis económico del derecho de accidentes incluye diferentes clases de accidentes en las áreas del derecho civil, comercial, laboral, administrativo, etcétera. Em la primera de ellas, en particular, el de la responsabilidad civil extracontractual, por accidentes de tránsito, daños ocasionados por animales o cosas, responsabilidad de los profesionales médicos, ingenieros, abogados, etc. y de los fabricantes, daños de las empresas al medio ambiente, responsabilidad patrimonial del Estado, etcétera”*. (GUESTRIN, *ob. cit.*, p. 481)

⁴ Trata-se de uma de aproximação do critério Kaldor-Hicks: *“Um cambio puede ser interpretado como mejorando el bienestar de la sociedad, si, y solo si, tanto los ganadores con el cambio pudieran compensar en una situación mejor de la que estaban; y los perdedores no pueden compensar a los ganadores para que abandonen sus ganancias, sin estar peor que en su posición original. (...) El criterio Hicks-Kaldor, es también llamado criterio de costo beneficio. Un proyecto es llevado a cabo cuando sus beneficios superan a sus costos, lo que implica que los beneficiarios pueden compensar a los perdedores. El criterio Hicks-Kaldor es indispensable en la aplicación de la economía de bienestar”* (SOLA, Juan Vicente. *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, pp. 76 -78).

somente incorrerão se forem menores aos benefícios causados pela atividade. O padrão da eficiência se revela adequado, considerando a escassez de recursos de que dispõe a sociedade para o custeio da Administração Pública e implicação de imputação de responsabilidade.

Portanto, a solução mais eficiente na defesa dos interesses do conjunto da sociedade é de que somente se deve incorrer em custos associados à prevenção de danos enquanto cada valor adicional gasto para esse efeito permitir poupar mais do que um valor em danos. Se um valor gasto em precauções (p. ex., R\$ 100,00) poupar menos do que esse valor em danos (p. ex., R\$ 90,00), esse valor (R\$ 100,00) poderia ser melhor utilizado em outras atividades. Assim, é melhor que haja a utilização do valor que seria empregado em precauções (R\$ 100,00) em situações que produzam algum ganho à sociedade, considerando que haveria perda no que se refere ao dano, ou seja, nesta hipótese, é melhor para a sociedade que o dano ocorra.

A aplicação dessa regra leva a sociedade a aceitar uma ocorrência de um nível positivo de danos, empregando-se um nível equivalente de precaução, acarretando em uma *solução eficiente*.

Haveria a hipótese de se ter menos danos do que correspondam à solução eficiente, entretanto, isso acarretaria em mais custos do que benefícios.

Impende verificar se as regras legais de atribuição de responsabilidade por danos influenciam o comportamento dos membros da sociedade e se é possível encontrar regras que levem a um comportamento eficiente.

Para efeito de raciocínio, estabelecem-se duas formas de responsabilidade no tocante à investigação do elemento vontade.

A responsabilidade pode ser atribuída a qualquer uma das partes, independentemente de seu comportamento. Essa hipótese pode ser denominada de responsabilidade incondicional⁵, ou seja, independente da culpa, que corresponde ao que se afirmou a respeito da responsabilidade objetiva por risco integral.

⁵ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 88.

Noutro sentido, a responsabilidade pelo dano causado pode ser atribuída a alguém, desde que a lei exija um determinado comportamento; essa hipótese é denominada, para efeito deste trabalho, de responsabilidade por culpa.

A pressuposição desses dois tipos de responsabilidade encontra justificativa tendo em vista os principais argumentos utilizados pelo julgador que deu origem à Súmula nº 331 do TST: culpa *in vigilando* e responsabilidade objetiva do Estado, fundamentada no art. 37, § 6º da Constituição. Embora o fundamento da responsabilidade objetiva tenha se referido ao risco administrativo, na verdade adotou o risco integral, tendo em vista que não fez qualquer referência ao nexo de causalidade, conforme já analisado no capítulo anterior. Portanto, considera-se a responsabilidade incondicional como um dado a ser considerado.

Outra classificação pode ser dada, considerando a probabilidade de que as partes possam influenciar a ocorrência do resultado. Assim, quando somente uma das partes pode influenciar a ocorrência, diz-se que se trata de assunção de responsabilidade unilateral, já, por outro lado, quando a probabilidade do evento depender do comportamento de ambas as partes, diz-se que se trata de assunção de responsabilidade bilateral.

3. Análise da responsabilidade pelo nível de precaução

Como se está a tratar de responsabilidade da Administração Pública por eventuais créditos do trabalhador terceirizado, assume-se, nesta parte, para efeito de análise, como agentes da relação aquela (Administração) e o trabalhador.

Para tanto, também para efeito de análise e para fins argumentativos utiliza-se a seguinte Tabela 1⁶:

⁶ A presente tabela foi utilizada tomando-se como parâmetro a utilizada por RODRIGUES, *idem*, p. 98.

1 Nível de precaução	2 Custo da precaução	3 Probabilidade de ocorrência do dano	4 = (3) x 5.000 Dano esperado	5 = (2) + (4) Custos totais do dano
Nenhuma	R\$ 00,00	15%	R\$ 750,00	R\$ 750,00
Moderada	R\$ 150,00	10%	R\$ 500,00	R\$ 650,00
Elevada	R\$ 300,00	8%	R\$ 400,00	R\$ 700,00

Obviamente que os valores acima na realidade podem variar, pois se trata de apenas de um exemplo para fins argumentativos do que se pretende investigar.

A questão da redução da ocorrência do dano pelo nível de precaução pode ser feita sob o enfoque do prestador de serviços enquanto empregador e, também, pelo próprio trabalhador. Entretanto, conforme mencionado acima, considerando ser o caso de imputação de responsabilidade por inadimplemento contratual do prestador de serviços terceirizados diante do trabalhador, assume-se que se trata de uma responsabilidade unilateral, ou seja, que somente a Administração Pública é a causadora do prejuízo e como se poderia evitar a responsabilidade pelo nível de precaução.

Suponha-se que em dado contrato administrativo, um município X tenha um trabalhador terceirizado Y⁷ para desempenho de atividades de médico⁸, devendo este perceber como remuneração a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Nesse contrato, assume-se que a precaução visa a evitar que o empregador torne-se inadimplente perante o trabalhador Y e, pela idéia de responsabilidade subsidiária, evitar que o tomador de serviços (o município X) deva arcar com o pagamento decorrente da inadimplência.

⁷ Em regra, os contratos de terceirização de serviços possuem mais de um trabalhador, em grande parte, centenas. Contudo, para efeito de raciocínio, empregase, hipoteticamente, apenas um.

⁸ Aqui não se entra na discussão a respeito da possibilidade de se terceirizar serviços médicos pela Administração Pública, para maiores detalhes a respeito de terceirização de "atividade-fim" ou "meio", vide Capítulo I deste trabalho.

Assim, para efeito de raciocínio, assumem-se três níveis de precaução a evitar o resultado de assunção de responsabilidade por parte do município X: nenhuma, moderada e elevada.

Na Tabela 1, admite-se que se o município X tomar um nível “elevado” de precaução, há uma probabilidade de 8% de que assuma a responsabilidade pelo inadimplemento do empregador; por outro lado, se tomar um nível “moderado” de precaução, a probabilidade de que arque com os R\$ 5.000,00 chega a 10%; e, por último, caso não adote “nenhuma” precaução a probabilidade é de 15%.

Perceba-se que se está a admitir que o município X não possui o controle total da situação, pois, embora a probabilidade de ocorrência do inadimplemento do empregador esteja inversamente relacionada com o nível de precaução adotado pelo município, a adoção de um nível elevado não garante que se evite o inadimplemento, da mesma forma em que, caso não se adote qualquer precaução (“nenhuma”), é possível que não ocorra o inadimplemento.

Caso a sociedade almejasse minimizar a ocorrência de danos ao trabalhador ocasionados pelo inadimplemento do empregador, a responsabilidade subsidiária do município X deveria incentivar que adotasse um nível elevado de precaução (R\$ 400,00). Ocorre que essa tomada de decisão pela sociedade não seria eficiente.

Com efeito, a atitude do município X em procurar minimizar os custos totais do prejuízo causado ao trabalhador corresponde à adoção de uma precaução moderada (R\$ 600,00), considerando o que já se disse acima no sentido de que somente se deve incorrer em custos associados à prevenção de danos enquanto cada valor adicional gasto para esse efeito permitir poupar mais do que um valor em danos. Ora, quando o município X passa de “nenhuma precaução” para uma “precaução moderada”, incorre em custos de precaução de R\$ 150,00, entretanto poupa à sociedade danos esperados de R\$ 250,00 (= R\$ 750,00 – R\$ 500,00). Portanto, o nível eficiente do exemplo, é a adoção de uma “precaução moderada”.

Poder-se-ia conjecturar que, como a “dignidade do trabalhador” é um valor *per se*, deveria o município X, portanto, adotar um nível elevado de precaução. Entretanto quando se passa de um nível moderado para um nível elevado de precaução, o dano esperado é reduzido de R\$ 500,00 para R\$ 400,00, ou seja, R\$ 100,00, enquanto os custos para tanto aumentam em R\$ 150,00 (= R\$ 300,00 – R\$ 150,00). Assim, neste caso, os custos excedem os benefícios à sociedade. Obviamente que a situação pode variar, a depender do caso concreto. Podem ocorrer situações em que o nível eficiente seja a adoção de uma precaução elevada, ou, ao contrário, a adoção de nenhuma precaução. Entretanto, conforme acima se pontuou, o tomador de serviços nunca vai possuir o controle total da situação.

Assim, quando se imputou responsabilidade à Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados, deveria ter sido analisado qual seria o nível de precaução a ser adotado por ela, de modo a reduzir a probabilidade de ocorrência do prejuízo ao trabalhador. Referido questionamento se coloca necessário de modo a avaliar quão eficiente seria a adoção da responsabilidade à Administração Pública.

Com efeito, não se avaliou, no caso concreto, quais as medidas que foram levadas para reduzir eventual inadimplemento do prestador de serviços de terceirizados perante o seu trabalhador. Da mesma forma, não houve qualquer referência a medidas legais que a Administração Pública poderia tomar no sentido de estabelecer precauções que pretendessem reduzir a probabilidade da inadimplência do prestador de serviços.

Ressalte-se que, considerando a regra de defesa da solução mais eficiente ao conjunto da sociedade, somente se deveria incorrer em custos de prevenção aos prejuízos do trabalhador se fosse possível poupar mais do que com a ocorrência desses prejuízos.

Entretanto, pelo que se verifica do julgado que dera origem à Súmula nº 331, não houve qualquer referência ao nível de precaução, estabelecendo-se a imputação de responsabilidade através da expressão genérica “falta de fiscalização”, como se houvesse alguma obrigação nesse sentido.

Assim, importa analisar o tema através da responsabilidade por culpa, pois, nesses casos, a assunção do prejuízo se dá por aquele que se desvia do padrão normativamente exigível pela sociedade.

Com efeito, enquanto o nível de precaução é inferior ao padrão exigido pela sociedade, o causador, assim definido normativamente, suporta o custo das precauções que seriam exigíveis acrescido dos danos que causa. Entretanto, quando o nível de precaução atinge aquele padrão, ele deixa de suportar os danos, ficando responsável apenas pelos custos de precaução.

No caso do exemplo, suponha-se que a responsabilidade do município X fosse admitida na situação em que não adotasse um nível "moderado" de precaução. Nessa hipótese, considerando que as precauções foram altas ou moderadas, o município X teria que suportar somente os respectivos custos de precaução (R\$ 300,00 ou R\$ 150,00), devendo o trabalhador terceirizado suportar integralmente o dano. Ao contrário, ou seja, caso o município não adotasse nenhuma precaução ele teria que suportar todos os custos do dano ao trabalhador.

O município X não possuiria interesse em adotar uma precaução maior que a moderada (alta). Ao adotar uma precaução elevada ele aumentaria o respectivo custo de R\$ 150,00 para R\$ 300,00, sem qualquer benefício, tendo em vista que os danos não são de sua responsabilidade. No mesmo sentido, não há interesse em ser menos cauteloso do que o padrão (moderada), considerando que se não adotar nenhuma precaução, embora poupe R\$ 150,00 em custos, implica em responsabilidade pelos danos em R\$ 750,00. Portanto, admitindo-se que o município X se comportará em defesa de seu interesse, ele adotará o nível moderado de precaução, que representa, no exemplo dado, o comportamento padrão exigido pela sociedade⁹.

Restaria perquirir qual o regime de responsabilidade é o mais eficiente: a responsabilidade incondicional ou a responsabilidade por culpa?

A responsabilidade por culpa somente seria eficiente se o comportamento fosse definido normativamente como padrão pela sociedade.

⁹ Conforme acima já mencionado, o nível eficiente de precaução pode variar, a depender do caso concreto. Assim, pode também variar o padrão a ser exigido pela sociedade, nada impedindo que seja um nível elevado.

Assim, o tomador de serviços somente responderá pelos danos causados ao trabalhador terceirizado pela inadimplência do empregador se não adotar o comportamento padrão definido normativamente. Ademais, o tomador de serviços somente vai adotar esse comportamento se os custos de precaução forem menores do que resultar da assunção da responsabilidade pelos danos, tal como no exemplo dado, em que qualquer medida de precaução é menor que os prejuízos a serem suportados.

Entretanto, esta regra deve ser definida normativamente pela sociedade, tendo em vista que se estaria a tratar de regime de responsabilidade por culpa, pois, nesse caso, a Administração Pública somente responderia se não adotasse o comportamento padrão de precaução.

Ocorre que, em regra, não se tem como definir aprioristicamente o “comportamento padrão”¹⁰, considerando que:

[...] o comportamento eficiente não é igual para todos indivíduos porque as precauções podem ter custos diferentes para diferentes indivíduos. Por exemplo, o comportamento eficiente do Fernando Alonso na estrada é, presumivelmente, diferente do meu. A defesa do interesse do conjunto da sociedade exigiria, por isso, a definição de comportamentos padrão diferentes para diferentes indivíduos. Mas fazê-lo envolve dificuldades muito substanciais, tanto a nível de definição dos padrões, como da verificação do seu cumprimento¹¹.

Portanto, devido a carência de informações a respeito de como definir o comportamento padrão, torna-se difícil a adoção do regime de responsabilidade por culpa nesses casos, sendo mais vantajosa, em alguns aspectos, a idéia de responsabilidade incondicional.

A responsabilidade por culpa supõe que o Poder Judiciário é capaz de determinar o comportamento efetivo do tomador de serviços *ex post*, o que se torna difícil.

¹⁰ Vejam-se as expressões largamente utilizadas como “mulher honesta”, “homem médio”, *bonus pater familiae*, que possuem uma abstração enorme e dão margem a arbitrariedades pelo intérprete da norma.

¹¹ RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 96.

Com efeito, processos que envolvam a perquirição de culpa são complexos e demandam dilação probatória, ocasionando custos ao aparelhamento judicial que podem ser evitados no caso de adoção de um regime de responsabilidade incondicional do tomador de serviços.

Portanto, em casos de responsabilidade atribuída ao tomador de serviços (Administração Pública ou não) de forma unilateral determinadas pelo nível de precaução a regra da responsabilidade incondicional seria melhor empregada pelo Judiciário.

Assim, ao que se percebe de uma interpretação literal, a tentativa de pacificação da questão por intermédio da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho revela-se uma direção nesse sentido, ou seja, uma busca de se adotar uma regra mais eficiente ao caso¹², independentemente de se questionar a respeito de culpa do tomador de serviços.

Entretanto, para que a solução fosse realmente eficiente, necessário seria avaliar a respeito do nível de precaução adotado pela Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados, situação não contemplada pelo TST, conforme acima afirmado.

Nesse sentido, a respeito da responsabilidade objetiva, pode-se afirmar que:

[...] este sistema no garantiza totalmente la eficiencia. No contempla la contribución efectiva de cada una de las partes involucradas en el accidente, dado que en la mayoría de los casos éstos son producidos como consecuencia de dos o más acciones que se interrelacionan. Desde la perspectiva económica, los accidentes se causan conjuntamente, y de esta misma manera, pueden ser prevenidos. Esto conduce a analizar no solamente la internalización (que de todos modos es virtual), sino cómo ésta se produce, proponiéndose un sistema de responsabilidad por culpa tendiente a determinar un nivel óptimo de accidentes y de las pautas mínimas de seguridad y prevención a adoptarse.¹³

¹² Embora haja discrepância nas razões da aplicação desse entendimento jurisprudencial, conforme se verificou no Capítulo II deste trabalho.

¹³ GUESTRIN, *ob. cit.*, p. 487

Portanto, pode-se afirmar que os casos de responsabilidade por culpa impõem ao causador (definido normativamente) determinados custos para prevenção, tendentes a evitar a ocorrência de danos. Assim, por consequência de sua aplicação, o causador responderia pelos danos somente se ele não seguir um determinado tipo de comportamento, previsto pelo ordenamento, que o liberaria da responsabilidade¹⁴.

Entretanto, o que se verifica é uma obrigação genérica de impedir o resultado, que se traduz na “falta de fiscalização” dos contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados. Ocorre que essa obrigação não há, (conforme já ressaltado no capítulo anterior), diante a ausência de um padrão comportamental a ser seguido.

Ademais, ainda que fosse admissível um comportamento padrão a ser seguido, como se trata de analisar o tema sob o enfoque da responsabilidade por culpa, o fato demandaria análise probatória em cada caso. Em sentido semelhante ao aqui exposto, já pontuaram alguns julgados, entre os quais, o seguinte:

[...] Cabe notar que a discussão trazida pelo CNPq na defesa e desconsiderada pela r. sentença recorrida permeia outro campo: não o ataque à Súmula 331/TST, mas, a partir do que contido no próprio verbete, a aplicabilidade de excludente ao caso concreto, considerada a circunstância de inexistência de culpa por eleição ou por vigilância, ante a observância às regras de licitação pública e o devido acompanhamento do contrato administrativo pertinente à prestação de serviços terceirizados. Com efeito, a aplicação apressada ou corriqueira da Súmula 331/TST, em que o julgar segundo o verbete ignora a especificidade fática, pode acarretar a despropositada situação de declaração de culpa da tomadora dos serviços, mesmo quando tenha adequadamente procedido aos meios de cautela para a contratação e o acompanhamento do contrato de prestação de serviços terceirizados, estabelecendo uma indevida teoria do risco integral, que não consta do enunciado da súmula descrita.¹⁵

¹⁴ GUESTRIN, *idem*, p. 488.

¹⁵ TRT da 10ª Região, RO, Processo: 00240-2008-004-10-00-0 (Ac. 2ª Turma) Julgado em: 26/11/2008 Publicado em: 16/01/2009. Recorrente: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Recorrido: Luiz Otávio Guimarães Praxedes. Recorrido: Pollyservice Administradora de Serviços Terceirizados de Limpeza Ltda. Juiz Relator: Alexandre Nery de Oliveira.

Entretanto, mesmo que se considere que há um padrão comportamental a ser seguido, esse entendimento colide, com o teor do art. 71, § 1º da Lei de Licitações, situação que será enfrentada nos tópicos seguintes.

4. A compreensão como defesa do texto

A abordagem que se faz nesta parte do trabalho se refere ao questionamento de se enfrentar o texto da norma jurídica que rege a contratação no âmbito da Administração Pública.

Referido enfoque se dá em razão de disposições legais que isentam o contratante dos serviços terceirizados de qualquer responsabilidade por débitos trabalhistas do prestador contratado.

Embora não haja legislação específica a respeito da contratação via terceirização, no campo da Administração Pública encontra-se uma previsão a respeito da responsabilidade na Lei 8666/93.

Trata-se do art. 71, § 1º, que está assim redigido:

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.

O dispositivo acima significa que não há qualquer responsabilidade da Administração Pública em face do inadimplemento do contratado prestador de serviços. Assim, não haveria espaço para o fim de se admitir a responsabilização, ainda que subsidiária, da Administração Pública enquanto tomadora de serviços pelos encargos trabalhistas do prestador de serviços.

Entretanto, a interpretação feita pelo TST afasta a aplicação do dispositivo legal citado.

Portanto, como há diversos questionamentos a respeito do tema, se seria aplicável ou não ao caso o disposto nesse dispositivo legal, é que se passa a tratar questão sobre o presente enfoque.

Assim, a questão que se coloca e é enfrentada neste momento reside numa perspectiva hermenêutica da compreensão da controvérsia, de modo a avaliar uma possível interpretação considerando a literalidade do texto.

Para a análise do que se propõe, nesta parte do trabalho parte-se da proposta de Posner de considerar a hermenêutica, tendo em vista a inexistência de “técnicas para produzir interpretações objetivas de textos difíceis”¹⁶.

Portanto, na perspectiva de se admitir a responsabilização do tomador de serviços em contratos de terceirização, em detrimento do que dispõe a literalidade do dispositivo legal, deve-se questionar quais os limites de uma dada interpretação.

Assim, revela-se no tema objeto deste trabalho, que se tem enfrentado a questão sob o aspecto estritamente do trabalhador enquanto credor, buscando-se resolver a questão do inadimplemento. Ocorre que essa visão encontra-se fechada a um aspecto (individual), devendo-se abrir a temática para outros horizontes¹⁷, qual seja, os efeitos de se admitir a responsabilização do tomador de serviços (sociedade).

Portanto, deve-se ter em mente que, se no passado a interpretação a respeito da responsabilidade subsidiária da Administração Pública atendeu aos anseios sociais, buscando resguardar o crédito do trabalhador de forma

¹⁶ POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 399.

¹⁷ “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne a proximidade e distancia, grandeza e pequenez. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método Vol. 1: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 8 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007, p. 400.

individual, hodiernamente deve ser feita uma nova leitura, considerando a atual realidade econômica e social, portanto, a sociedade¹⁸.

Nesse sentido, Vantuil Abdala afirma:

Não se trata mais de ser contra ou a favor da terceirização. Está-se diante de uma realidade inexorável: A terceirização não vai acabar. Ninguém razoavelmente imagina uma economia saudável no Brasil se a contratação de empresas especializadas na execução de serviços determinados fosse impossibilitada. Estamos, pois, diante da advertência de George Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”¹⁹.

Insta ressaltar que o intérprete ao tomar contato com o texto do art. 71 da Lei 8666/93 constrói o sentido hermenêutico das expressões “A inadimplência do contratado”, “encargos trabalhistas” e “não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”. Sendo, portanto, neste enfoque e momento, livre a construção do sentido.

Entretanto, a interpretação que será feita deve considerar que a terceirização na contratação pública decorre de uma forma estratégica de se aplicar a eficiência à Administração Pública, considerando a escassez de recursos da sociedade.

Importa ressaltar que, seja qual for a conclusão do intérprete, a compreensão do fenômeno deve ser dialógica, ou seja, aberta ao debate. Com efeito, ao se pretender não admitir o afastamento da responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, pode-se questionar quem deveria pagar o trabalhador, já que o tomador de serviços ficaria isento. Ocorre que esse questionamento já possui em si uma resposta que conduz à responsabilidade

¹⁸ “Recordemos aqui a regra hermenêutica segundo a qual é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica para a arte da compreensão. Tanto aqui quanto lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo” GADAMER, *idem*, p. 385.

¹⁹ ABDALA, Vantuil. *Terceirização: Anomia Inadmissível*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 22.10.2008.

subsidiária, tendo em vista a intenção do questionador. Assim, não se está a fazer o debate, e sim se estabelecer arbitrariamente a resposta, o que vai de encontro à “essência da pergunta” que “é abrir e manter abertas possibilidades”²⁰.

Portanto, a compreensão da responsabilização subsidiária do tomador de serviços deve considerar a abertura para o conhecimento do fenômeno da terceirização como um todo, questionando-se a respeito das conseqüências de se adotar aquela ou outra decisão.

Deve ser considerado igualmente a linguagem empregada para efeito de clarificar a compreensão e propiciar o debate. Assim, quando se convencionou a utilização das expressões do art. 71 da Lei de Licitações, quer-se tratar de algo relacionado a situação de eventual inadimplemento, conquanto somente nessa situação se admitirá a hipótese de responsabilidade, conforme já tratado no Capítulo II deste trabalho.

Com efeito, se a Lei utiliza as expressões “inadimplemento”, “encargos trabalhistas” e “responsabilidade por seu pagamento”, somente se admite que se está a tratar do tema da responsabilidade diante do inadimplemento. Pois, não seria crível se convencionar²¹ o uso dessas expressões para algo que não lhe seja situado. Assim, como ponto inicial de análise da lei, deve-se considerar a literalidade do dispositivo, para somente então, partir para outras interpretações, pois o “problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre o assunto, que ocorre no *medium* da linguagem”²²

Portanto, interpretações que afastam a aplicação do enunciado legislativo não se coadunariam com o que fora convencionado neste diploma, conquanto o texto deve ser considerado e não afastado. Ora, se está a tratar de responsabilidade da Administração Pública enquanto tomadora de serviços

²⁰ GADAMER, *op. cit.*, p. 396.

²¹ “A linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão” GADAMER, *idem*, p. 497.

²² GADAMER, *idem*, p. 499.

em casos de terceirização de serviços, e este tema é colocado em discussão, deve ser enfrentado o problema considerando o texto, propiciando-se o diálogo.

Portanto, não se pode desconsiderar o texto, e sim, para que haja uma possibilidade de chegada à resposta, ainda que ela seja contingente, historiada, deve-se desconsiderar métodos únicos para tal intento, convencionar-se no sentido de tomar como ponto de partida a literalidade do texto.

Com efeito, deve-se acordar a respeito de que a discussão deva passar pelo que diz o texto e não afastá-lo, sob pena de resultar inócuo o elemento “universal” da hermenêutica, a lingüisticidade²³.

Ademais, a desconsideração do texto redundaria em possível criação e não construção do sentido ao caso (interpretação), admitindo-se, perigosamente, que “a norma criada pelo aplicador do direito *substituiria* a que fora objeto da interpretação, e o juiz que a editasse *mataria* o legislador”²⁴

Em sentido relativamente semelhante ao aqui exposto, citam-se as palavras de Antônio Claudio Macedo da Silva, por ocasião do julgamento do processo nº 2004.34.00.048565-0/DF, notas taquigráficas, fls. 5106/5107:

Este debate parece-me que resta superado em uma hermenêutica contemporânea. Se se deve buscar a mensagem do legislador ou a mensagem da própria lei, que se depreenderia do legislador assim que editada. A hermenêutica contemporânea reconcilia essa aparente dicotomia, essa aparente contradição. Parece-me também que nos melhores postulados da ciência jurídica que se faz ciência a partir de Kelsen não há espaço para esse tipo de contraposição. De viés hermenêutico, porque, simplesmente, ele se consubstancia numa falácia. A interpretação deve ser plena e levar em contra os vários espectros: histórico, sociológico, a *mens legis*, a *mens legislatoris*. Mas ela não pode jamais se afastar do conteúdo da lei. Até aqueles que combateram veementemente Kelsen, como Carlos Cósio, sempre fizeram questão de registrar que a norma é o ponto de partida, mesmo aqueles que

²³ GADAMER, *idem*, p. 503.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

defendiam a norma como marco de possibilidades. Mas a norma, entendida como ordenamento jurídico, é o ponto de partida e deve ser o ponto de chegada de toda interpretação, ainda que se passeie em todo o ordenamento jurídico e até se façam considerações metajurídicas.

Embora não se adote as abordagens referidas a respeito dos métodos clássicos, a constatação é salutar no sentido de admitir o diálogo a partir do texto como ponto de partida e de chegada.

Ora, conforme afirma Posner, “Tudo que o termo [interpretação] significa concretamente é que há um texto em cogitação, que o texto tem autoridade e que a decisão deve, de algum modo, remeter ao texto”.²⁵

Não se está a afirmar que não se possam fazer outras interpretações do texto, pois isso seria negar o caráter universal da hermenêutica. O que se afirma neste trabalho é que o texto deve ser considerado tendo em vista os limites da interpretação, que aqui se defende como a necessidade de compreensão das palavras situadas (as expressões utilizadas na norma), bem como das questões econômicas e sociais.

De uma certa forma, Kelsen já afirmava das diversas possibilidades de interpretação da norma, considerando as palavras colocadas em seu texto:

[...] a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.²⁶

Entretanto, para que se admita essa diversidade de interpretações, deve-se questionar a respeito dos limites da compreensão do texto. Nesse sentido esclarecem Platão e Fiorin²⁷, que “Lido de maneira fragmentária, um texto pode dar a impressão de um aglomerado de noções desconexas, ao qual o leitor pode atribuir o sentido que quiser. Sem dúvida, há varias possibilidades de interpretar um texto, mas há limites”.

²⁵ POSNER, *op. cit.*, p. 401.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 389.

²⁷ FIORIN, José Luiz e PLATÃO SAVIOLI, Francisco. *Para entender o texto: leitura e redação*. 16ª ed. 8ª reimp., São Paulo: Ática, 2005, p. 102.

Essa constatação de que há limites à interpretação, Kelsen denominava de “moldura de aplicação do Direito”:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível²⁸

Ocorre que o problema é analisar a possibilidade de verificação da interpretação dentro dessa “moldura”, considerando que o próprio Kelsen afirmava que não há critério ou método único²⁹ para tanto.

Com efeito, no tema aqui proposto, houve referência por ocasião do julgamento de que a aplicação do dispositivo legal “somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades” e que Administração agira nos mesmos moldes. Ora, caso se admita que a Lei faz alusão ao que normalmente se exige e ocorre para efeito de sua aplicação, está-se diante de uma norma sem construção de significado, uma norma “vazia” e, portanto, sem qualquer aplicação dentro da “moldura”.

Assim, o que se defende no presente trabalho é que os limites (ou “moldura”) sejam considerados de acordo com a relação situacional do caso, de modo a verificar as conseqüências de uma dada interpretação.

Perceba-se que, ultrapassada a fase da convenção a respeito da literalidade do texto como ponto de partida, caso se adote um entendimento que considere o diploma legal inaplicável, por razões políticas ou humanitárias, ou até por alguma constatação da conformação estatal, essa questão ganha contornos diversos dentro do sistema jurídico.

²⁸ Kelsen, *op. cit.*, p. 390.

²⁹ Aqui a afirmação é generalizada, tendo em vista que Kelsen aduzia no sentido de conformação com o Direito positivo: “Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificação como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica” (KELSEN, *op. cit.*, p. 391).

Nesse sentido, importa ressaltar que:

A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei com qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa³⁰.

Com efeito, caso o texto seja compreendido como um obstáculo a algum objetivo da sociedade, ele deve ser desconsiderado, mas essa “desconsideração” não pode ser feita de maneira arbitrária, como em um simples argumento de que “é inaplicável”, pois trata-se de um texto legislativo. Assim, de acordo com o sistema jurídico, as formas de se desconsiderar o teor do art. 71 da Lei de Licitações são através da revogação ou de sua incompatibilidade com a Constituição.

A revogação seria a forma que atenderia melhor os interesses da sociedade, considerando que, por se tratar de uma lei, requereria uma participação ampla da sociedade. Assim, por interposição da representação legislativa, a lei poderia ser revogada por não atender as razões políticas ou humanitárias da sociedade.

No que se refere à verificação do texto legal com a Constituição, considerando o argumento da responsabilidade objetiva do Estado, haveria espaço para discussão dentro do Sistema de Controle de Constitucionalidade das Leis, em face da disposição do art. 37, §6º da Constituição.

Saliente-se que nessa última modalidade o TST já poderia tê-lo feito, considerando ser uma forma de controle a verificação difusa da constitucionalidade das leis. Entretanto, isso não foi feito.

Portanto, caso se entenda que o texto da lei vai de encontro ao texto constitucional, deveria ser questionada a constitucionalidade do referido

³⁰ GADAMER, *op. cit.*, pp. 432-433.

dispositivo legal³¹ em face da Constituição, o que parece foi o objetivo da ADC nº 16 proposta pelo Distrito Federal.

Portanto, a desconsideração do texto somente poderia ter sido feita nos moldes acima referidos. Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho o fez, sem analisar a constitucionalidade do dispositivo legal. Referida afirmação encontra sucedâneo na conformação do princípio da legalidade, pois a lei deve ser seguida no âmbito das relações privadas e, principalmente, no âmbito das relações públicas, inclusive os Tribunais³².

Em sentido semelhante ao aqui exposto, é a posição de Gilmar Mendes:

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*).

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que **a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.**

(...)

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes sobretudo do sistema concentrado, é certo que a idéia de que não **a não-observância do direito ordinário** pode configurar afronta ao próprio direito constitucional **tem aplicação também entre nós.**

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, **o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis** (CF, art. 5º, § 1º).³³ (grifou-se)

³¹ Nesse sentido esclarece Vólia Bomfim Cassar: "Parte da doutrina nega a aplicação do comando legal acima, sob o argumento de que a norma é inconstitucional, com base no art. 37, § 6º da CRFB, aplicando, desta forma, o inciso IV da Súmula 331 do TST" (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho* 2ª ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 520).

³² Constituição da República: Art. 37. "A administração pública direta e indireta de **qualquer dos Poderes da União**, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá** aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" (grifou-se)

Art. 2º "**São Poderes da União**, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o **Judiciário**". (grifou-se)

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 306-308.

Assim, ao editar a Súmula nº 331, o Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicação de uma lei e, para tanto, somente se admite em sede de Controle de Constitucionalidade, conforme se depreende do seguinte trecho do Acórdão proferido no RE 240.096 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.02.1999):

Controle de constitucionalidade: Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidí-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição

Da mesma forma, tal raciocínio também se infere do teor da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal (STF):

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, **embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.** (Sessão Plenária de 18/06/2008. DJ. nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008. DO de 27/6/2008, p. 1.) (grifou-se).³⁴

Com efeito, ainda que não se afirme de forma expressa, quando o Juiz ou Tribunal afasta a aplicação de uma lei, ao assim agir, atua em sede de verificação de constitucionalidade, pois uma lei não pode ser arbitrariamente afastada.

Portanto, como o entendimento do TST é no sentido de afastar a aplicação do art. 71 da Lei de Licitações, somente em sede de controle de constitucionalidade se admitiria esse posicionamento.

De qualquer forma, ainda que se admitisse a desnecessidade de consideração a respeito do texto legal, ou seja, da não revogação da lei ou de

³⁴ Em decisão recente, a respeito da aplicação da Súmula Vinculante nº 10, o STF afirmou a respeito exatamente do tema deste trabalho, no sentido de afastamento do art. 71 da Lei de Licitações pelo TST: Med. Caut.em Reclamação 6.970-2, DJ 13/11/2008, Rel. Ricardo Lewandowski.

sua não verificação de constitucionalidade, importa verificar as conseqüências de uma dada interpretação no ambiente institucional das transações.

5. A importância do ambiente institucional

Como já se afirmou antes (Capítulo I), as regras devem ser suficientemente claras e estabelecidas previamente em um ambiente transacional, de modo a reduzir a incerteza e, por conseguinte, pautando as escolhas dos indivíduos. Deve-se ter um ambiente propício à escolha entre decidir contratar ou não.

Assim, por exemplo, deve ficar relativamente evidente que, em casos de inadimplemento contratual, quem deverá ser considerado responsável. O estabelecimento dessa regra será crucial para a tomada de decisão em contratar ou não contratar ou, simplesmente, contratar com maiores garantias.

Neste passo, as instituições desempenham uma função relevante, tendo em vista que serão provocadas para assegurar o cumprimento de contratos nas relações econômicas.

Com efeito, deve-se ter uma previsibilidade de como as instituições decidem a respeito das transações, procurando-se diminuir o nível de incerteza. E, considerando o aparelhamento judicial como a principal instituição levada a cabo para o fim de dirimir eventual conflito de interesses, é imanente à função jurisdicional uma necessidade de compreensão a respeito das regras e os efeitos da aplicação de determinado entendimento em consonância com os contratos estabelecidos.

Deve ser repisado que o aumento dos custos de transação se revela em razão da necessidade de alocação de recursos em monitoramento e cumprimento dos contratos, devido à assimetria de informações existentes entre os agentes e a tendência ao comportamento oportunista. Dessa forma, a atividade jurisdicional se mostra eficaz quando dá suporte a estrutura básica necessária a atenuação do aumento dos custos de transação que se demonstra, simplesmente, na efetivação de mecanismos de garantia contratual.

Considerando isso, o questionamento a respeito de como se tem enfrentado a questão da terceirização na Administração Pública possui relevância, considerando o ambiente institucional (regras e Judiciário).

Sob o ponto de vista legal não há normatização a respeito da forma de contratação horizontal, para fins de redução da incerteza nas transações econômicas. Somente se verifica em um aspecto, que trata do contrato de trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974.

Nas relações entabuladas sob a égide desse instrumento normativo, haverá a responsabilidade solidária do tomador de serviços somente em caso de falência deste e em relação às contribuições previdenciárias, remuneração do trabalhador e indenizações previstas nesse diploma que seja o empregador devedor, relativamente ao período da prestação de serviços³⁵.

Contudo, a tratativa desse instrumento legal não abarca a maior parte das contratações horizontais entre os agentes econômicos envolvidos, conquanto trata apenas de situações transitórias³⁶ e com limitação temporal das atividades a serem desenvolvidas³⁷.

Assim, não há uma legislação específica que trate do tema terceirização de modo a tratar, ainda que genericamente, o tema aqui analisado.

Nesse sentido, fixou-se o entendimento de que o tomador de serviços responde de forma subsidiária perante os créditos trabalhistas em face do inadimplemento do prestador de serviços, o que revela algumas perplexidades, considerando o que já se disse a respeito da importância do ambiente institucional.

³⁵ Lei nº 6.019/74: "Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei".

³⁶ Lei nº 6.019/74: "Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços".

³⁷ Lei nº 6.019/74: "Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra".

A possibilidade de assunção de responsabilidade pelo tomador de serviços em face do inadimplemento do empregador contratado aumenta o nível de incerteza para efeitos de tomada de decisão em se estabelecer contratações.

Conforme já se disse antes, em dadas condições, os custos de transação serão elevados, de modo a se revelar praticamente impossível a transação. É que se for considerado o nível de incerteza como extremamente alto haverá, por conseqüência, um aumento de salvaguardas contratuais, acarretando em mais custos de transação.

Assim, considerando hipoteticamente uma situação transacional em que pelo simples fato de contratar possui *ex ante* um nível de incerteza equivalente a um determinado estabelecimento de salvaguardas contratuais, que acarreta em um correspondente valor em termos de custos de transação.

Agora, considerando a mesma transação, contudo aumentando o nível de incerteza, considerando o ambiente institucional que admite a responsabilização do tomador de serviços, o equivalente em salvaguardas contratuais seria aumentado, o que, redundaria em maiores custos de transação. Obviamente que o valor correspondente às salvaguardas contratuais poderia ser inferior ao nível de incerteza, que não é exato, mas nessa hipótese a probabilidade do inadimplemento poderia aumentar.

Perceba-se que nessa última hipótese, o nível de incerteza fora elevado, considerando a totalidade de responsabilização pelo inadimplemento de um dos agentes perante seus trabalhadores. Considerando isso, seria mais vantajoso contratar verticalmente ao invés de horizontalmente, conquanto o nível de incerteza seria menor.

Com efeito, considerando que os custos de uma transação vertical possam ser maiores que uma integração horizontal, seria mais eficiente para a organização contratar diretamente os trabalhadores, tendo em vista que pelo simples fato de estabelecimento de salvaguardas contratuais elevariam os custos da transação.

Ocorre que a solução não seria tão simples assim. É que deveria se analisar a competência essencial da organização e, por conseguinte, o foco

que se está a utilizar, ou seja, deve-se verificar a estratégia utilizada de determinada fase ou momento por que passa a organização, podendo ser, v. g., que se queira destinar os recursos em estratégias de marketing enquanto se terceiriza a linha de produção. Nessas circunstâncias, não haveria espaço para a integração vertical, e como o ambiente institucional não é propício à contratação horizontal, inegavelmente se estaria diminuindo as possibilidades da atividade econômica ser empregada.

Percebe-se que nesse caso, por não se poder empregar qualquer forma de contratação, seja por impossibilidade estratégica competitiva seja por maior incerteza no ambiente institucional, a organização encontra-se em difícil situação. Na verdade, nesta hipótese se está a impedir o crescimento da riqueza para a sociedade e, portanto, impedindo o crescimento econômico e o crescimento do nível de emprego.

Portanto, o simples fato da inadimplência do prestador de serviços perante seus empregados não pode acarretar em responsabilização do tomador de serviços. Deve-se averiguar se seria essa melhor forma de garantir os créditos do trabalhador, considerando que as especificidades próprias do mercado competitivo podem acarretar em decréscimo no desenvolvimento econômico e que, por conseguinte, prejudica ainda mais o trabalhador, considerando a possibilidade elevação do nível de desemprego.

Assim, devem ser consideradas essas situações para efeito de se admitir a responsabilização do tomador de serviços e nesse aspecto que reside o maior papel da hermenêutica e, em especial, o papel das Cortes:

Assumir-se-á que, de modo geral, o objetivo dos tribunais é maximizar o bem-estar social. Isso significa dizer que, não raro, as cortes agem para promover o bem-estar das partes contratantes (...). Se, contudo, outras partes são afetadas por um contrato, então o bem-estar dessas partes, que não participam do pacto, da mesma forma, assumir-se-á serem levadas em consideração pelo tribunal³⁸

³⁸ No original: "It will generally be assumed that the goal of courts is to maximize social welfare. This will usually mean that courts act further the welfare of the parties to the contract. (...) If, however, other parties are affected by a contract, then the well-being of these parties outside the contract will also be assumed to be taken into account by

Não se está a admitir que não se possa fazer interpretações de forma contrária ao aqui preconizado. Mas somente que, caso se mantenha a responsabilização do contratante dos serviços terceirizados, as conseqüências dessa interpretação devem ser consideradas.

6. Responsabilidade subsidiária: um tratamento diferenciado

Ainda que se admita a responsabilização do tomador de serviços, insta ressaltar o tratamento de alguns casos semelhantes de forma diferenciada.

Tratam-se dos casos de contrato nulo, serviços notários e contratos de empreitada.

O contrato nulo é aquele em há a contratação direta pela Administração sem a interposição prévia do procedimento do concurso público, tal como exigido pela Constituição no art. 37, II:

Art. 37. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Nesses casos, afirma-se que não há como admitir-se a responsabilização do tomador de serviços tendo em vista a ausência de certame, somente respondendo pela contraprestação pactuada e pelos depósitos do FGTS. Referido entendimento encontra-se pacificado pela Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho:

CONTRATO NULO. EFEITOS (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003)

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.

Perceba-se que o tratamento é semelhante a uma situação hipotética em que a Administração contrataria um prestador de serviços sem o procedimento licitatório em casos que não se verificam as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou seja, sem a observância das exigências legais.

Nessa situação hipotética a Administração Pública contratante responderia somente pelos salários não pagos e depósitos do FGTS não pagos. Entretanto, em casos de terceirização de serviços a responsabilidade é total, ou seja, se o empregador não paga as horas trabalhadas em regime de sobrejornada, por exemplo, a Administração Pública será responsabilizada, enquanto que no caso de contrato nulo, não há que se falar em tal pagamento.

Perceba-se que são tratamentos díspares com um fundamento em comum: a prestação de serviços. A diferença que reside nas duas situações é que no caso do contrato nulo a prestação de serviços é direta à Administração Pública, já na terceirização, embora haja a prestação de serviços também à Administração, entretanto, de forma interposta pelo empregador.

Insta ressaltar que, no caso da contratação direta sem concurso público, a Administração Pública somente responde se não efetivar qualquer pagamento salarial e não depositar os valores correspondentes ao FGTS, enquanto na terceirização de serviços, a Administração Pública responde por todo e qualquer crédito que seja devido ao trabalhador pelo empregador, ainda que o órgão já tenha pago a este. Na terceirização, a Administração Pública responde mesmo nos casos de adimplemento contratual, ou seja, paga duas vezes por um mesmo contrato.

O caso é sensível, pois há um incentivo à Administração em contratar diretamente, em desconformidade com as regras legais, tendo em vista que somente responderá por salários não pagos e contribuições ao FGTS não depositadas, enquanto na responsabilidade subsidiária a Administração Pública responde por tudo o que for devido pelo empregador.

Nesse sentido, é o Verbete de Jurisprudência nº 11/2004 do Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Publicado no DJ-3 em 17.07.2008):

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TOMADORA DOS SERVIÇOS. ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DO COL. TST . “O tomador dos serviços responde, em caráter subsidiário, pelas obrigações trabalhistas do empregador, ainda que aquele integre a Administração Pública. Tal responsabilidade abrange também as multas do artigo 467 e do § 8º do artigo 477, ambos da CLT e § 1º do artigo 18 da Lei nº 8.036/1990, bem como os honorários assistenciais.”

Perceba-se que esse entendimento jurisprudencial admite a condenação do responsável subsidiário até mesmo em relação à multa prevista pelo art. 467 da CLT. Esse artigo fala da obrigatoriedade do empregador pagar na primeira audiência designada as parcelas que seriam incontroversas, sob pena de pegá-las com acréscimo de 50%.

Entretanto, o próprio art. 467 isenta a Administração Pública de tal multa, é o que prevê o seu parágrafo único: “O disposto no caput não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as suas autarquias e fundações públicas.”

A razão pela qual há a isenção da multa é decorrente da sistemática de pagamentos que trata a Constituição, pois a Administração Pública não possui a prerrogativa de efetuar pagamentos em “audiência”, tendo em vista previsão constitucional que estabelece o procedimento de pagamento por intermédio de precatórios.³⁹

Ademais, a lei (CLT) fala que não se aplica a penalidade à Administração Pública, entretanto, aplica-se quando se tratar de responsabilidade subsidiária, conforme a jurisprudência citada.

³⁹ Art. 100. “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

Portanto, em razão de haver uma vantagem em contratar diretamente, sem a interposição do concurso público, em relação à terceirização, é que se admite, em tese, o incentivo acima referido.

Obviamente que a comparação é colocada para fins de problematização, tendo em vista que o agente responsável pelo desrespeito à ordem constitucional poderá responder civil, penal e administrativamente, tal como expresso no art. 37, § 2º da Constituição⁴⁰.

Entretanto, para o fim do que se propõe neste trabalho, pode-se afirmar que a interpretação diferenciada dos dois casos incentiva um desrespeito às regras constitucionais e legais, conquanto é mais vantajoso à Administração Pública contratar de forma ilícita (sem qualquer procedimento legal prévio) do que de forma lícita (com procedimento legal prévio).

Outro caso que possui tratamento diverso é a situação dos servidores de cartórios extrajudiciais. De acordo com o art. 236 da Constituição “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público”, sendo que a titularidade desses serviços se dá por intermédio da regra do concurso público (art. 236, § 3º). Os titulares das serventias podem contratar livremente empregados para o desempenho de suas funções (art. 20 da Lei nº 8.935, de 18.11.1994). Entretanto, a questão que se coloca é, em caso de inadimplemento do titular da serventia, o Estado responde por algum encargo trabalhista, já que se trata de delegação estatal?

O Tribunal Superior do Trabalho possui posicionamento no sentido de admitir a responsabilidade do empregador exclusivamente e não da Administração Pública⁴¹, tendo em vista que “o trabalhador não percebe a remuneração dos cofres públicos, mas do titular da serventia”, sendo, portanto o “único responsável pelos consectários trabalhistas”.

Entendimento semelhante é exposto por Renato Saraiva:

Portanto, o titular do cartório não oficializado (cartório extrajudicial), ao contratar serventuário, assume a obrigação de assalariar o seu empregado, dirigindo os serviços notariais e de

⁴⁰ Art. 37. § 2º - “A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

⁴¹ Decisão: 25.06.02, Proc. RR 474069/98, Quinta Turma, Rel. Ministro Rider de Brito.

registro, equiparando-se a empregador. Por outro lado, **o Estado não assume qualquer ônus financeiro ou orçamentário em razão da contratação celebrada**, ficando a cargo do cartório assumir todos os riscos econômicos pela admissão e dispensa dos seus empregados como pela arrecadação dos valores que remuneram os serviços notoriais.⁴² (grifou-se)

Perceba-se que o fundamento da isenção da Administração Pública é que ela não é a empregadora e, portanto, não poderia ser responsabilizada. Ocorre que o mesmo fato se verifica em caso de terceirização de serviços: a Administração Pública não é empregadora, mas o prestador de serviços contratados que o é.

Ademais, a exigência para a exploração da atividade passa por um procedimento prévio previsto constitucionalmente (concurso público)⁴³ da mesma forma que a terceirização (licitação)⁴⁴.

Outra situação que pode ser referida a título de tratamento diferenciado são os casos em que há contratos de empreitada e o dono da obra (contratante) não responde diante do inadimplemento do empreiteiro (contratado). Esse posicionamento encontra-se pacificado também no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho por força da Orientação Jurisprudencial nº 191:

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

⁴² SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: Editora Método, 2007, p. 102.

⁴³ Art. 236. § 3º “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

⁴⁴ Art. 37. XXI – “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Perceba-se que o fundamento para impedir a responsabilização do dono da obra reside no fato de ausência de previsão normativa nesse sentido, ou seja, pelo fato de não haver lei atribuindo a responsabilidade ao contratante. Ocorre que a mesma situação se verifica no âmbito da terceirização: não há lei atribuindo a responsabilidade do prestador de serviços ao tomador. Aliás, muito pelo contrário, há dispositivo legal dizendo justamente o contrário.⁴⁵

O entendimento jurisprudencial possui uma ressalva em se tratando de dono da obra que possua atividade econômica de construção ou incorporação, tendo em vista a previsão do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Obviamente que se o dono da obra possui a mesma atividade econômica do empreiteiro é porque também é empreiteiro, tratando-se, portanto, de contrato de subempreitada. Nesse sentido se justifica a ressalva do entendimento jurisprudencial acima referido, diante da previsão legal. Entretanto, no que se refere à Administração, a isenção permanece, porquanto inexistente a figura do “empreiteiro” no âmbito administrativo.

Os casos acima referidos (contrato nulo, servidores de serventias de cartórios extrajudiciais e contratos de empreitada) servem como parâmetro para ilustrar que algumas situações semelhantes possuem tratamento diferenciado pela jurisprudência.

Nesse aspecto, a interpretação que admite a responsabilização subsidiária da Administração Pública evidencia um tratamento discriminatório que deve ser investigado. Assim, quais seriam as verdadeiras razões para se imputar responsabilidade ao tomador de serviços em contratos de

⁴⁵ Art. 71, § 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”.

terceirização, tendo em vista que as situações acima comparadas não diferem em essência?

Ademais, conforme se demonstrou, a imputação de responsabilidade deveria ser considerada em face das precauções que poderiam ser adotadas pelo tomador de serviços, em face do que dispõe a legislação a respeito. Essa afirmação possui esteio no que seria a decisão mais eficiente no âmbito da sociedade.

Importa igualmente considerar o que dispõe a legislação no que concerne a respeito da responsabilidade dos débitos do prestador de serviços, mesmo que se pretendesse aplicar a regra mais eficiente em relação ao nível de precaução a ser adotado pelo tomador de serviços. Entretanto, pelo que se verificou há uma “não aplicação” da Lei de Licitações por parte do TST, o que não poderia ser feito, salvo em caso de Controle de Constitucionalidade.

Noutra forma de análise, restou repisado que, embora se entendesse pelo afastamento da lei, a interpretação do caso deve levar em consideração os efeitos de uma dada interpretação, pois, ao assim agir, aumenta-se a incerteza no ambiente onde ocorrem as transações o que, por conseguinte, aumentam os custos de transação, dificultando a tomada de decisão no sentido de terceirizar. Ocorre que, nesse caso, rompe-se com a questão estratégica de que se reveste a terceirização, tendo em vista que essa forma de estruturação organizacional é utilizada no âmbito da Administração Pública objetivando melhor alocar os recursos públicos, em face da eficiência que deve nortear os atos da Administração (Capítulo I).

Entretanto, mesmo que se mantenha o posicionamento de se imputar à Administração Pública a responsabilidade pelo inadimplemento do prestador de serviços terceirizados perante o trabalhador, o caso deve ser analisado considerando a problematização posta nesta parte do trabalho.

Com efeito, quais são as razões de se adotar um posicionamento diferenciado para casos semelhantes? Nos três casos citados acima, contrato nulo, servidores de serventias de cartórios extrajudiciais e contratos de empreitada, não há que se falar em responsabilidade da Administração Pública nos mesmos moldes da Súmula nº 331 do TST. Embora no contrato nulo haja

alguma responsabilidade, ela é reduzida, pois somente abarca salários não pagos e contribuições ao FGTS, ao contrário da responsabilidade subsidiária, que abrange todo e qualquer débito do empregador.

Para tentar responder esse questionamento é que se faz a abordagem no próximo capítulo.

CAPÍTULO IV – UMA OUTRA ABORDAGEM

1. Responsabilidade subsidiária como Política Pública

Pelo que se verificou ao longo deste trabalho, com base nas análises extraídas dos três capítulos deste trabalho, não há espaço para manutenção da responsabilização subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

Assim, a abordagem que se pretende nesta parte do trabalho envolve uma constatação não jurídica do que se pretende através da imputação de responsabilidade à Administração Pública.

É que, em muitos casos, algumas questões jurídicas que são colocadas não são resolvidas por regras, mas por “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.¹

O termo “política” empregado acima, refere-se:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).²

Portanto, política pública pode ser definida como um “conjunto de atos e não-atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir (ou não intervir) num domínio específico”³, relacionado a uma tentativa de mudança em algum aspecto da sociedade.

Esse conjunto de atos que estabelecem a implementação de uma política, é levada a feito por alguém, uma autoridade pública, “capaz de

¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

² DWORKIN, *idem*, p. 37

³ ARNAUD, André-Jean (coord.) *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 605.

identificar os objetivos sociais, como também de estabelecer os meios para que tais objetivos sejam efetivamente realizados”⁴, e essa autoridade é o Estado.

No caso de se tentar melhorar as condições do trabalhador, tendo em vista que, em tese, este seria o beneficiado pela imputação de responsabilidade ao tomador de serviços, incluem-se diversas formas de políticas públicas que objetivam a sua proteção social.

Proteção social é nome que se dá a formas, em regra institucionalizadas, que as sociedades constituem para proteger parte ou um conjunto de seus membros. Essa proteção decorre de certas vicissitudes da vida natural ou social, tais como a velhice, a doença, o infortúnio e as privações, como o desemprego. Também inclui as formas seletivas de distribuição e redistribuição de bens materiais e culturais, que permitirão a sobrevivência e a integração na vida social. Também se incluem as normas e princípios reguladores que, com o intuito de proteção, fazem parte da vida das coletividades.

A idéia de proteção social é intrinsecamente relacionada à concepção de Estado de Bem-Estar Social⁵, conquanto traduz-se em iniciativas que visam proteger indivíduos contra os riscos inerentes à vida humana e/ou assistir necessidades geradas em diferentes momentos históricos e relacionadas com múltiplas situações de dependência.

Em regra um sistema de proteção social abrange as seguintes políticas públicas: emprego e renda, educação, saúde, previdência e assistência social. Traduzindo-se, assim, em sistemas de assistência social, seguro social e seguridade social.

Entretanto, a questão que se coloca é: poderia o Poder Judiciário criar uma política pública de proteção social ao trabalhador?

Essa formulação é estribada no que se analisou ao longo deste trabalho, tendo em vista que não se sustenta a imputação de responsabilidade à Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

⁴ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de Políticas Públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 4, São Paulo: Método, 2007 p. 42

⁵ Para uma crítica dessa conformação do Estado, vide ROSANVALLON, Pierre. *La Crise de l'Etat-providence*. Paris, França: Éditions du Seuil, 1981.

Conforme Colebatch⁶, somente os membros do Poder Legislativo e os órgãos do Poder Executivo possuem a atribuição de elaborar políticas públicas, tendo em vista que não se encontra na “atividade funcionalmente prevista” do Poder Judiciário essa atividade.

Com efeito, a estrutura funcional dos órgãos do Poder Judiciário é diversa dos órgãos dos outros Poderes. Não se está aqui a afirmar que há uma separação rígida entre os Poderes, mas que a conformação estrutural de um não se confunde com a de outros.

Como se sabe, as funções legislativas, executivas e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes”. Tais órgãos manifestam, embora não exclusivamente, a predominância das funções correspondentes aos seus designativos: Poder Legislativo, Judiciário e Executivo.

Referidas funções, bem como os respectivos órgãos, foram concebidos com o intuito de se impedir a concentração de poderes, preservando-se a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes. Aliás, nesse sentido foi a lição de Montesquieu:

Mas constitui experiência eterna o fato de todo homem que detém poder pode ser levado a dele abusar; avança até onde encontra limites. Quem diria? A própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

(...)

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade alguma, porque pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado produza leis tirânicas para pô-las em execução tiranicamente.

Não há liberdade alguma se o poder judiciário não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia deter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções

⁶ DIAS, *op. cit.*, pp. 42-43.

públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁷

Assim, não há uma separação rígida dos “Poderes”, mas as funções desempenhadas pelo Estado é que são divididas. Até porque as funções executivas, judiciais e legislativas não são as únicas desempenhadas pelo Estado⁸.

Portanto, diante da divisão de funções do Estado, não há como se admitir a criação judicial de políticas públicas que tenderiam a proteger o trabalhador, pois as práticas deliberativas que devem ser adotadas em cada processo de decisão política correspondem ao sistema adotado pela entidade capaz de articular políticas públicas.

Ressalte-se que não se está a afirmar que o Poder Judiciário não possa intervir de modo a identificar os objetivos adotados pelas políticas públicas, mas sim que a incumbência para a elaboração dessas políticas incumbem a órgãos com feições adequadas ao processo de decisão.

Nesse sentido, esclarece Jean Dias⁹:

Dizer que o Judiciário não deve ser o protagonista na elaboração de políticas públicas, ou seja, investir-se na condição de *policy-maker*, significa afirmar que esses atos estão fora do controle judicial em toda situação, mesmo que isso signifique uma violação aos direitos fundamentais reconhecidos pela comunidade?

Parece-nos claro que se trata de duas afirmações que, de modo algum, são conexas. Os argumentos, que sustentam a tese de que não é devido ao Poder Judiciário assumir, a priori, a função de elaborador de políticas, não se prestam a justificar a inexistência de controle judicial.

Ademais, ainda que não se analisasse a questão pela ótica da divisão de funções estruturalmente estabelecida, a decisão em elaborar políticas públicas deve ser desempenhada por aquele que seja capaz de melhor

⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Do Espírito das Leis*. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004, pp. 188-190.

⁸ Como exemplo de outras funções exercidas pelo Estado, citam-se as desempenhadas pelo Ministério Público, arts. 127 *usque* 130 da Constituição.

⁹ DIAS, *op. cit.*, p. 43.

processar as informações a respeito de criação de uma eventual proteção social.

Com efeito, para a tomada de decisão no sentido de se criar uma política pública importa avaliar todas as condições subjacentes, em especial, a provisão de recursos, devendo-se permanecer um leque de discricionariedade para fins de alocação de recursos.

No caso do Judiciário, a decisão é no sentido de conferir um direito, sem analisar outras opções que não lhe são apresentadas. As opções de escolha não são apresentadas ao Judiciário, pois a sua conformação estrutural é a para resolução de litígios, "dando a cada um o que é seu".

Já Administração Pública, por intermédio de sua atividade executiva e legislativa, vale-se da competência discricionária quando da adoção de uma ou outra solução, que é feita pela sua maior liberdade de ação segundo critérios de oportunidade e conveniência. Entretanto, a decisão ocorre após o conhecimento de todas as opções a decidir. Assim, confere-se ao órgão que irá decidir a liberdade de decisão em face das informações que se apresentam disponíveis. Assim, a essência da atividade executiva e da legislativa é optar entre uma ou outra decisão.

Nesse aspecto, o Judiciário é não estruturado para que tenha o conhecimento de todas as opções que possam ser decididas. Portanto, devido a assimetria de informações, a decisão judicial em criar políticas públicas é ineficiente. Pois, "o indivíduo que se depara com várias opções deve fazer uma escolha, e o custo que inibe a decisão será sua própria avaliação das opções que devem ser sacrificadas"¹⁰, e, nesse sentido, o Judiciário não tem como sopesar os custos de uma ou outra escolha, pois não há escolha.

Ademais, como se está a tratar de proteção a direitos do trabalhador, importa considerar, de igual forma, que se está a estabelecer um custo adicional à sociedade. Pois, todo direito possui um custo, tendo em vista que

¹⁰ BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha: uma Indagação em Teoria Econômica*. Tradução Luiz Antônio Pedroso Rafael. São Paulo: Editora Inconfidentes, 1993, p. 102.

“um interesse se transforma em um direito quando um sistema jurídico concreto dedica recursos para defendê-lo”¹¹.

Portanto, caso se pretenda levar em consideração a efetivação do direito que se está procurando proteger, qual seja, crédito do trabalhador, não se pode admitir uma simples “regra”, sob pena de ser considerada somente uma “declaração de intenção” sem efetividade.

Establecer que un derecho tiene costos es confesar que tenemos que conceder algo para preservarlo. Ignorar los costos es dejar estos pagos fuera de la imagen romântica de la defensa de nuestros derechos. Esto lleva a imaginar que los derechos fundamentales son esencialmente gratuitos, es decir sin costo para su preservación.¹²

Assim, para efeito de se admitir a criação de uma política pública de proteção ao trabalhador, deve-se ter condições de considerar os custos de se optar por uma ou outra decisão, pressupondo sempre, que a tomada de decisão importará em custos adicionais à sociedade.

Entretanto, ainda que se admitisse que o Judiciário possa criar políticas públicas nesse sentido, restaria saber qual a razão de sua implementação em relação ao empregado terceirizado.

Através do que se evidencia de alguns trabalhos acadêmicos, terceirização é identificada como uma forma de “precarização” das relações de trabalho¹³, portanto, em razão disso, estaria configurada a preocupação do Judiciário com o trabalhador terceirizado.

¹¹ SOLA, *op. cit.*, p. 827.

¹² SOLA, *idem*, p. 828. No mesmo sentido, é enfático Flávio Galdino: “Levar os direitos a sério é – também e dentre outras coisas – incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas, pois, como já se disse ... **direitos não nascem em árvores**” (GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 347) (grifos do original).

¹³ Nesse sentido, é vasta a bibliografia, a título ilustrativo *vide*: ANTUNES, Ricardo. *O Neoliberalismo e a Precarização Estrutural do Trabalho na Fase de Mundialização do Capital in: Direito Humanos: Essência do Direito do Trabalho. Juízes para a Democracia*, São Paulo: LTR, 2007, pp. 44 e 46; MARCELINO, Paula Regina Pereira. *Honda: Terceirização e Precarização a outra face do toyotismo*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2004, p. 147; GOMEZ, Carlos Minayo e THEDIM-COSTA, Sonia Maria da Fonseca. *Precarização do Trabalho e Desproteção Social: Desafios para a Saúde Coletiva*. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Vol. 4, n. 2: Scielo Public Health, 1999, p. 412; PEREIRA, Guilherme Reis. *Terceirização e Identidades no*

Entretanto, o que seria essa “precarização das relações do trabalho”?

Precarizar seria o ato ou efeito de *tornar precário*. Assim, seria uma forma de *tornar precária* a relação de trabalho. A precariedade referida diz respeito a uma situação em que as relações de trabalho são desprovidas de proteção, ou seja, sem a manutenção de um mesmo patamar ao trabalhador, acarretando, por consequência, em menores direitos ao trabalhador.

Ora, o tratamento que a terceirização recebe no ideário que movimentava os teóricos da “precarização” está no mesmo patamar do denominado “trabalho escravo”, como se as transações econômicas, por si só, denegrissem a figura do trabalhador.

Assim, a denominada “precarização”, não se relaciona com a terceirização, pois nada mais é que uma forma de estruturação organizacional. A diminuição de direitos pode ocorrer em qualquer segmento econômico seja qual for a conformação estratégica da organização, bastando, simplesmente que a regulamentação da atividade laboral (leis, acordos e convenções coletivas) não preveja recomposição patrimonial ou que a sua fiscalização não seja adequada, por parte do Estado ou dos próprios agentes envolvidos (trabalhadores, empregadores e sindicatos).

Em sentido semelhante ao aqui exposto:

Não resta dúvida que a terceirização gera interesses conflitantes entre empregados fixos e contratados. Isso requer um sistema de gestão especial. Contratantes e contratados devem estar sujeitos às mesmas regras básicas no que tange aos métodos gerais de trabalho da empresa e condições de segurança. As diferenças que existem entre seus salários e condições de trabalho não podem justificar desvios dessas regras. Esse é um grande desafio para a gestão dos recursos humanos.¹⁴

Trabalho: estudo comparativo na indústria paulista de celulose, Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas – Política Científica e Tecnológica, Campinas, 2003, p. 76; NIZ, Pedro Alcides Robertt. *Reestruturação produtiva e social em uma empresa globalizada. O caso da Conaprole no Uruguai*, Dissertação (Doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Sociologia – Porto Alegre, 2006, p. 52.

¹⁴ PASTORE, José. *A Modernização das Instituições do Trabalho: Encargos Sociais, Reformas Trabalhista e Sindical*. São Paulo: LTr, 2005, p. 126.

Com efeito, o que se deve questionar é a redução de direitos dos trabalhadores e não a forma de estrutura organizacional, que, em regra, é livre. Para tanto, em cada segmento econômico as eventuais transações de direitos devem ser discutidas no âmbito de representação democrática, qual seja a legislação e a atuação sindical, não se podendo impedir uma forma de relação econômica que não seja proibida por lei.

Assim, torna-se evidente que o que se procura fazer através da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços é um sistema de proteção social. Entretanto, considerando o que foi exposto nesta parte do trabalho, por duas razões principais não se sustenta a imputação de responsabilidade: primeira, o Judiciário não é estruturado funcionalmente para criação de políticas públicas de proteção social, e, segunda, ainda que fosse admissível essa criação de política pública, não há razão para o combate à terceirização, considerando sua licitude.

2. Resguardo de Direitos

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme discutido, não possui respaldo na Teoria da Responsabilidade Civil do Estado. Portanto, por esse motivo, a Súmula 331 do TST não pode prosperar.

Da mesma forma, considerando que a eficiência é um princípio que deve nortear os atos da Administração e que possui como um de seus sustentáculos a percepção de escassez de recursos de que dispõe a sociedade, a imputação de responsabilidade do tomador de serviços terceirizados, aumenta os custos de transação, diminuindo as possibilidades de alocação eficiente dos recursos públicos.

Ademais, conforme acima se pontuou, devido ao que se denomina de “precarização das relações de trabalho”, procura-se por meio de decisões jurídicas (e judiciais) se estabelecer um forma de maior proteção ao trabalhador, uma forma de garantia.

Com efeito, o que se verifica é que a jurisprudência está a fazer é uma forma de proteção social do trabalhador terceirizado. Assim, há a imputação de

responsabilidade do Estado pelo fato de haver uma percepção de falta de amparo social ao trabalhador que é contratado para o desempenho de atividades terceirizadas.

Portanto, esse entendimento procura atribuir a responsabilidade do empregador ao tomador de serviços em nítidas medidas de política de emprego, tratando-se de mera garantia pelo eventual inadimplemento do empregador em face do trabalhador.

Contudo, conforme se evidenciou acima, não é função do Judiciário formular políticas públicas, tendo em vista a sua estruturação funcional. Ainda que se admitisse essa possibilidade, importaria ressaltar que não há qualquer critério para essa espécie de garantia, bastando o simples inadimplemento do prestador de serviços perante o trabalhador. Não se refere a origem dos recursos para o pagamento bem como a forma de administração dos recursos, muito menos se há balizamento de situações diversas, como por exemplo, o tempo de serviço.

Ainda que fosse admissível a hipótese de criação de políticas públicas de proteção ao trabalhador terceirizado, importaria avaliar a imputação de responsabilidade, compreendendo as razões pelas quais a Administração Pública decide terceirizar.

Assim, dentro da “moldura da aplicação do Direito”, haveria que se ponderar entre um interesse individual e o interesse da coletividade, considerando que os recursos utilizados pela Administração são públicos.

Essa afirmação corresponde a uma necessidade em permitir o bem-estar da sociedade, considerando que não se pode descuidar do ambiente onde as transações são celebradas:

Assumir-se-á que, de modo geral, o objetivo dos tribunais é maximizar o bem-estar social. Isso significa dizer que, não raro, as cortes agem para promover o bem-estar das partes contratantes (...). Se, contudo, outras partes são afetadas por um contrato, então o bem-estar dessas partes, que não participam do pacto, da mesma forma, assumir-se-á serem levadas em consideração pelo tribunal¹⁵

¹⁵ No original: “It will generally be assumed that the goal of courts is to maximize social welfare. This will usually mean that courts act further the welfare of the parties to the

Portanto, o caso merece uma ponderação¹⁶ entre o interesse individual que, em tese, foi prejudicado, tendo em vista o inadimplemento contratual do empregador, e o interesse da sociedade, que, por razões de eficiência, requer uma melhor utilização dos recursos públicos.

Por outro lado, resta saber se a sociedade suportaria mais um direito, sem uma correspondente e adequada provisão de recursos para lhe dar sustentação.

Ademais, deve ficar claro que, nessa tentativa de proteger o trabalhador terceirizado, impondo obrigações ao tomador de serviços como forma de garantia ao crédito, cria-se uma forma discriminatória de proteção.

Com efeito, os modelos comparativos utilizados no Capítulo III não sofrem o mesmo tratamento pela jurisprudência. Qual seria a razão de se tratar o trabalhador que prestou diretamente os serviços, só que sem a interposição prévia do concurso público, em piores condições do que o trabalhador que prestou de forma terceirizada? Da mesma forma, qual seria a razão de não se pagar o trabalhador do empreiteiro ou do trabalhador de serventias de cartórios extrajudiciais?

Da mesma forma, nas relações de índole privada, evidencia-se um tratamento discriminatório, tendo em vista que privilegia o trabalhador terceirizado em detrimento daquele que não seja contratado nessas condições.

Um empregado que presta serviços a um órgão público ou a uma organização por outra interposta terá a garantia de seus eventuais créditos ao contrário de outro empregado que presta serviços diretamente a uma organização.

A situação pode ser agravada, como, por exemplo, em caso de dois empregados, A e B, sendo que o primeiro possui 12 (doze) meses de emprego

contract. (...) If, however, other parties are affected by a contract, then the well-being of these parties outside the contract will also be assumed to be taken into account by the court." SHAVEL, *op. cit.*, p. 294.

¹⁶ "A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa" GADAMER, *op. cit.*, p. 433.

e o último 1 (um) mês. O primeiro presta serviços a uma empresa X e o segundo a uma empresa Y que por sua vez é prestadora de serviços terceirizados a um órgão público. Na hipótese de ambas empresas tornarem-se insolventes, com passivo ZERO, somente o empregado B receberá algum crédito empregatício por ventura existente, por quanto somente a empresa Y que prestava serviços terceirizados.

Perceba-se que a situação é complexa, pois em caso de ambas empresas nunca terem pago qualquer crédito a ambos trabalhadores, somente um, B, receberá, embora tenha prestado serviços por somente 1 (um) mês.

Portanto, diante das considerações feitas neste trabalho, não há como prevalecer a responsabilização do tomador de serviços diante da inadimplência do empregador, conquanto, ainda que se admitisse a criação de alguma política pública pelo Judiciário, não seria a melhor medida de proteção ao trabalhador.

Com efeito, algumas hipóteses de resguardo aos créditos do trabalhador podem ser melhor empregadas, sem a necessidade de imputação de responsabilidade ao tomador de serviços. Nesse sentido, cita-se o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Verbete de Jurisprudência do Tribunal Pleno nº 37/2008):

RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. SÓCIOS DO DEVEDOR PRINCIPAL. RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. ORDEM DE EXECUÇÃO. O direcionamento da execução contra o tomador de serviços em razão da responsabilidade subsidiária reconhecida, somente deve ocorrer após as tentativas frustradas de se promover a execução contra o devedor principal, seus sócios e administradores, **em razão da desconsideração da sua personalidade jurídica.** (grifou-se)

Obviamente que o caso está a tratar da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331 do TST, o que, conforme se pode perceber ao longo deste trabalho, não se concorda. Entretanto, a segunda parte do Verbete é perfeitamente aplicável, pois poderia significar uma “desconsideração automática” da personalidade jurídica, considerando ser, desde que detectado judicialmente, uma hipótese de “abuso de direito” por parte do empregador.

Com efeito, em razão da imputação de responsabilidade ao tomador de serviços subverte-se a lógica da responsabilização, qual seja, de que o empregador de fato cumpra com as suas obrigações perante o trabalhador. Nesse aspecto, admite-se, por força desse entendimento, um incentivo ao “comportamento oportunista” por parte do prestador de serviços terceirizados, o que vai de encontro à idéia ou percepção de proteção aos créditos do trabalhador.

Portanto, a possibilidade de desconsideração de forma automática do empregador, poderia ser uma alternativa a situações de resguardo dos direitos do trabalhador terceirizado.

De qualquer forma, ressalte-se que a “efetividade de qualquer categoria de direitos requer um investimento não só em termos econômicos, mas também no que diz respeito aos recursos comunicativos e à mobilização dos sujeitos interessados”¹⁷. O que significar dizer que há a necessidade de intersecção dos mecanismos de representação democrática, propiciando-se o debate aberto a respeito do tema, inclusive no sentido de origem de recursos em se tratando de responsabilidade da Administração Pública.

¹⁷ BACCELLI, Luca. Maquiavel, a Tradição Republicana e o Estado de Direito. In: *O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica*. Pietro e Danilo Zolo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 539.

CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ressaltado no primeiro capítulo deste trabalho, o instituto da terceirização serve como uma forma de estratégia formulada de acordo com a conformação da organização em face de sua competência essencial. A terceirização visa reduzir custos de transação de modo que a organização (e o Estado aí considerado) possa se dedicar a atividades que realmente importam. Em relação à Administração Pública, as fórmulas de estratégia organizacional ganham relevo, considerando a necessidade de alocação eficiente de recursos públicos, tendo em vista que estes são escassos.

Nesse sentido, não há qualquer instrumento legal que proíba essa forma relação econômica, seja em relação à atividade privada ou pública, embora no tocante a esta haja algumas restrições atuais, conforme referido também no primeiro capítulo deste trabalho. Em face dessa constatação, haveria de se perquirir a respeito da imputação de responsabilidade do tomador de serviços, pois a terceirização visa reduzir custos.

Com efeito, considerando que a terceirização é uma forma estratégica de melhor alocação de recursos, a responsabilidade subsidiária vai de encontro a esse entendimento. Assim, a assunção de responsabilidade pelo tomador de serviços terceirizados aumentam os custos de transação, o que acaba por tornar inviável esse tipo de contratação.

Visando analisar os argumentos que foram utilizados pelo TST para atribuir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, fez-se uma análise da responsabilidade do Estado e sua correspondência ao tema.

Pelo que se concluiu do exposto no segundo capítulo deste trabalho, responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento do empregador prestador de serviços não encontra respaldo na Teoria da Responsabilidade do Estado.

Com efeito, conforme já se afirmou, podem-se admitir duas formas de responsabilidade do Estado: a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade do Estado na forma objetiva se dá em razão do risco administrativo, onde há a responsabilização se, e somente se, há nexos entre a conduta do Poder Público e o evento danoso. Portanto, torna-se necessária a identificação do ato da Administração que daria ensejo ao dano, o que, em regra, não é feito nos casos de imputação de responsabilidade subsidiária ao Estado enquanto tomador de serviços terceirizados. Não se está a dizer que o ato da Administração seja identificado com o dano, mas sim que haja uma correspondência, um nexo entre o ato e o dano, tal como exigido pela Constituição, que exige a “causação” do resultado¹⁸

Já a responsabilidade subjetiva refere-se a situações de omissão do Poder Público. Assim, caso se adote que a responsabilização por encargos trabalhistas do prestador de serviços terceirizados decorra da omissão do Estado, considerando as culpas *in vigilando* e *in eligendo*, haverá que se perquirir as condutas culposas do agente público (dolo e culpa *stricto sensu*), o dano efetivamente sofrido, não se podendo admitir generalizações de presunção, e o nexo entre a conduta e esse dano. Ocorre que essa investigação em regra não é feita.

Entretanto, ainda que assim não se percebesse, haveria a necessidade de se perceber as conseqüências de adoção de um ou outro tipo de responsabilidade, bem como analisar a eficiência da regra de responsabilidade ao caso.

Assim, pelo que se demonstrou no capítulo anterior, não foi feita qualquer análise a respeito de como a imputação de responsabilidade afeta a sociedade.

Entretanto, caso se adote uma ou outra forma de se imputar a responsabilidade à Administração Pública (objetiva/incondicional ou subjetiva/com culpa), enquanto tomadora de serviços terceirizados, os seus efeitos devem ser considerados, tendo em vista o próprio trabalhador e o bem estar da sociedade. Neste aspecto, a assunção de um regime de

¹⁸ Art. 37, § 6º - “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, **causarem** a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifou-se)

responsabilidade contribui para aumenta o nível de incerteza no ambiente em que são realizadas as transações, aumentando, sobremaneira o seu custo.

Por esse fato – aumento do nível de incerteza – os custos de transação nos contratos de terceirização de serviços são maiores, podendo acarretar em dificuldades em se decidir terceirizar.

Ocorre que essa dificuldade, em casos de relações entre organizações privadas, gera uma potencial perda de crescimento na riqueza da sociedade e impede, da mesma forma, o crescimento econômico e o nível de emprego, tendo em vista que, em alguns casos, a organização somente poderia sobreviver em face do fora decidido em termos estratégicos e, considerando essa impossibilidade, não haverá estabelecimento de contratações em termos de terceirização.

No tocante à Administração Pública, considerando o aumento dos custos de transação, sendo, portanto, mais vantajoso contratar verticalmente, haverá uma influência também na diminuição do mercado de organizações que possuem como competência essencial a prestação de serviços terceirizados, o que pode levar ao desemprego dos trabalhadores que são contratados diretamente por esse tipo de organização.

Por outro lado, considerando que, em caso de contratação com o Poder Público, há instrumento legal isentando o tomador de serviços, a questão foi colocada no terceiro capítulo deste trabalho considerando os limites da interpretação considerando o texto legal.

Com efeito, considerando que o disposto no art. 71, § 1º da Lei de Licitações, deve-se considerar até que ponto se pode desconsiderar um texto quando ele é colocado diante do intérprete. Nesse sentido, embora não se possa admitir entendimentos unívocos, em face da universalidade hermenêutica, fez-se uma defesa da literalidade do texto.

Esse posicionamento se dá em razão da necessidade de redução da incerteza no ambiente institucional de modo a permitir que contratações sejam feitas e que se mantenham o desenvolvimento das transações

Ademais, a defesa da literalidade do texto se coaduna com outros entendimentos que são feitos pela jurisprudência, como os citados de forma

comparativa na responsabilidade dos contratos nulos, servidores de serventias em cartórios extrajudiciais e contratos de empreitada. Assim, não haveria espaço para tratamento diferenciado de situações semelhantes.

Portanto, o entendimento sumulado do TST não encontra fundamento na responsabilidade do Estado e, além disso, desconsidera o texto legal, sem ter utilizado os mecanismos de controle de constitucionalidade que poderiam ser adequados ao caso, tendo em vista a referência ao art. 37, §6º da Constituição. Da mesma forma, repise-se, a responsabilidade subsidiária vai de encontro com a própria essência da terceirização, pois aumenta os custos de transação.

Contudo, caso se mantenha esse entendimento, ou seja, de se admitir a responsabilização do tomador de serviços em contratos de terceirização de serviços, deve-se investigar as prováveis razões dessa tomada de decisão jurídica, o que se fez nesta parte final do trabalho. Nesse sentido, constata-se que se está a fazer é elaborar uma política pública de proteção social ao trabalhador.

Ocorre que esta não é a melhor medida para tal intento, conforme se pontuou acima. Existem outras maneiras mais adequadas para o resguardo de direitos do trabalhador que não a responsabilidade do tomador de serviços, como ilustrativamente se afirmou a respeito de, diante do comportamento oportunista do empregador, reconhecer-se a desconsideração da personalidade jurídica de maneira automática.

Portanto, diante das considerações feitas neste trabalho, não há como prevalecer a responsabilização do tomador de serviços diante da inadimplência do empregador, conquanto, ainda que se admitisse a criação de alguma política pública pelo Judiciário, não seria a melhor medida de proteção ao trabalhador.

Entretanto, caso se adote a percepção de que se devam estabelecer novas formas de resguardo de direitos, importa considerar as formas por que passam esses processos de escolha no sistema jurídico-político, o que representa afirmar a necessidade de interposição comunicativa em espaços adequados de representação democrática.

Portanto, para concluir, a questão pelo reconhecimento e proteção de direitos ao trabalhador vai além da imputação de responsabilidade, pois nesses casos, já teria havido, em tese, a violação do direito. Importa, antes, em participação efetiva no processo decisório da sociedade, não se questionando situações que buscam volver ao *statu quo ante*, de modo a estabelecer mecanismos de resguardo ao direito.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. *Terceirização: Anomia Inadmissível*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 22.10.2008.

AFTALIÓN, Enrique *et alli*. *Introducción al Derecho*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

ANTUNES, Ricardo. *O Neoliberalismo e a Precarização Estrutural do Trabalho na Fase de Mundialização do Capital in: Direito Humanos: Essência do Direito do Trabalho. Juízes para a Democracia*, São Paulo: LTR, 2007.

ARAÚJO, Leandro dos Reis de. *Análise sobre a Atividade do Upstream da Indústria de Petróleo Brasileira (1997-2003)*. Monografia de Bacharelado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia: Rio de Janeiro, setembro, 2004.

ARNAUD, André-Jean (coord.) *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BACCELLI, Luca. Maquiavel, a Tradição Republicana e o Estado de Direito. In: *O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica*. Pietro e Danilo Zolo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha: uma Indagação em Teoria Econômica*. Tradução Luiz Antônio Pedroso Rafael. São Paulo: Editora Inconfidentes, 1993.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília*, 10 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília*, 1º mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL, Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Brasília, 3 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm> Acesso em: 10 nov. 2008.

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> Acesso em: 16 jan. 2009.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL, Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Brasília, 18 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm> Acesso em: 10 dez. 2008.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL, Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 (IN/SLTI nº 02/2008). *Dispõe sobre regras e diretrizes para contratação de serviços continuados ou não*. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, 02 de maio de 2008. Retificação: *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, 23 de maio de 2008, páginas 127 a 129.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação em Mandado de Segurança nº 96.01.45848-4/DF*, Rel. Julier Sebastião da Silva, Brasília, publicado no DJ em 14.01.2002.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.022543-4/DF*, Rel. Daniel Paes Ribeiro, Brasília, publicado no DJ em 17.12.2007.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.032697-3/DF*, Rel. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Brasília, publicado no DJ em 21.01.2008.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 12ª Vara do Trabalho. *Sentença nº 00636-2005-012-10-00-0*, Juiz Alexandre Nery de Oliveira, Brasília, publicado no DJ em 14.11.2005.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso Ordinário nº 00592-2006-013-10-00-5*, Rel. Maria Piedade Bueno Teixeira, Brasília, publicado no DJ em 30.03.2007.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Verbete de Jurisprudência nº 11/2004 do Tribunal Pleno*, Brasília, publicado no DJ em 17.07.2008.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Verbete de Jurisprudência nº 37/2008 do Tribunal Pleno*, Brasília, publicado no DJE em 05.12.2008.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso Ordinário nº 00240-2008-004-10-00-0*, Rel. Alexandre Nery de Oliveira, Brasília, publicado no DJ em 16.01.2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário em Agravo Regimental nº 235.524/AC*, Rel. Sepúlveda Pertence, Brasília, publicado no DJ em 20.08.2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 382.054/RJ*, Rel. Carlos Veloso, Brasília, publicado no DJ em 01.10.2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento em Agravo Regimental nº 512.698/AC*, Rel. Carlos Veloso, Brasília, publicado no DJ em 24.02.2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16*, Requerente: Governador do Distrito Federal. Rel. Cézar Peluso, Brasília, proposta em 07.03.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 341776*, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, publicado no DJ em 03.08.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 10*. Brasília, publicado no DJE nº 117/2008, p. 1, em 27.06.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Reclamação nº 6.970-2*, Rel. Ricardo Lewandowski, Brasília, publicado no DJ em 13.11.2008.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 889/81*, Ac. 2ª T 377/82, Rel. Marcelo Pimentel, Brasília, julgado em 02.03.1982.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 44.058/92.6*, Ac. 1ª T. 3..308/92, Rel. Afonso Celso, Brasília, publicado no DJ em 04.12.1992.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 42.286/91.9*, Ac. 4ª T. 2.936/92, Rel. Leonaldo Silva, Brasília, publicado no DJ em 12.02.1993.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 41.486/91.2*, Ac. 3ª T. 46/92, Rel. Manoel Mendes de Freitas, Brasília, publicado no DJ em 26.03.1993.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 45.956/92*, Ac. 3ª T. 5.251/92, Rel. Roberto Della Manna, Brasília, publicado no DJ em 06.08.1993.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 43.279192.2*, Ac. 2ª T. 631/93, Rel. João Tezza, Brasília, publicado no DJ em 18.06.1993.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 0211/90.6*, Ac. SDI n. 2.333/993, Rel. Cnéa Moreira, Brasília, publicado no DJ em 03.09.1993.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução Administrativa nº 23.97*, de 17 de dezembro de 1993, publicado no DJ em 21.12.1993.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução nº 96, do Tribunal Pleno, de 11 de setembro de 2000*, publicado no DJ em 18, 19 e 20.09.2000.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) nº 297751*, Rel. Milton de Moura França, publicado no DJ em 20.10.2000.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 474069/98*, Rel. Rider de Brito, Brasília, publicado no DJ em 25.06.2002.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 422.863/1998*, Rel. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Brasília, publicação no DJ em 19.09.2003.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução nº 121, do Tribunal Pleno, de 28 de outubro de 2003*, publicado no DJ em 19, 20 e 21.11.2003.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 162/2001-022-09-00.5*, Rel. João Batista Brito Pereira, Brasília, publicação no DJ em 23.11.2007.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais - SBDI-1, SBDI-2 e SDC - e Precedentes Normativos*. Diretoria-Geral da Secretaria do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 10.12.2008.

CABRAL, Sandro. *Terceirização de Processos Industriais sob a ótica da Economia dos Custos de Transação*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração: Salvador, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

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

CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações*. Rio de Janeiro: IPEA, outubro de 2005.

_____ e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

CAVALCANTI, José Carlos e MAC DOWEL, Maria Cristina. *Contribuições Recentes à Teoria da Integração Vertical*, 1995, p. 8. Disponível em: <<http://www.decon.ufpe.br/integ1.htm>> Acesso em: 10.03.2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6 ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e Compreensão*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 3 edição, São Paulo: Ltr Editora, 2004.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de Políticas Públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 4, São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Em xeque: Unibanco é acusado de terceirização ilegal de funcionários. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 03.06.2004.

FARIA, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FARINA, Elisabeth *et alli*. *Competitividade, Mercado, Estado e Organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

FILHO, Sérgio Carvalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 9 ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método Vol. 1: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 8 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Método: São Paulo, 2007.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GOMEZ, Carlos Minayo e THEDIM-COSTA, Sonia Maria da Fonseca. *Precarização do Trabalho e Desproteção Social: Desafios para a Saúde Coletiva*. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Vol. 4, n. 2: Scielo Public Health, 1999.

GUESTRIN, Sergio G. *Fundamentos para un Nuevo Análisis Económico del Derecho: De las Fallas del Mercado al Sistema Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HODGSON, Geoffrey M. *What are Institutions?* Journal of Economic Issues, Vol. XL nº 1, March, 2006.

INÁCIO, Sandra Regina da Luz. *A Força do Core Business*, p. 1. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos>>. Acesso em: 18/10/2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Denise Hollanda Costa. *Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. *Honda: Terceirização e Precarização a outra face do toyotismo*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELES, Cláudio Alcântara. *A responsabilidade solidária e subsidiária no direito do Trabalho*, Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região nº 3: Brasília, novembro, 2000, p. 5, obtido em <<http://www.prt21.mpt.gov.br>> em 20.03.2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, 20 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 1ª Parte, Volume 4*. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Do Espírito das Leis*. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de Direito do Trabalho*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NETO, João Amato. *Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação*. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 32, nº 2, Mar./Abr., 1995.

NIZ, Pedro Alcides Robertt. *Reestruturação produtiva e social em uma empresa globalizada. O caso da Conaprole no Uruguai*, Dissertação (Doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Sociologia – Porto Alegre, 2006.

NORTH, Douglas C. *Custos de Transação, Instituições e Desempenho Econômico*. Tradução Elizabete Hart. 3 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

PASTORE, José. *A Modernização das Instituições do Trabalho: Encargos Sociais, Reformas Trabalhista e Sindical*. São Paulo: LTr, 2005.

PEREIRA, Guilherme Reis. *Terceirização e Identidades no Trabalho: estudo comparativo na indústria paulista de celulose*, Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas – Política Científica e Tecnológica, Campinas, 2003.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução: Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de (org.). *Manual de Economia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORIN, José Luiz e PLATÃO SAVIOLI, Francisco. *Para entender o texto: leitura e redação*. 16ª ed. 8ª reimp., São Paulo: Ática, 2005.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RABELO, Socorro, LEOCÁDIO, Leonardo e FERRAZ, Serafim. *Análise da Gestão de Pessoas na Terceirização de Atividades-Fim no Setor Financeiro Cearense*. III CNEG – Niterói, RJ, Brasil, 17, 18 e 19 de agosto de 2006.

RESENDE, Wilson. A Terceirização acabou? *Revista de Administração de Empresas – FGV/SP*. São Paulo, v. 37, nº 4. Out-Dez, 1997.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROJAS, Ricardo Manuel. *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. *La Crise de l'Etat-providence*. Paris, França: Éditions du Seuil, 1981.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*. 1º Vol. 21 ed. São Paulo: 1999

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: Editora Método, 2007.

SEBRAE (org.). Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2008/Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas; Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [responsável pela elaboração da pesquisa, dos textos, tabelas e gráficos]. Brasília, DF : DIEESE, 2008.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Terceirização e Reestruturação Produtiva*. São Paulo: LTr, 2008.

SOLA, Juan Vicente. *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

SHAVEL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. Coleção Professor Gilmar Mendes, Vol. 1. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Lucio Benetti (org.). *Direito e Economia*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Décio e NEVES, Marcos Fava (org.). *Economia e Gestão de Negócios Agroalimentares*. São Paulo: Pioneira, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

_____. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996.