

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Contratos e
Responsabilidade Civil

Thales Augusto Rizzi Donato

A Administração Pública e o Inadimplemento
de Verbas Trabalhistas por Empresa
Terceirizada: Responsabilidade Civil Objetiva,
Subjetiva ou Irresponsabilidade?

Brasília - DF

2012

Thales Augusto Rizzi Donato

**A Administração Pública e o Inadimplemento
de Verbas Trabalhistas por Empresa
Terceirizada: Responsabilidade Civil Objetiva,
Subjetiva ou Irresponsabilidade?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Contrato e Responsabilidade Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Contratos e Responsabilidade Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Prof. Antônio Umberto de Souza Júnior

Brasília - DF

2012

Thales Augusto Rizzi Donato

**A Administração Pública e o Inadimplemento
de Verbas Trabalhistas por Empresa
Terceirizada: Responsabilidade Civil Objetiva,
Subjetiva ou Irresponsabilidade?**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de especialista em Contrato e
Responsabilidade Civil, no Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* em Contratos e
Responsabilidade Civil do Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

RESUMO

O presente ensaio se dedica ao estudo da responsabilidade civil da Administração Pública pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas a uma empresa prestadora de serviços a seus funcionários. Propõe-se, assim, a identificação do campo de abrangência da norma contida no art. 71, parágrafo 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como do enunciado de número 331, inciso IV, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, que versam especificamente sobre a matéria. Para tanto, o estudo de institutos pertencentes ao Direito Civil, ao Direito do Trabalho e ao Direito Administrativo, tais como responsabilidade civil e terceirização, se mostra imprescindível. Em que pese a importância do estudo de tais institutos, justamente por comporem substrato teórico necessário ao enfrentamento científico do problema, tal não pode dar-se isoladamente. Com efeito, o estudo que se propõe prima também pela análise de emblemáticos precedentes hauridos da jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. Dada a importância da matéria, a escassez da literatura sobre o assunto e a existência de entendimentos jurisprudenciais antagônicos, impera a necessidade do presente trabalho monográfico, que na medida do possível, visa contribuir para uma maior reflexão sobre o assunto.

Palavras-chave: Terceirização trabalhista; Responsabilidade Civil e Administração Pública.

ABSTRACT

This essay is dedicated to the study of civil liability of Public Administration by the breach of contract between a labor service company to its employees. It is proposed, therefore, to identify the scope of the article 71, paragraph 1, of the bidding and administrative contracts law, and the statement number 331, item IV of the Summary of the Superior Labor Court, which focus specifically on the matter. Thus, the study of institutions belonging to the Civil Law, the Labour Law and Administrative Law, such as civil liability and outsourcing, it shows essential. Despite the importance of the study of such institutions, precisely because theoretical background necessary to compose the face of the scientific problem, it cannot give up alone. Indeed, this study also recognizes the importance of analysis of precedents of the Supreme Court and the Superior Labor Court. The importance of the matter, the paucity of literature on the subject and the existence of antagonistic jurisprudential understandings, dictates the necessity of this monograph, which as far as possible, aims to contribute to further reflection on the subject.

Keywords: Outsourcing Labor, Liability and Public Administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO	9
1.1. A Terceirização nas Relações Empresariais. Surgimento e Evolução do Instituto nos Campos da Realidade e do Direito	9
1.2. O Fenômeno da Terceirização no Âmbito da Administração Pública	14
2. APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.1. Escopo do presente Capítulo	22
2.2. Aspectos Gerais sobre a Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro	22
2.3. Distinção entre “débito” e “responsabilidade”	25
2.4. Responsabilidade Civil Contratual e Aquiliana – Critérios de Distinção	27
2.5. Enquadramento do Presente Estudo no Contexto da Responsabilidade Civil Aquiliana	31
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CAMPO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA	34
3.1. Responsabilidade Civil do Estado	34
3.1.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado	34
3.1.2 Teoria da Responsabilidade com Culpa Civil Comum do Estado.....	35
3.1.3 Teoria da Culpa Administrativa	35
3.1.4 Teoria do Risco Administrativo.....	36
3.1.5 Teoria do Risco Integral	37
3.2. Responsabilidade Civil Estatal segundo a Constituição.....	38
3.3. A Responsabilidade da Administração pelo Inadimplemento de Verbas Trabalhistas pela Prestadora de Serviços na ótica do STF – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16	41
CONCLUSÕES	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O tema basilar do presente ensaio – A Administração Pública e o Inadimplemento de Verbas Trabalhistas por Empresa Terceirizada: Responsabilidade Civil Objetiva, Subjetiva ou Irresponsabilidade? –, ademais de se mostrar cada vez mais pertinente e atual no âmbito doutrinário, tem sido objeto de calorosas discussões e mudanças de tratamento no campo da jurisprudência pátria.

Dita pertinência e atualidade se verifica não só pelo desenvolvimento da doutrina no campo da responsabilidade Civil do Estado, mas também, e principalmente, pelas mudanças de perspectiva constatadas nos tribunais do país, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade de número 16.¹

Com efeito, alguns julgados recentes, principalmente o referente à ADC 16, têm rompido com a velha tradição de se tomar como verdade absoluta entendimentos já consolidados e muitas vezes intocados. Nesta seara, tem-se feito uma releitura do enunciado de número 331, inciso IV da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, que inclusive veio a ser alterado², bem como se atentado mais

¹ É o que se extrai do seguinte trecho do informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal: INFORMATIVO Nº 610. TÍTULO ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – 3. PROCESSO ADC – 16. Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“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.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

² Enunciado 331, IV - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019,

de perto para o que disciplina o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93³, que também trata do assunto.

Insta também salientar a riqueza do tema, haja vista que, dependendo da orientação teórica a ser seguida, conclusões diametralmente opostas ou até mesmo temperadas são atingidas. Isto significa que o tema é complexo e deve ser estudado à luz do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência, o que de fato se pretende no trabalho a ser desenvolvido. Com isso, ambiciona-se contribuir para uma reflexão ainda mais aprofundada e sistematizada sobre o assunto.

Tecidas as considerações propedêuticas, passa-se à problematização e à exposição das hipóteses que servirão de norte ao desenvolvimento do presente ensaio.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), em seu art. 71, §1º⁴, possui redação expressa no sentido de imunizar a Administração Pública contra eventual imputação de responsabilidade pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas por empresa terceirizada a seus funcionários.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, ao consolidar o entendimento plasmado na antiga⁵ redação do inciso IV, do enunciado de número 331 de sua Súmula (conforme redação dada pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000), adotou

de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

³Art. 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.

⁴Vide nota de rodapé de número 3.

⁵A expressão “antiga redação” refere-se ao fato de que o enunciado em estudo sofreu nova alteração no final de 2011, por influência do entendimento adotado pela Corte Suprema, no julgamento da ADC 16, já mencionada.

orientação diametralmente contrária, ao firmar juízo no sentido de que a Administração Pública deve sim responder, ainda que subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador.

Como se não bastasse a divergência entre aqueles que entendem aplicável o dispositivo legal e os que adotam o entendimento que havia sido sumulado, existem posicionamentos intermediários, que condicionam a responsabilidade da Administração Pública a outros fatores. Um bom exemplo seria a configuração de desídia por parte da entidade estatal na fiscalização da idoneidade financeira da empresa terceirizada.

Afinal, em que hipóteses a Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, deve responder pelo inadimplemento de empresa terceirizada para com a quitação de verbas trabalhistas vencidas e não pagas pela segunda a seus empregados? O supramencionado dispositivo legal deve ser aplicado sem ressalvas? Merece razão o entendimento que atribui à Administração a responsabilidade subsidiária? Ou seria o caso de se adotar uma orientação intermediária? Em caso de existir a responsabilidade do ente público, esta seria objetiva ou subjetiva? Eis o cerne do problema a ser enfrentado.

Ao que parece, *primo ictu oculi*, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16 andou bem ao relativizar a antiga orientação sumulada pelo TST, na medida em que reconhece a complexidade do tema e a necessidade de se analisar cada caso concreto a fim de se imputar ou não responsabilidade civil à Administração Pública.

Contudo, nem mesmo este entendimento encontra-se isento de críticas, pelo que se faz extremamente necessário o aprofundamento no tema e a verificação da melhor solução possível para a problemática que se coloca.

Apresentadas estas noções introdutórias, passa-se à exposição dos capítulos integrantes deste trabalho monográfico.

O capítulo inaugural, intitulado “O Fenômeno da Terceirização no Âmbito da Administração Pública” compõe-se de dois tópicos. No primeiro deles, serão estudadas a gênese e a evolução do fenômeno da terceirização no campo das

relações privadas. O segundo, por sua vez, versa sobre a aplicação do instituto no âmbito da Administração Pública.

O segundo capítulo será destinado à realização das considerações teóricas tidas por essenciais à compreensão da problemática a ser enfrentada. Neste passo, institutos basilares pertencentes ao Direito Civil serão estudados, com especial enfoque para a Responsabilidade Civil e suas peculiaridades.

No terceiro capítulo, serão examinados e comparados os entendimentos colhidos da doutrina e da jurisprudência acerca do tema proposto, com especial enfoque para as teorias que, mais de perto, se relacionam com a questão da responsabilidade civil do Estado.

Por fim, serão apresentadas nossas conclusões à luz do que foi estudado ao longo de todo trabalho.

1. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

1.1. A Terceirização nas Relações Empresariais. Surgimento e Evolução do Instituto nos Campos da Realidade e do Direito

A terceirização de empresas é instituto relativamente novo no sistema de produção capitalista, tendo surgido com o nascimento de um modelo de produção conhecido como toyotismo⁶. Tal sistema, de modo gradativo, veio para substituir o antigo modelo fordista de produção, tornando-se o precursor e principal expoente do atual arquétipo produtivo adotado no Brasil e no Mundo.

A diferença fundamental entre ambos os modelos (fordista e toyotista) insere-se no campo da (des)concentração das atividades empresariais. Com efeito, enquanto no fordismo toda linha de produção é agregada por uma só pessoa (física ou jurídica), tal não ocorre no sistema toyotista, onde empresas diversas contribuem, em conjunto, para o desenvolvimento e o sucesso de determinado empreendimento. Em outras palavras, a cada empresa é atribuída a execução de determinada tarefa⁷.

O sistema toyotista, criado pelos japoneses na década de 1950, parte do pressuposto de que é melhor para o empreendimento limitar-se ao núcleo principal da produção, relegando as atividades secundárias (atividades-meio) para empresas subcontratadas – trata-se do fenômeno da terceirização. Com isso, melhora-se a produtividade e aumentam-se os lucros. É o que se depreende do conceito de terceirização extraído do Dicionário Jurídico organizado por Maria Helena Diniz, para quem tal fenômeno consiste no:

direito de contratar terceiro para melhor atingir o objetivo social. A terceirização pode abranger tanto o *outsourcing* (transferência total de certos setores da empresa a terceiros) como o *multisourcing* (segmentação de terceirização de um departamento da empresa entre várias empresas), tendo por escopo a redução de custos e a ampliação dos benefícios da especialização. Com a terceirização, a empresa reduz não só o quadro de pessoal, a massa salarial e os encargos trabalhistas, como também os custos fixos e operacionais e os preços de consumo; aumenta sua produtividade; e provoca uma mutação na sua estrutura organizacional. A empresa passa a se concentrar em suas atividades essenciais, terceirizando as não

⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr. 2008. p. 197.

⁷ *Idem*.

essenciais, como as de segurança, transporte, limpeza, alimentação, processamento de dados, serviços médicos etc. Assenta-se na parceria empresário e trabalhador especializado, que efetua atividades-meio, agilizando, com isso, suas atividades fins.⁸

Para Marly A. Cardone, a terceirização consiste no “fenômeno da transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa que não aquela que, primitivamente, os produzia”⁹.

Verifica-se, assim, que o fenômeno da terceirização empresarial está umbilicalmente ligado à mudança de paradigma operada na transição do modelo fordista para o modelo toyotista de produção, visando assim à obtenção de maiores lucros e resultados cada vez mais satisfatórios por meio da descentralização das atividades empresariais¹⁰.

Com o passar dos anos, a terceirização de empresas ganhou fundamental relevância no contexto do atual modelo de produção capitalista mundial, sendo

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 646.

⁹ CARDONE, Marly. *A Terceirização e seus reflexos no Direito do Trabalho*, in Revista de Direito do Trabalho nº 80, Revista dos Tribunais, dez/92. p. 18.

¹⁰ Impende registrar interessante digressão feita por João de Lima Teixeira Filho, quando da atualização da obra coletiva *Instituições de Direito do Trabalho*, onde trata da diferenciação entre os modelos da verticalização e da horizontalização, fenômenos estes que influenciaram sobremaneira a construção de nosso ordenamento em matéria de direito do trabalho: “O processo de mudança por que passa a economia instiga a reflexão sobre a forma mais apropriada de se organizar a empresa, capacitando-a a responder aos desafios provocados pela modernidade e pela crescente competitividade empresarial e exigências dos consumidores, sobretudo após a formação dos grandes blocos geoeconômicos (a União Européia, o Nafta, o Mercosul, os ‘Tigres Asiáticos’ de industrialização recente etc.). Entram em cena os modelos da verticalização e da horizontalização da atividade econômica, significando aquela a centralização funcional, vale dizer, unifica-se sob o comando único todas as atividades que, direta ou indiretamente, concorrem para o empreendimento percorrer todas as etapas de produção e, assim, atingir sua finalidade. A Constituição Federal de 1988 tratou da verticalização, em atividade básica e de porte. Assegurou às empresas estrangeiras a exploração mineral desde que ‘tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado à industrialização no território nacional, em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada’ (art. 44, §1º, do ADCT). Aí estão as etapas verticalizadas do processo produtivo na área de mineração: extração do bem mineral, seu beneficiamento e posterior industrialização. Com a horizontalização se passa movimento oposto: dá-se a desconcentração industrial, isto é, o desmonte ou descarte de atividades acessórias ou intermediárias para que a empresa enfoque seu negócio principal. Deste modo, abrem-se espaços, de um lado, para o aparecimento de empresas especializadas, de aprimorada técnica produtiva e alta qualidade de serviços, enquanto, de outro lado, a empresa reorganizada tende a experimentar melhores condições de dirigibilidade do negócio, incremento de produtividade e de salários, redução de custos operacionais etc. É neste último modelo que brota e viceja a terceirização.” (SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO. João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 274).

adotado atualmente por inúmeras sociedades empresárias de grande e de médio porte¹¹.

No Brasil, tal fenômeno ficou evidenciado com maior peso a partir dos anos de 1980, quando se intensificou o estabelecimento de empresas transnacionais em território nacional, notadamente no ramo automobilístico. Atualmente, inúmeras sociedades empresárias brasileiras e estrangeiras situadas no Brasil têm se valido da terceirização como forma de aperfeiçoar seu regime de produção e ampliar seus lucros¹².

Esta terceirização no campo empresarial – notadamente a terceirização de atividades meio – acabou por influenciar, dentre outros aspectos, a normatização de tal fenômeno no campo do direito do trabalho, uma vez que alguns serviços que antes eram executados por funcionários de uma mesma empresa passaram a ser prestados pelos funcionários de uma outra, especializada, por sua vez¹³.

No que tange especificamente ao Direito do Trabalho, esta tercerização representou uma triangularização nas relações jurídico-laborais, consistindo em “exceção ao estabelecimento do vínculo empregatício diretamente entre quem

¹¹ IMHOFF, Márcia Moraes; MORTARI, Aline Perico. *Artigo publicado em julho de 2005, na Revista Eletrônica de Contabilidade da Universidade Federal de Santa Maria*. Acesso no Sítio da Universidade Federal de Santa Maria, <<http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/antecedentes/artigos/vIInEspecial/a06vIInesp.pdf>>. Acesso em 14 jul. 2011.

¹² Sobre o surgimento da terceirização no Brasil, e a crescente utilização deste modelo no Brasil, vale conferir excerto extraído do trabalho monográfico de Márcia Moraes Imhoff e Aline Perico Mortari, publicado na Revista Eletrônica de Contabilidade da Universidade Federal de Santa Maria. Julho de 2005. Acesso no Sítio da Universidade Federal de Santa Maria, em 14 jul. 2011: <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/antecedentes/artigos/vIInEspecial/a06vIInesp.pdf>: “No Brasil, a terceirização foi gradativamente implantada com a vinda das primeiras empresas multinacionais, principalmente as automobilísticas no início da década de 80. Essas fábricas adquiriam as peças de outras empresas, guardando para si a atividade fundamental de montagens de veículos. Desde aquela época até aproximadamente 1989, a terceirização era conhecida como contratação de serviços de terceiros e vinha sendo aplicada apenas para reduzir custo de mão-de-obra. As empresas utilizavam-se desse recurso simplesmente para obter algumas economias em gerar ganho de qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade. As pequenas e médias empresas mais ágeis, e percebendo o momento de mudança, aproveitaram-se da situação e começaram a conquistar parcelas significativas do mercado. Mas logo, as grandes organizações tiveram que, neste momento, buscar novas saídas que as colocassem novamente no mercado de forma competitiva. A partir daí, passou-se a transferir para terceiros a incumbência pela execução das atividades secundárias. Surge então o *outsourcing*, expressão em inglês, que significa terceirização, referenciado sempre pela concepção estratégica de implementação.”

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 430; MARTINS, Heloísa de Souza. *Terceirização – Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho*. São Paulo: Hucitec/Cedi/Nets, 1994. p. 4; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 155.

exerce o poder de comando e aquele que executa, mediante salário, uma atividade laboral de que se ressente a empresa tomadora.”¹⁴

Diz-se que a relação jurídica na terceirização é triangular em razão da participação de três sujeitos em seu bojo: a entidade prestadora de serviços, os trabalhadores empregados por ela e a entidade tomadora dos serviços.

A entidade prestadora de serviços (por exemplo, uma sociedade empresária do ramo de segurança privada) é quem contrata os trabalhadores (por exemplo, seguranças particulares), travando com estes uma relação jurídico-laboral (relação de emprego).

Em outro plano, a entidade tomadora dos serviços (por exemplo, uma instituição financeira) contrata, por meio de um negócio jurídico bilateral de natureza civil, a entidade prestadora de serviços (por exemplo, serviço de vigilância noturna). Note-se que a força de trabalho do empregado contratado pela entidade prestadora de serviços reverte-se em prol da tomadora, sem que haja vínculo de emprego entre esta última e os empregados da primeira.

Fácil perceber, portanto, que a utilização irresponsável da terceirização poderia gerar injustiças – inclusive, fraudes à legislação trabalhista. Basta imaginar a hipótese em que determinada tomadora contrate uma empresa de trabalho terceirizado com vistas a preencher todos os seus postos, ou como forma de desincumbir-se de qualquer vínculo de emprego.

Neste passo, impende registrar a opinião de Dallegrave Neto, para quem a “idéia” da terceirização seria boa na origem, porém

deformada pela prática gananciosa de boa parte dos empresários. Ao invés de deixar a terceirização apenas para a atividade-meio da empresa, o uso da terceirização se estendeu para a prestação de serviços essenciais à consecução dos objetivos da empresa.¹⁵

A fim de repelir – ou pelo menos amenizar – a utilização desenfreada do instituto e a conseqüente fraude à legislação trabalhista, permite-se a sua utilização em determinados casos apenas, a saber: terceirização de atividades-meio (aqui

¹⁴ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO. João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 271.

¹⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 197.

compreendidos serviços de limpeza, processamento de dados, segurança, entre outros, desde que não integrem a atividade-fim da empresa), bem como para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços (hipótese regida pela Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

Também é importante destacar o papel que teve a jurisprudência no combate aos abusos havidos no campo da terceirização. Com efeito:

vasta produção jurisprudencial se formou em torno de extensa gama de hipóteses de subministração de mão-de-obra a baixo custo e de exploração da energia de trabalho, por um terceiro, como se mercadoria fosse (*marchandage*), burlando a legislação do trabalho. Contemplava-se desde a contratação de mão-de-obra por meio de empresas financeiramente inidôneas até a escancarada substituição de trabalhadores próprios por vinculados a empresa interposta, inobservando a legislação especial.¹⁶

É exatamente nesse contexto que foi editado o Enunciado de nº 331¹⁷, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Buscou-se, assim, sistematizar o assunto no que tange às hipóteses de cabimento da terceirização e de suas conseqüências no campo da Responsabilidade Civil:

Enunciado 331, IV - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 . I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida

¹⁶ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO. João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 273.

¹⁷ Insta salientar que, embora o Enunciado 256, da Súmula do TST, também trate do assunto, o mesmo não será objeto de análise, posto que foi revisto por aquela Corte em ocasião da edição do Enunciado 331, que além de tratar da mesma matéria, é ainda mais amplo.

responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.¹⁸

O teor do referido enunciado será estudado oportunamente nos capítulos seguintes, especialmente na parte onde guarda relação direta com o tema da presente monografia.

Entendida a evolução da terceirização na seara privada, passemos ao estudo daquilo que mais de perto nos interessa: a terceirização feita pela Administração Pública.

1.2. O Fenômeno da Terceirização no Âmbito da Administração Pública

Traçados o surgimento e a evolução do instituto no âmbito das corporações empresariais privadas, é importante registrar que o fenômeno da terceirização, no campo do direito, não se circunscreve apenas a esta seara. De fato, ele vem sendo positivado¹⁹ também no âmbito da Administração Pública²⁰.

A propósito, os primeiros diplomas a tratarem, no Brasil, do fenômeno que futuramente viria a ser alcunhado de terceirização se referiam justamente ao segmento estatal do mercado de trabalho. Em outras palavras, é correto afirmar que, no Brasil, a regulamentação legislativa da terceirização iniciou-se na esfera pública, antes mesmo de haver regulação deste fenômeno no campo das relações privadas.

De fato, a Administração Pública – seja direta, autárquica ou fundacional – pode contratar empresas de prestação de serviços, nos termos do art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que assim dispõe:

¹⁸ <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm> Acesso em 23 nov. 2011.

¹⁹ Basta atentar para o fato de que tanto o enunciado 331, do TST, quanto o art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, tratam do fenômeno, admitindo a existência da terceirização pela Administração Pública.

²⁰ Por oportuno, é importante que se diga que a mesma crítica feita linhas atrás, no que tange a banalização e generalização do fenômeno da terceirização no campo das atividades privadas, também vale para a esfera pública, que muitas vezes se utiliza da terceirização como forma de burlar a necessidade de contratação direta se servidores por meio de concursos públicos.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal²¹ deverá ser amplamente descentralizada. § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

No transcrito § 7º, do art. 10º, do Decreto-Lei 200/67, encontra-se o germe do que futuramente viria a ser chamado de paradigma da “administração gerencial”²². Este paradigma, que viria a ganhar força na década de 80, reflete um novo sistema organizacional, voltado à desburocratização e a uma melhoria na eficiência da máquina pública²³.

Também neste sentido, vale conferir a lição de Maurício Godinho Delgado:

O texto do diploma, como se percebe, induz a administração estatal a desobrigar-se da realização de tarefas executivas instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato. Na medida em que a administração estatal está submetida ao princípio da legalidade e na medida em que surge lei determinando o procedimento de descentralização dos encargos de execução aventados pelo Decreto-Lei 200, resta claro que um certo conjunto de tarefas enfrentadas pelos entes estatais poderia ser efetuado através de empresas concretizadoras desses serviços, portanto, mediante terceirização. A dúvida que se mantinha situava-se quanto à extensão da terceirização autorizada na administração pública, isto é, o grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam ser objeto de procedimento terceirizante.²⁴

Neste contexto, a Administração Pública – em todos os níveis – está autorizada a transferir a execução de determinados serviços a empresas privadas, desincumbindo-se da realização de atividades secundárias ou que seriam melhor

²¹ Apesar de o *caput* do supra transcrito artigo fazer referência apenas à Administração Federal, é assente que o Decreto-Lei 200/67 também deitou suas vozes sobre as Administrações Estaduais, Distrital e Municipal. É o que se depreende do elucidativo ensinamento de Odete Medauar, para quem a normatização do referido diploma: “se propagou para os níveis estadual e municipal, por si, e também em virtude de dispositivo do Ato Institucional nº 8/69, que determinava a observância dos princípios adotados para a esfera federal na reforma administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios (com mais de 200 mil habitantes). Na atualidade essa divisão também permanece no âmbito estadual e municipal.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 54.)

²² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 259.

²³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 187.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 435.

executadas por particulares especializados²⁵ ou por pessoas administrativas descentralizadas²⁶.

Em termos práticos, isto significa que o Poder Público, de forma cada vez mais intensa, tem-se utilizado de tal possibilidade para transferir a particulares a função de executar serviços como transporte, conservação, reparação, custódia, operação de elevadores, limpeza, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, etc.²⁷

Neste mesmo sentido dispunha a Lei 5.645/70²⁸, que, de forma exemplificativa, previa algumas hipóteses nas quais a terceirização se mostrava interessante para a Administração, tais como as atividades relacionadas com “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”.

Apesar de o art. 3º, parágrafo único, da Lei 5.645/70 ter sido revogado pela Lei 9.527/97, a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência continua admitindo a delegação pela terceirização de serviços a entidades privadas, com base em outras normas – estas, como veremos, de *status* constitucional.²⁹

Todos estes argumentos (em prol da possibilidade de a Administração vir a se utilizar do instituto da terceirização) até poderiam ser refutados pelos mais conservadores, estes habituados com a velha idéia de que ao Estado cabe apenas prestar os serviços de forma direta, sem o auxílio de interpostas pessoas³⁰.

²⁵ Note-se que a mudança de paradigma no sistema de produção, marcada pela busca de uma maior eficiência pela iniciativa privada, traço marcante do sistema toyotista – conforme já estudamos – deita agora suas mantas, também, sobre o campo da Administração Pública.

²⁶ A questão da descentralização pela criação de entidades integrantes da Administração Indireta (autarquias e fundações, dentre outras) não será estudada no presente ensaio, pois não guarda ligação direta com o tema que está sendo estudado. Registre-se, contudo, que tal fenômeno (da descentralização) também encontra respaldo na filosofia da “administração gerencial”, que será estudada logo a seguir.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 216.

²⁸ Assim dispunha o dispositivo: “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 447; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 625.

³⁰ DENHARDT, Robert. *Theories of Public Organization*. 6ª ed. Boston (USA): Wadsworth, 2010. p. 12.

Ocorre, porém, que a pedra angular da terceirização no âmbito da Administração Pública encontra-se cravada em nossa Carta Magna, que além de autorizar a transferência da execução de serviços a particulares, reconhece a terceirização como instrumento destinado à promoção do princípio da eficiência, imprescindível ao bom funcionamento da Administração Pública (CF/88, ART. 37, *caput, in fine*, a seguir analisado).

Neste passo, cumpre destacar que o fenômeno da terceirização é facilmente verificado quando a Administração Pública contrata uma sociedade empresária prestadora de serviços, usufruindo assim da força de trabalho dos empregados contratados por esta última. E é justamente o estudo desse complexo de relações jurídicas, repita-se, que integra o objeto central do presente ensaio.³¹

Além de o próprio ordenamento autorizar a terceirização - seja por meio da contratação de prestadora de serviços, seja por meio da delegação de serviços - , é fato que, em determinadas situações, ele também estimula tal prática, quando busca a promoção da eficiência administrativa, nos moldes de uma administração gerencial, mais eficaz e menos burocrática.³²

Nesse contexto, a terceirização no âmbito da Administração Pública se torna, em determinados casos, altamente recomendável, colocando-se frente a esta como um instrumento de concretização do princípio da eficiência. Registre-se que referido princípio, embora já estivesse presente em vários artigos de nossa Constituição desde o momento de sua promulgação, ganhou menção expressa com a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Sobre o assunto:

³¹ É importante registrar que a contratação de empresa prestadora de serviços pela Administração Pública não é a única forma de terceirização no setor público. Com efeito, a delegação de serviços públicos também se insere como um importante meio de terceirização. Contudo, por não integrar objeto de estudo no presente ensaio, limitamo-nos a tecer algumas breves considerações sobre o instituto, a fim de não perder o enfoque deste trabalho: Sobre a delegação de serviços, dispõe o art. 175, da Constituição que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Com efeito, a delegação é o instrumento pelo qual o Poder Público transfere, por ato administrativo (permissão ou autorização) ou contrato (concessão), a execução de serviços públicos a particular. Com efeito, segundo Alexandre Santos de Aragão, “O fundamento constitucional da delegação de serviços públicos está no art. 175 da CF, que prevê a concessão e a permissão como formas de delegação da execução de serviços públicos do Estado para a iniciativa privada. A delegação de serviços públicos é celebrada pela Administração Pública, mas nos lindes jurídicos pertinentes. Deve, em primeiro lugar, observar as normas constitucionais e legais a respeito, inclusive quanto à necessidade de prévia licitação.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 561.)

³² KETTL, Donald. *A Revolução Global: reforma da Administração do Setor Público, in Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 87.

O princípio da eficiência, que já constava na Constituição da República como parâmetro de avaliação dos resultados, tanto da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos ou entidades públicas, quanto da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II, da CF), alcançou, na verdade, realce constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998, que o transformou, com sua inclusão no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, em princípio constitucional de observância prioritária no exercício de todas as atividades administrativas da Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.³³

Em um primeiro enfoque a eficiência se coloca como princípio norteador de toda a atuação da Administração Pública. Liga-se, portanto, à idéia de uma atuar positivo que vise à produção de resultados pela forma mais rápida e precisa possível. Assim, ele orienta a Administração a agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população³⁴.

Ademais, o referido princípio impõe à Administração Pública, direta e indireta, que atue de molde a buscar a qualidade, “primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.”³⁵

Nesta busca pela “melhor utilização possível dos recursos públicos” e pela “produção mais rápida e precisa de resultados”, o administrador deverá sopesar uma série de fatores a fim de descobrir qual é a melhor solução a ser adotada no caso concreto: prestar diretamente determinado serviço, por meio de seus próprios servidores, ou transferir tal incumbência a uma entidade privada, que o executará através de seus empregados.

Quando o administrador público, sopesando os “custos-benefícios” de cada opção, concluir que a execução de determinado serviço por particular se mostra mais eficiente e menos onerosa em relação à prestação pelo próprio Estado, é razoável que ocorra a delegação a uma empresa terceirizada.

³³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 152.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 306.

Note-se que esta ponderação não pode ser arbitrária, devendo estar pautada nos princípios da razoabilidade³⁶ e da proporcionalidade³⁷. Assim, o administrador público deverá utilizar-se da discricionariedade administrativa para aferir se, no caso concreto, o mais aconselhável é a execução direta do serviço pelo próprio Estado ou se é a contratação de uma entidade privada para executá-lo, sempre “mediante avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social”³⁸.

Caso a prestação por empresa privada se mostre mais aconselhável, não há razão para impedir que tal seja feito, desde que observados os critérios da legalidade e da impessoalidade³⁹. Aliás, este é o entendimento sedimentado no Tribunal Superior do Trabalho⁴⁰.

Registre-se, porém, que, segundo o STF, não são todas as atividades que podem ser executadas por particulares, mas apenas aquelas que não envolvam de forma precípua o exercício de *jus imperii*, que é titularizado somente por pessoas jurídicas de direito público.⁴¹

³⁶ Pelo princípio da razoabilidade o administrador não poderá agir de forma despropositada e sem qualquer bom-senso. Tal princípio funciona como um limitador da própria discricionariedade administrativa, exigindo uma pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade de outro. Neste sentido: “Agir discricionariamente não significa agir dezarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto, terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.” (MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 50).

³⁷ Tal princípio, no nosso pensar, e no entender de autores de escol, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, é parte integrante do princípio da razoabilidade. Pela proporcionalidade, o administrador deverá encontrar o “equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto.” (MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 50).

³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 133.

³⁹ Neste sentido deverão ser respeitadas as normas licitatórias e o princípio da igualdade entre eventuais pessoas que se mostrem aptas a prestar o serviço.

⁴⁰ AIRR - 73140-89.2008.5.15.0084 Data de Julgamento: 28/04/2010, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010; AIRR - 124340-84.2006.5.21.0005 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010; RR - 130900-42.2005.5.08.0004 Data de Julgamento: 28/04/2010, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010.

⁴¹ Conferir teor do seguinte julgado: ADI 1717-6, assim ementado: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2.

Em que pese ser possível a terceirização trabalhista na esfera da Administração Pública, é imperioso dizer que tal possibilidade não pode servir como burla à Constituição, no que tange à exigência de concursos públicos plasmada em seu Art. 5º, inciso II⁴².

Resta assim, reforçada a afirmação anteriormente exarada no sentido de que somente atividades-meio podem ser objeto de terceirização no campo da Administração Pública. Ou seja, da mesma forma que a Administração não pode contratar trabalhadores para exercer atividades-fim sem prévio concurso público, não pode ela celebrar contrato de prestação de serviços terceirizados para execução destas mesmas atividades-fim.

Contudo, caso a Administração realize determinada terceirização de atividade-fim, por isso mesmo ilícita, não significa que irá surgir um vínculo empregatício direto entre ela (a Administração) e o empregado da empresa prestadora de serviços. Tal ocorre desta maneira justamente como forma de preservar a exigência de concurso público como pré-requisito para investidura em cargos criados para a execução de atividades fim⁴³.

Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.”

⁴² “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.”

⁴³ Por guardar íntima relação com o objeto central deste trabalho, cumpre, quanto ao ponto, transcrever as lições de Mauricio Godinho Delgado: “A Constituição de 1988 lançou uma especificidade no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades da administração pública direta, indireta e fundacional. É que a Carta Magna colocou a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância de tal requisito (art. 37, II, e § 2º, CF/88). Nesse quadro insculpiu um expresse obstáculo, desde 5.10.1988, ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização. Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidade estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, e § 2º, CF/88). Para a Constituição, a forma passou a ser, portanto, da essência do ato de admissão de trabalhadores em entes estatais (arts. 82, 130 e 145, III, Código Civil de 1916). O que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia em favor de toda a sociedade, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país. (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª Ed. São Paulo: LTr. 2008. p. 447).

Pelo exposto no presente capítulo, foi possível compreender o surgimento e a evolução da terceirização, estudar a sua conceituação, bem como sua aplicação do no âmbito da Administração Pública.

A mera compreensão de tais questões, no entanto, não nos fornece substrato teórico suficiente para solucionar a questão da (ir)responsabilidade da Administração Pública em razão do inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa contratada. De fato, a solução para tal problema demanda o prévio domínio de outros institutos jurídicos (desta vez, insertos no campo da Responsabilidade Civil) que serão estudados de forma detida no capítulo seguinte.

2. APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Escopo do presente Capítulo

O estudo da responsabilidade civil vem ganhando contornos de extrema complexidade, de forma que seu estudo pormenorizado e completo demanda a leitura de tratados e compêndios de jurisprudência comentada, escritos e organizados por autores de escol, tais como: Pontes de Miranda, Rui Stoco, Sérgio Cavalieri Filho, José de Aguiar Dias, Carlos Alberto Bittar, Yussef Said Cahali, Arnaldo Rizzardo, dentre outros.

Contudo, o presente capítulo não busca esgotar o estudo da matéria – nem deve ser esta a intenção de um trabalho monográfico. O que se pretende é, sim, elucidar os pontos do assunto que guardam relação direta com o tema central e que se mostram relevantes para a solução do problema a ser enfrentado.

Neste sentido, buscaremos: 1º) entender se o estudo do tema se enquadra no campo da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, 2º) estudar a doutrina da responsabilidade civil subjetiva e da responsabilidade civil objetiva, 3º) compreender a questão da responsabilidade civil do Estado.

2.2. Aspectos Gerais sobre a Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro

Iniciamos o presente tópico com algumas das didáticas palavras que um dia inauguraram a obra de José de Aguiar Dias:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas. Como esta atividade do homem varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema – na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado. A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.⁴⁴

⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 7.

Desta lição, é possível extrair que a noção de *responsabilidade civil* é demasiadamente ampla. Por esta razão, não há uniformidade em doutrina quando se trata de conceituar o instituto, sendo diversos os seus significados.

Em um primeiro sentido, a expressão *responsabilidade* tem sido empregada para se referir à situação daquela pessoa de quem uma outra pode exigir alguma coisa⁴⁵: “alguém é civilmente responsável quando está sujeito a reparar um dano sofrido por outrem”⁴⁶.

Em um segundo sentido, o termo vem sendo utilizado para apontar a responsabilidade do devedor pelo cumprimento de uma obrigação assumida⁴⁷. Ou seja, prestar algo com a finalidade de cumprir uma obrigação jurídica.

Outros autores, como Antunes Varela, utilizam a expressão como sendo “a obrigação imposta a uma pessoa de reparar os danos causados a outra”⁴⁸. Esta é a definição que entendemos mais adequada, por ser mais abrangente e definir, com exatidão, o verdadeiro significado da matéria que estamos estudando.

Em sentido técnico, portanto, a expressão “responsabilidade civil” deve ser utilizada naqueles casos em que uma pessoa, física ou jurídica, tem o dever de arcar com as consequências de seus atos. Assim sendo, toda atividade humana, a princípio, pode acarretar o dever de indenizar.⁴⁹

Fácil compreender, portanto, que o estudo da responsabilidade civil, enquanto “sub-ramo” do direito civil, tem como objeto a sistematização e o estudo das regras e princípios que regem a obrigação de indenizar.

Aliás, é o que informa a origem etimológica da expressão, com raízes no latim.

⁴⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

⁴⁶ MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Henry. *Leçons de Droit Civil*. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1938. V. II. p. 374.

⁴⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

⁴⁸ VARELA, Antunes. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 12.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

Com efeito, o vocábulo “responsabilidade” deriva do verbo latino ‘respondere’,

significando a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de suas atividades, contendo ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais⁵⁰.

Verifica-se, portanto, da própria origem romana da palavra, que o instituto abarca tanto a responsabilidade contratual, como a responsabilidade não-contratual, extracontratual ou aquiliana. A diferença entre ambas serão estudadas nos tópicos seguintes.

As devidas distinções entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, bem como os apontamentos acerca da responsabilidade civil do Estado também serão objeto de análise em momento futuro, pelo que, por ora, resta suficiente o entendimento do conceito técnico delineado.

Em síntese, e por ora, podemos conceituar a responsabilidade civil como sendo a obrigação sucessiva originada do descumprimento de um dever primário (decorrente ou não de um negócio jurídico), consistente no dever de indenizar outrem.

Imprescindível se faz, neste momento, distinguir as noções de “responsabilidade” e “obrigação”, posto que o senso comum tende a confundir tais conceitos, em dissonância com a definição técnico-jurídica, tão cara ao estudo e desenvolvimento da ciência do direito.

Em outras palavras, tal diferenciação é essencial para que se possa entender o verdadeiro significado da expressão “responsabilidade”, muitas vezes empregada de forma equivocada pelos operadores do direito. O tópico subsequente será destinado à elucidação de tal diferença e, por conseguinte, à promoção do rigor terminológico tão caro à compreensão do objeto de estudo do presente ensaio.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 4.

2.3. Distinção entre “débito” e “responsabilidade”

Segundo Cavalieri Filho, conquanto não seja comum nos autores o cuidado em se estabelecer a distinção entre “débito” e “responsabilidade”, a delimitação do significado jurídico de tais expressões se mostra assaz importante para a verdadeira compreensão do fenômeno da responsabilidade civil⁵¹.

Conforme leciona Arnold Wald, foi o jurista Alois Brinz o primeiro a visualizar esta diferenciação de momentos na relação jurídico-obrigacional, destrinchando o “débito” (shuld) da “responsabilidade” (haftung). Segundo o jurista alemão, o primeiro consistiria na obrigação de realizar a prestação e dependeria de uma ação ou omissão do devedor, ao passo que a segunda seria a faculdade do credor em executar o patrimônio do devedor a fim de obter indenização pelos prejuízos causados em decorrência do descumprimento do débito.⁵²

Em singelas palavras, a “obrigação” deve ser compreendida como dever jurídico originário, ao passo que a “responsabilidade” há de ser vista como dever jurídico sucessivo, posto que decorrente da violação da “obrigação”.

Sérgio Cavalieri Filho, com muita propriedade, também define e exemplifica os institutos:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que ‘a responsabilidade é a sombra da obrigação’. Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.⁵³

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

⁵² WALD, Arnold. *Direito das Obrigações*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

Carlos Roberto Gonçalves além de diferenciar os institutos, tal como o faz Cavalieri, ressalta que, em determinadas situações, o débito (shuld) pode existir sem a responsabilidade (haftung), sendo que esta também pode existir sem o débito (shuld). E exemplifica:

Malgrado a correlação entre ambas, uma pode existir sem a outra. As dívidas prescritas e as de jogo constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. O devedor, nestes casos, não pode ser condenado a cumprir a prestação, isto é, ser responsabilizado, embora continue devedor. Como exemplo da responsabilidade sem obrigação pode ser mencionado o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito do afiançado, este sim originariamente obrigado ao pagamento dos aluguéis.⁵⁴

A supracitada distinção entre débito e responsabilidade encontra-se plasmada no Código Civil, em seu art. 389, quando dispõe: “Não cumprida a obrigação (leia-se: débito ou obrigação originária), responde o devedor por perdas e danos (responsabilidade ou obrigação sucessiva)”. Conforme entendimento doutrinário remansoso, esse dispositivo é aplicável tanto a responsabilidade contratual como à extracontratual.

Sobre o ponto, é a primorosa lição de Aguiar Dias:

se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito⁵⁵

Uma vez compreendida a distinção entre os institutos da obrigação e da responsabilidade, o próximo passo para o estudo desta última se dá na compreensão do fenômeno na esfera contratual e na extracontratual, o que de fato será objeto do tópico subsequente.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

⁵⁵ DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 149.

2.4. Responsabilidade Civil Contratual e Aquiliana – Critérios de Distinção

A responsabilidade civil deriva da ocorrência de um dano, em razão do descumprimento de determinada obrigação contida em uma norma de direito, seja ela legal ou negocial. Daí falar-se em responsabilidade civil aquiliana (ou extracontratual) e responsabilidade civil negocial (mais conhecida em doutrina por contratual)⁵⁶.

Apesar de aparentemente tranquila, a divisão entre responsabilidade civil aquiliana e responsabilidade civil contratual não é tão fácil de se identificar em alguns casos práticos, posto que existem pontos de conexão constantes entre as duas espécies. Há também que se destacar a existência de uma verdadeira simbiose esses dois tipos de responsabilidade, “uma vez que regras previstas no Código (Civil) para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) também são aplicadas à responsabilidade extracontratual”⁵⁷.

Mas afinal, seria correto afirmar a existência de diferenças ontológicas entre estes dois tipos de responsabilidade? Ou tal classificação seria uma construção jurídica destinada a conferir tratamento diferenciado a situações diversas? E no

⁵⁶ Em que pese ser de larga aceitação a utilização do vocábulo “contratual” no campo da doutrina para se referir à responsabilidade civil decorrente de atos lesivos a negócios jurídicos, preferimos utilizar, no presente trabalho, a palavra “negocial”. Tal se deve porque esta expressão é mais ampla, abrangendo não apenas os contratos, mas também os atos unilaterais de vontade, que ao lado daqueles, compõe o gênero “negócios jurídicos”. Por uma questão de rigor terminológico, a expressão “responsabilidade contratual” será empregada apenas para se referir aos negócios jurídicos bilaterais, estes sim contratos em sentido técnico. Como exemplos de negócios jurídicos unilaterais temos: a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa, etc.

Outra observação também deve ser feita quanto a esse ponto: a divisão tipológica acima apresentada deriva da adoção do que se convencional chamar de teoria dualista da responsabilidade. Em contraposição a esta teoria, alguns ordenamentos alienígenas adotam a teoria unitária, donde o tratamento é dado de forma homogênea, independentemente da fonte da obrigação lesada. Registre-se que, no Brasil, a título de exceção, a teoria unitária é adotada em diploma específico, a saber: o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90. Neste sentido: “O Código do Consumidor, como se verá, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (CDC, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16).

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16.

campo prático, haveria diferenças de tratamento entre tais categorias? Estas perguntas serão respondidas no presente tópico.

Para autorizada doutrina, não há diferença ontológica alguma entre as responsabilidades contratual e aquiliana⁵⁸. Assim já afirmava Pontes de Miranda, para quem “a culpa é a mesma para infração contratual e para delitual”.⁵⁹

Na mesma linha é a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

Não tem razão os que procuram encontrar distinção ontológica entre culpa contratual e culpa aquiliana. Uma e outra apresentam pontos diferenciais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos. São porém acidentais. O que sobreleva é a unicidade ontológica. Numa e noutra, há de estar presente a contravenção.⁶⁰

Em que pese a referida identidade no campo ontológico, é possível verificar, pelo teor do excerto extraído da obra de Caio Mário, a existência de importantes diferenças práticas⁶¹ entre as duas espécies de responsabilidade, especialmente no campo probatório. Tal idéia é melhor desenvolvida em sua obra, quando tece as seguintes considerações:

Embora se confundam ontologicamente e nos seus efeitos, a distinção subsiste no tocante às exigências probatórias. Na culpa

⁵⁸ Tamanha é a identidade no plano ontológico, que, já na primeira metade do século XX, o direito português, acompanhado por expressiva doutrina, inclinava-se para a unificação dos dois tipos de responsabilidade, como bem destacado por Arnold Wald: “Aceita-se ainda no Brasil a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, que o Código Civil Português não mais reconhece e que a doutrina tende a negar, inclinando-se para a unificação das duas responsabilidades” (WALD, Arnold. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no Domínio da Responsabilidade Civil*. Presidência da República: Departamento Administrativo do Serviço Público. 1953. p. 26.)

Silvio Rodrigues, ao mencionar a tese da identidade ontológica, com muita propriedade explicitou os seus principais fundamentos: “a) se a responsabilidade se funda na culpa e esta consiste na infração de uma obrigação preexistente, não há nenhum motivo para distinguir entre violação da obrigação oriunda de um contrato e a da obrigação derivada de qualquer outra fonte; b) as perdas e danos, a que fica sujeito o contratante inadimplente, são coisas inteiramente diversas da prestação inadimplida, pois, na realidade, a indenização não é o equivalente da obrigação descumprida, mas a reparação do prejuízo defluente da inexecução. E nisso a responsabilidade contratual identifica-se profundamente com a responsabilidade delitual.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 10.)

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *in* Manual Lacerda. V. XVI, 3ª parte, Tomo I. p. 485.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 246.

⁶¹ Seguindo esta mesma linha, no sentido de afirmar a importância da distinção prática entre os dois tipos de responsabilidade, em que pese inexistir qualquer diferença no plano ontológico, assim leciona Antônio Chaves: “Tôdas as obrigações resultantes de atos ilícitos resultam dos elementos dolo, culpa, negligência, imprudência, de maneira que, praticamente, não haveria o que distinguir quanto às diferentes espécies. Mas uma classificação que se intente estabelecer oferecerá vantagens de natureza didática e sistemática de grande importância, facilitando sobretudo a cristalização pelo tempo, de dispositivos peculiares a cada uma das espécies.” (CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Civil: estudo de direito comparado integrativo*. 1ª ed. São Paulo: Editora da USP, 1972. p. 44.)

extracontratual incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa (...). Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e o nexo causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade. Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar o dever negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovado o comportamento antijurídico, evidenciar que ele percutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico.⁶²

Sérgio Cavaliéri Filho, além de reconhecer o referido tratamento diferenciado no campo probatório, tão bem ilustrado por Caio Mário, identifica com notória sabedoria uma crucial diferença entre os institutos, residente no dever jurídico violado ensejador da responsabilidade:

Na responsabilidade contratual o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente, certos deveres jurídicos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.⁶³

O critério defendido pelo autor, segundo o qual a natureza da obrigação é definida pela natureza do dever jurídico violado, encontra respaldo também na doutrina alienígena:

La responsabilidad civil puede ser: Contractual o Extracontractual. La responsabilidad civil es contractual cuando no se ha cumplido la obligación emanada de um contrato, o se há cumplido imperfectamente o se ha retardado su cumplimiento. (...) La responsabilidad civil extracontractual proviene de la comisión de um delito o de um cuasidelito civil o simplemente de la ley. (...) Si el hecho es ilícito y cometido com intención de dañar, constituye um delito. Si el hecho es culpable pero cometido sin intención de dañar, constituye um cuasidelito⁶⁴. (...) La responsabilidad civil, como ya lo

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 246.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 275.

⁶⁴ A diferença entre delito e quase-delito, apontada pelo autor chileno, que a propósito encontrava-se positivada no Código Civil do Chile vigente nos idos de 1971, há muito não possui, para nós, maior importância, senão sob o aspecto histórico. Como bem destaca Arnold Wald, "A distinção entre delito e quase-delito, reminiscência histórica do direito romano, perdeu sua razão de ser e a sua existência

hemos señalado, puede ser contractual o extracontractual. La responsabilidad contractual proviene de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar el incumplimiento o cumplimiento imperfecto o tardío de una obligación que de él emana; por lo tanto, para que exista responsabilidad contractual necesitamos la presencia de un acreedor y de un deudor de una obligación contractual y el incumplimiento por parte del deudor de dicha obligación. Aunque dos personas se encuentren ligadas por un contrato, si el daño que una causa a la otra no proviene de la violación de una obligación contractual, estaremos en presencia de una responsabilidad extracontractual y no de responsabilidad contractual.⁶⁵

Como se vê, a natureza do dever jurídico violado serve como importante vetor na identificação da espécie de responsabilidade: se contratual ou extracontratual. Nada obstante, os mesmos autores que defendem a adoção deste critério costumam conjugá-lo com um outro, a saber: o critério da existência/inexistência de relação jurídica preexistente.

A título de exemplo, Cavalieri filho, que, como vimos, destaca a importância do critério da natureza do dever jurídico violado, não descarta a importância do critério da existência/inexistência de relação jurídica preexistente. Muito pelo contrário, eis que, ao traçar as diferenças entre ambos os tipos de responsabilidade, opta por conjugar os dois critérios. Para ele, a responsabilidade contratual decorre de uma relação jurídica preexistente entre os contratantes, ao passo que a responsabilidade aquiliana não se refere a qualquer relação jurídica anterior.⁶⁶

Orlando Gomes, ainda que de forma não expressa, também parece mesclar os dois critérios diferenciadores, ao consignar que

a obrigação de indenizar o dano causado pode surgir: a) em consequência da inexecução de contrato; b) em virtude da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica, que a possibilite. Na primeira hipótese, diz-se que a responsabilidade é contratual; na segunda, extracontratual ou delitual. Nas duas, a lei impõe ao autor do dano uma obrigação que tem por objeto a prestação de indenização. Embora essa

nos Códigos modernos; não se justifica por nenhuma consideração de ordem jurídica. Nosso código (referindo-se ao Código Civil de 1916, vigente à época), aprendeu bem esta verdade, porque em lugar de adotar a orientação dos citados códigos, preferiu subordinar esta matéria ao título das obrigações provenientes dos atos ilícitos, denominação que corresponde melhor ao sentido desta fonte de responsabilidade” (Wald, Arnold. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no Domínio da Responsabilidade Civil*. Presidência da República: Departamento Administrativo do Serviço Público. 1953. p. 23.)

⁶⁵ CLARO, Carlos Ducci. *Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1971. p. 11.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 276.

obrigação seja da mesma contextura, diferem as duas espécies de responsabilidade, notadamente quanto ao fundamento, à razão de ser e ao ônus da prova.⁶⁷

Como se vê do excerto extraído da obra de Orlando Gomes, a “inexecução de contrato” (utilização do critério da natureza do dever jurídico violado) se insere no campo da responsabilidade contratual, ao passo que a inexistência de “qualquer relação jurídica preexistente” (critério da relação jurídica) se situa na esfera da responsabilidade civil aquiliana.

Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, entende que o critério do dever jurídico violado é que deve ser adotado na diferenciação entre a responsabilidade aquiliana e negocial. Para ele, “o dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual”.⁶⁸

Como se vê, os referidos critérios – da natureza do dever jurídico violado e da (in)existência de relação jurídica preexistente – não são excludentes, mas complementares na identificação da espécie de responsabilidade: se contratual ou aquiliana.

Feitas estas considerações, é importante saber se a discussão em torno da responsabilidade da Administração na terceirização, deve se situar no campo da responsabilidade contratual ou no campo da responsabilidade aquiliana, bem como para se saber se merece guarida a tese da (ir)responsabilidade.

2.5. Enquadramento do Presente Estudo no Contexto da Responsabilidade Civil Aquiliana

Conforme o que foi dito linhas acima, dois são os critérios de que tem se utilizado a doutrina para diferenciar a responsabilidade civil contratual da aquiliana: a) o critério da natureza do dever jurídico violado e b) o critério da relação jurídica.

Vimos que pelo critério da natureza do dever jurídico violado, a responsabilidade contratual tem por fonte a violação de deveres estipulados pela própria vontade dos indivíduos, ao passo que a responsabilidade extracontratual

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. São Paulo: Forense. 2ª ed, 1968. p. 337.

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 25.

exsurge da violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.

Pelo critério da relação jurídica, a responsabilidade contratual ganha este qualificativo pelo simples fato de haver uma relação jurídica preexistente entre os contratantes, ao passo que a responsabilidade aquiliana não se refere a qualquer relação jurídica anterior.

No que tange ao estudo da responsabilidade da Administração pelo inadimplemento de verbas trabalhistas perante os empregados da empresa prestadora de serviços, seja qual for o critério adotado, a conclusão só pode ser uma: tal análise deve ser feita a luz da responsabilidade civil aquiliana.

Com efeito, na terceirização inexistente qualquer contrato entre o ente público tomador do serviço e os empregados da empresa prestadora. Realmente, o liame decorrente do contrato de trabalho une apenas a empresa prestadora a seus empregados (inexistência de relação jurídica pretérita e direta entre a Administração e os empregados da prestadora), bem como não há falar em um “negócio jurídico” criador de direitos e obrigações entre a Administração e os empregados da prestadora (caso exista a violação de um dever jurídico – o que será estudado – este não pode decorrer de um prévio acordo de vontades, senão da própria lei, posto que prévio acordo não há entre Administração e empregados da prestadora).

Em outros termos, é correto afirmar que, na terceirização, coexistem duas esferas de responsabilidades distintas: de um lado, a esfera decorrente do liame que une a administração com a empresa prestadora de serviço, e de outro a existência do vínculo empregatício decorrente do contrato de trabalho celebrado entre esta última e seus empregados.

Neste sentido, a questão do Inadimplemento de verbas trabalhistas na terceirização deve ser analisada sob dois enfoques: 1º) sob o enfoque do contrato de trabalho, quanto à mora da terceirizada em relação a seus empregados e 2º) sob o enfoque extracontratual, quanto à existência ou não de responsabilidade por parte da Administração Pública. Note-se que o objeto do presente trabalho consiste no estudo desta segunda situação, vista isoladamente.

Registre-se, contudo, que o mero fato de a Administração não ter vínculo contratual direto com os empregados da terceirizada não é suficiente para concluir que inexistente qualquer responsabilidade do Poder Público para com estes trabalhadores. A questão vai muito mais além, demandando o estudo de vários institutos e teorias colhidos da doutrina e da jurisprudência para que se possa entender pela responsabilidade ou não do Poder Público nestes casos.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CAMPO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

3.1. Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado passou, no desenrolar da evolução jurídica, pelas seguintes etapas: a) Teoria da Irresponsabilidade do Estado; b) Teoria da Responsabilidade com culpa Civil comum do Estado; c) Teoria da Culpa Administrativa; d) Teoria do Risco Administrativo e d) Teoria do Risco Integral.

3.1.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado

Foi no período absolutista, antecedente às revoluções liberais europeias, que a teoria da Irresponsabilidade do Estado (ou da não responsabilização do Estado) por danos causados a particulares por seus agentes ganhou maior destaque no cenário jurídico de diversos países.

Referida teoria se fundava no argumento de que não era possível ao Estado, que nada mais era do que a personalização da figura real, lesar seus súditos, eis que o rei, enquanto entidade superior, nunca se equivocava nem cometia erros. Daí o surgimento das famosas frases “Le roi ne peut mal faire”, pelos franceses e “the king can do no wrong”, segundo os ingleses.

Neste passo, os agente públicos, enquanto servidores do rei, não cometiam erros, e, por esta razão, não eram passíveis de responsabilização. Com efeito, atuavam como “longa manus” do próprio rei e, como dito, o rei não cometia erros, segundo a teoria em análise.

Esta teoria, conquanto possua um vultoso valor histórico, por refletir com proficiência os ideias liberalistas existentes à época, foi sendo gradativamente superada pela noção de estado liberal, vindo a ser de todo suplantada e tida como inaceitável no atual cenário global. Com efeito, até mesmo os Estados de tradição jurídica anglo-saxã, os últimos a abandoná-la, não mais a aplicam.

3.1.2 Teoria da Responsabilidade com Culpa Civil Comum do Estado

Juntamente com a eclosão dos movimentos revolucionários liberais, e consequente derrocada do modelo absolutista, sobreleva-se a ideia de individualismo entre os homens, e a necessidade de equiparar o Estado ao indivíduo, no que tange aos requisitos necessários à imposição do dever de indenizar.

Desta forma, o Estado se viu obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nos mesmos casos e segundo as mesmas regras aplicáveis à esfera individual de toda e qualquer pessoa.

Em outras palavras, assim como ocorria com os todo e qualquer indivíduo, a comprovação da culpa se mostrava um pressuposto necessário à imposição do dever de indenizar pelo Estado.

Contudo, pelo fato de o Estado ser desprovido de personificação física, sendo sim corporificado por meio de seus agentes, que compõe o seu todo institucional, somente existia obrigação de indenizar quando estes, os agentes, tivessem agido com culpa ou dolo.

Em termos práticos, se uma pessoa era lesionada por um de seus pares ou mesmo pelo Estado, para que se impusesse o dever de indenizar, era imprescindível a demonstração do dolo ou culpa por parte do agente causador do dano. Se este era o Estado, todavia, o dolo ou a culpa a serem provados se referia a atuação do agente público emissor do ato lesivo.

3.1.3 Teoria da Culpa Administrativa

A teoria da culpa administrativa possui enorme relevância no estudo da matéria, pois foi justamente ela que marcou a transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil comum e a responsabilidade objetiva.

Para a teoria da culpa administrativa, o Estado só tem o dever de indenizar o dano sofrido pelo particular se restar comprovada a denominada “falta do serviço”.

Em outras palavras, em nada importa a culpa subjetiva do agente, sendo realmente relevante para efeito de indenização a ocorrência de uma falta na prestação do serviço, devendo esta ser objetivamente considerada.

Assim sendo, havendo irregularidade na execução da atividade administrativa pelo Estado, nasce a obrigação deste em indenizar o particular. Em outras palavras, não se exige que a vítima comprove a existência de uma culpa subjetiva do agente, mas sim de uma culpa especial da Administração, comumente denominada pela doutrina como culpa anônima ou culpa administrativa.

Três são as formas possíveis de se configurar a falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.

Da mesma forma que na teoria anterior, é ônus do particular prejudicado comprovar a ocorrência desta falta, sem o que não se faz possível a configuração do dever estatal de indenizar.

3.1.4 Teoria do Risco Administrativo

Para esta teoria, o dever de indenizar decorre tão somente do fato de ter ocorrido um dano causado ao particular pelo Estado, independentemente da necessidade de comprovação de qualquer tipo de culpa ou dolo deste último. Basta que exista o dano, sem que para ele tenha concorrido o particular.

Em resumo, exige-se somente o nexo direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido para a configuração do dever de indenizar, eis que a culpa da Administração é presumida.

Caso a Administração pretenda se eximir da obrigação de indenizar, deverá provar a existência de culpa exclusiva do particular. Contudo, se comprovar culpa concorrente, será agraciada pela redução do montante indenizatório, na proporção da atuação da vítima. De todo modo, o ônus da prova, nesta teoria, incumbe à Administração, e não ao particular.

3.1.5 Teoria do Risco Integral

Conforme o que foi dito no item anterior, a teoria do risco administrativo independe da comprovação de culpa ou dolo do agente para fins de impor o dever de reparação. Contudo, segundo aquela teoria, é possível ao Estado alegar a existência de culpa ou dolo recíproco da vítima para fins de atenuação e culpa ou dolo exclusivo da vítima para fins de exclusão da indenização pelo Estado.

Dito de outro modo: pela teoria do risco administrativo a vítima não precisa comprovar qualquer a culpa ou dolo do Estado para fins de restar configurada a responsabilidade deste, contudo é possível que este alegue a existência da contribuição da vítima na causação do evento danoso, como forma de mitigar ou excluir a indenização.

A teoria do risco integral, todavia, se mostra muito mais radical, por não admitir que o Estado possa alegar qualquer existência de culpa da vítima para tais efeitos. De fato, basta a existência do evento danoso e do nexa causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, ainda que o dano tenha decorrido de uma atuação exclusivamente imputável ao particular.

Há, na doutrina pátria, doutrinadores que defendem que a teoria do risco integral nunca foi adotada no nosso ordenamento jurídico⁶⁹ por ser “injusta, absurda e inadmissível no direito moderno”⁷⁰, sendo que “a maior parte da doutrina não faz distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimos”⁷¹.

Neste sentido vale transcrever as palavras de Maria Sylvia Di Pietro:

mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitem as causas excludentes da responsabilidade”. É evidente, acrescentamos, que admitir as causas excludentes da responsabilidade na teoria do risco integral significa equipará-la, em todos os aspectos, à teoria do risco administrativo, ou melhor, resulta

⁶⁹ Por todos, conferir MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p 327.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. P. 203.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 89.

na absoluta inexistência de distinção entre duas teorias de responsabilização objetiva do Estado⁷².

3.2. Responsabilidade Civil Estatal segundo a Constituição

A responsabilidade civil objetiva do Estado tem como razão de ser a necessidade de haver uma distribuição igualitária, entre os indivíduos que nele residem, dos prejuízos econômicos provenientes das atividades exercidas pelo Poder Público. Desta forma, busca-se fazer com que todos os administrados, ainda que indiretamente, arquem com os riscos oriundos do atuar estatal.

Com efeito, da mesma forma que toda coletividade é beneficiada com os serviços prestados pelo Estado, essa mesma coletividade deve arcar com os prejuízos dela oriundos, ainda que tal atividade tenha sido prestada de forma viciada pela Administração. Analisando de perto, trata-se de prestigiar o princípio constitucional da isonomia, tão caro à noção de Estado Democrático.

Noutro giro, é de se reconhecer que seria desproporcional exigir que os particulares lesados pela atuação estatal produzissem provas robustas acerca de eventual negligência, imprudência ou imperícia do Estado quando do exercício de seu mister, notadamente pelo fato de a Administração ocupar posição de supremacia frente aos particulares, o que, na grande maioria das vezes, dificultaria sua responsabilização.

Por estes motivos é que a Constituição da República reza, em seu art. 37, § 6º, o seguinte:

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

Este comando prevê a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, por prejuízos causados pela atuação de seus agentes. Não abarca, todavia, os danos oriundos de uma atividade omissiva da Administração Pública, que vê na teoria da culpa administrativa o seu principal fundamento, conforme veremos adiante.

⁷² Idem.

Feitas estas observações, é imprescindível que façamos um estudo acerca da abrangência do dispositivo.

Referido dispositivo se refere a todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Pública direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público.

As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos também estão compreendidas pela referida regra, o que inclui as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuem na prestação de serviços públicos, bem como as pessoas privadas que, embora não integrem a Administração Pública, sejam delegatárias de serviços públicos, o inclui as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviços públicos.

Por outro lado, é importante deixar claro que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuem na exploração de atividade econômica não se enquadram na referida regra, posto que os danos que seus agentes causarem a terceiros serão reparados da mesma maneira que ocorre com toda e qualquer pessoas privada regida pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial.

Outras duas observações de vultosa importância também podem ser extraídas do art. 37, § 6º da Constituição da República.

Primeira observação: ao contrário do que pode parecer de uma leitura precipitada, o referido dispositivo não quer dizer que a responsabilidade objetiva deva ser aplicada a toda e qualquer ação ou omissão estatal que cause dano a terceiros. Com efeito, a abrangência de tal regra circunscreve-se apenas às condutas comissivas, e não as omissivas do Estado.

Segunda observação: o vocábulo “agente” deve ser compreendido em sua acepção mais ampla, posto que não se refere apenas aos servidores públicos, mas também aos empregados das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que integrem ou não a Administração Pública.

Conforme o que foi dito linhas acima, todas as pessoas jurídicas de direito público estão abrangidas pela regra constitucional da responsabilidade objetiva, independentemente do objeto de sua atuação, ao passo que as pessoas jurídicas de

direito privado, incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, além das autorizadas, permissionárias e concessionárias de serviço público.

No que tange a responsabilidade dessas últimas – autorizadas, concessionárias e permissionárias de serviços públicos –, o Supremo Tribunal Federal havia decidido que a

responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público não se estende a terceiros não-usuários, já que somente o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, não cabendo ao mesmo, por esta razão, o ônus de provar a culpa do prestador do serviço na causação do dano⁷³.

Referido entendimento, em que pese a existência de duras críticas por parte da doutrina, perdurou por muito tempo como dominante na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Contudo este entendimento foi alterado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que passou a adotar entendimento segundo o qual a responsabilidade civil das empresas que prestam serviço público também pode se configurar em relação aos danos que sua atuação venha a causar perante a terceiros que não sejam não-usuários do serviço público⁷⁴.

Nesta oportunidade, ficou assente que o § 6º do art. 37 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, e não restritiva, notadamente pelo fato de que a regra, examinada à luz do princípio da isonomia, não distingue terceiros usuários de terceiros não-usuários, sendo que onde a Constituição não distingue não cabe ao terceiro distinguir.

Por outro lado, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no referido julgamento, deixou bem claro que qualquer discriminação no sentido adotado pela posição anterior iria de encontro com a própria ideia de serviço público, enquanto prestação estatal que possui caráter geral, destinado portanto a todos os administrados, sem distinção.

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Pesquisa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>> Acesso em 05 ago. 2011.

⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Pesquisa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>> Acesso em 05 ago. 2011.

Em síntese, não é importante perquirir se a vítima do prejuízo causado pelo prestador de serviço público é ou não é usuária do mesmo, sendo que, para configuração do dever de indenizar, basta que haja um dano produzido por um prestador de serviço público, seja esta pessoa pública ou pessoa privada.

É sabido, todavia, que a Administração Pública, em diversos casos, deve responder subjetivamente, com base na teoria da culpa administrativa. Sobre o assunto, remetemos à leitura do item 3.1.3 do presente trabalho monográfico.

3.3. A Responsabilidade da Administração pelo Inadimplemento de Verbas Trabalhistas pela Prestadora de Serviços na ótica do STF – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

Conforme já salientado em linhas anteriores, o tema central desta monografia – A Administração Pública e o Inadimplemento de Verbas Trabalhistas por Empresa Terceirizada: Responsabilidade Civil Objetiva, Subjetiva ou Irresponsabilidade? –, fora objeto de importantes discussões pela jurisprudência dos tribunais superiores. Realmente, a doutrina acerca da responsabilidade civil do Estado evoluiu, sendo moldada por entendimento exarado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16.⁷⁵ O resultado do referido julgamento, pelo Supremo

⁷⁵ Conferir, a título de exemplo, o informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal: INFORMATIVO Nº 610. TÍTULO ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – 3. PROCESSO ADC – 16. Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“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.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

Tribunal Federal, motivou o Tribunal Superior do Trabalho a alterar sua Súmula 331⁷⁶.

O dispositivo cuja constitucionalidade se pretendeu declarar com a ADC 16 foi o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93⁷⁷ que, em sua literalidade, é expressa no sentido de imunizar a Administração Pública contra eventual imputação de responsabilidade pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas por empresa terceirizada a seus funcionários.

Apesar disso, o Tribunal Superior do Trabalho, na redação antiga⁷⁸ do inciso IV, do enunciado de número 331 de sua Súmula (conforme redação dada pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000), firmou entendimento segundo o qual a Administração deveria sim responder, ainda que subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador.

Exsurgia, assim, um clarividente conflito⁷⁹ entre a regra expressamente colocada no dispositivo legal e a Súmula do TST, posto que esta, de certa forma, conduzia o intérprete a concluir pela negação daquela.

⁷⁶ Enunciado 331, IV - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ A expressão “antiga redação” refere-se ao fato de que o enunciado em estudo sofreu nova alteração no final de 2011, por influência do entendimento adotado pela Corte Suprema, no julgamento da ADC 16, já mencionada.

⁷⁹ Daí concluir-se pela “existência de controvérsia judicial relevante”, requisito *sine qua* não se admite a ação declaratória de Constitucionalidade. Com efeito, o simples fato de existir entendimento jurisprudencial sumulado em contrariedade ao que dispõe o texto expresso de lei, faz presumir que o

Diante deste quadro de aparente insegurança jurídica, o Governador do Distrito Federal ajuizou ação declaratória de constitucionalidade com o intuito de que fosse declarada a validade do já mencionado art. 71, §1º da Lei 8.666/93, posto que sua eficácia de há muito estaria tendo sido negada, sobretudo em razão da orientação firmada e sumulada pela TST⁸⁰.

No mérito da referida ação, o STF relativizou a antiga orientação sumulada pelo TST, reconheceu a complexidade do tema e concluiu pela necessidade de se analisar cada caso concreto a fim de se imputar ou não responsabilidade civil à Administração Pública, sendo esta subjetiva, ou seja, dependendo da comprovação de dolo ou culpa.

Em outras palavras, o STF julgou procedente o pedido, declarando a perfeita constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, sem, contudo, afastar a possibilidade de a Administração Pública ser responsabilizada quando restar caracterizado dolo ou culpa, sobretudo no que concerne ao seu dever de fiscalizar a idoneidade financeira da empresa prestadora de serviços contratada.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a responsabilidade do Poder Público, *in casu*, é subjetiva. Assim, se em um determinado caso concreto ficar demonstrado que a prestadora de serviços nem sequer foi adequadamente fiscalizada pela Administração e que tal fato fora crucial para que se chegasse à grave situação de inadimplemento da primeira perante seus funcionários, caracteriza-se a responsabilidade subsidiária da segunda.

Poder Judiciário estaria afastando a incidência da norma, o que, sabemos, só pode ocorrer em casos de inconstitucionalidade. Todavia, registre-se que, para Cezar Peluso, relator da referida Ação Declaratória, tal requisito não estaria presente, posto que o TST em momento nenhum haveria se manifestado, quando da edição do enunciado sumular, a inconstitucionalidade do preceito. Em que pese este entendimento, adota-se, neste trabalho, a tese que prosperou no STF, segundo a qual o TST sumulou e proferiu diversas decisões com base nesta súmula cuja aplicação irrestrita faz gerar uma presunção de responsabilidade da Administração independente de culpa, o que a bem da verdade não merece prosperar, dada a necessidade de se comprovar a culpa da Administração.

⁸⁰ É o que se extrai pela leitura da própria petição inicial da Ação Declaratória em comento, segundo a qual o Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 teria “sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no Art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado”. (conferir: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>).

Bastante elucidativo é o seguinte trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia a esse respeito:

Admitir-se a irresponsabilidade subsidiária da Administração, em face de seu comportamento omissivo ou irregular na fiscalização do contrato, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame – o § 1º do Art. 71, da Lei 8.666/93 -, em detrimento de uma exegese sistemática – “seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. (...) Porque esse tipo de conduto quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assumas duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação, então, não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga uma segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.”⁸¹

Também a esse respeito, muito elucidativo é o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e estas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico ou mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Está claramente configurada a culpa *in vigilando* e *in eligendo* da Administração.⁸²

Neste mesmo sentido, é o voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

É bem verdade que os pontos que têm sido suscitado pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Pesquisa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 15 mar. 2012.

⁸² Idem

contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.⁸³

A bem da verdade, este entendimento – segundo o qual o disposto no art. 71, §1º da Lei 8.666/93 não impede que a Administração Pública seja responsabilizada mediante a comprovação de sua culpa – há muito tempo vem sendo adotado pelo TST, com base na teoria responsabilidade civil aquiliana do Estado⁸⁴.

O que o art. 71, §1º da Lei 8.666/93 quer dizer é que, tendo em vista o efeito *inter partes* do contrato de trabalho, que não tem o condão de vincular ninguém, senão o empregador e o empregado, não se pode, somente com base no referido contrato, vincular a Administração Pública, que no âmbito da terceirização não ocupa qualquer um desses polos.

Tal fato, entretanto, não tem e nunca teve o condão de afastar a possibilidade de se responsabilizar a Administração de forma subsidiária, com base em outros fundamentos, situados no campo da responsabilidade civil aquiliana, dependente da comprovação de culpa. Neste momento, é imperioso retomar alguns apontamentos que foram desenvolvidos no capítulo anterior.

Vimos que dois são os critérios que devem ser utilizados cumulativamente para diferenciar a responsabilidade civil contratual da aquiliana: a) o critério da natureza do dever jurídico violado e b) o critério da relação jurídica.

⁸³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Pesquisa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 15 mar. 2012.

⁸⁴ Processo: AIRR - 204100-23.2009.5.04.0661 Data de Julgamento: 27/06/2012, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/08/2012; AIRR - 3207-49.2009.5.10.0014 Data de Julgamento: 27/06/2012, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/08/2012; RR - 1629-81.2009.5.10.0004 Data de Julgamento: 27/06/2012, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/08/2012; AIRR - 1121-08.2009.5.10.0014 Data de Julgamento: 08/02/2012, Redator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/08/2012; ED-Ag-AIRR - 3202-27.2009.5.10.0014 Data de Julgamento: 27/06/2012, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2012

Pelo critério da natureza do dever jurídico violado, a responsabilidade contratual tem por fonte a violação de deveres estipulados pela própria vontade dos indivíduos, ao passo que a responsabilidade extracontratual exsurge da violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.

Pelo critério da relação jurídica, a responsabilidade contratual ganha este qualificativo pelo simples fato de haver uma relação jurídica preexistente entre os contratantes, ao passo que a responsabilidade aquiliana não se refere a qualquer relação jurídica anterior.

No que tange ao estudo da responsabilidade da Administração pelo inadimplemento de verbas trabalhistas perante os empregados da empresa prestadora de serviços, seja qual for o critério adotado, vimos que tal análise deve ser feita a luz da responsabilidade civil aquiliana.

Com efeito, na terceirização inexistente qualquer contrato entre o ente público tomador do serviço e os empregados da empresa prestadora. Realmente, o liame decorrente do contrato de trabalho une apenas a empresa prestadora a seus empregados (inexistência de relação jurídica pretérita e direta entre a Administração e os empregados da prestadora), bem como não há falar em um “negócio jurídico” criador de direitos e obrigações entre a Administração e os empregados da prestadora (caso exista a violação de um dever jurídico este não pode decorrer de um prévio acordo de vontades, senão da própria lei, posto que prévio acordo não há entre Administração e empregados da prestadora).

Em outros termos, é correto afirmar que, na terceirização, coexistem duas esferas de responsabilidades distintas: de um lado, a esfera decorrente do liame que une a administração com a empresa prestadora de serviço, e de outro a existência do vínculo empregatício decorrente do contrato de trabalho celebrado entre esta última e seus empregados.

Neste sentido, a questão do Inadimplemento de verbas trabalhistas na terceirização deve ser analisada sob dois enfoques: 1º) sob o enfoque do contrato de trabalho, quanto à mora da terceirizada em relação a seus empregados e 2º) sob o enfoque extracontratual, quanto à existência ou não de responsabilidade por parte

da Administração Pública. Note-se que o objeto do presente trabalho consiste no estudo desta segunda situação, vista isoladamente.

Portanto, se de um lado é possível se afirmar que realmente inexistente vínculo contratual entre Administração e os empregados da prestadora – o que impede sua responsabilização com base no contrato de trabalho visto de forma isolada –, de outro é inegável a possibilidade de que esta venha a ser responsabilizada com base na teoria da responsabilidade civil aquiliana, mediante a comprovação de violação culposa de seu dever de bem zelar pela coisa pública, conduzindo e fiscalizando, de forma idônea e responsável, todo processo de licitação, contratação e execução dos contratos firmados com as empresas que lhe prestem serviço.

E não poderia ser diferente.

É de sabença generalizada que, em todo o território nacional, o Poder Público – seja ele federal, estadual, distrital ou municipal –, mediante um atuar irresponsável de alguns de seus representantes ou agentes, acaba por contratar empresas sem qualquer estrutura financeira ou organizacional necessária e suficiente para honrar com o pagamento de seus empregados.

A Administração, na qualidade de gestora da coisa pública, e tendo em vista os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público, não pode se eximir de bem fiscalizar a celebração e a execução dos contratos que celebra, aí incluído o dever de verificar se a empresa prestadora de serviços está adimplindo com todos os débitos trabalhistas perante seus empregados.

É indiscutível que a Administração goza diretamente da força de trabalho que é despendida pelos empregados da tomadora, posto que é justamente a ela, Administração, que tais serviços são prestados. Por esta razão, a Administração, sob a perspectiva do princípio da proteção do trabalhador, deve zelar pelo fiel respeito dos direitos trabalhistas do empregados da prestadora.

Neste sentido são as palavras de Maurício Godinho Delgado, para quem

Não se pode negar a validade da incidência da responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante (responsabilidade própria a qualquer pessoa jurídica e que não foi excluída do Estado pela Carta Magna – ao contrário, a Constituição, como visto, aprofundou a responsabilidade dos entes estatais). Ora, a entidade estatal que

pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comente culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa *in vigilando* (máfiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (inciso IV da Súmula 331, TST).⁸⁵

Um outro importante fundamento para se afirmar a possibilidade de se responsabilizar a Administração em casos como este reside no princípio da proteção, tão caro ao direito do trabalho contemporâneo.

Informa este princípio que o

Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte insuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. Parte importante da doutrina aponta este princípio como cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.⁸⁶

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também anda no sentido de aplicar o princípio da proteção como fundamento à responsabilização do Estado nestes casos, conforme se infere dos excertos abaixo, pertencentes a recentes julgados prolatados pela Corte Superior Trabalhista.

O primeiro julgado envolve a responsabilização de entidade da administração indireta do Estado do Paraná decorrente do inadimplemento da

⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 461.

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 461.

prestadora pelos débitos trabalhistas, somado a ocorrência de culpa por parte da entidade pública, consubstanciada na falta do dever de vigilância. Como se vê, há expressa referência ao princípio da proteção.

A responsabilização do ora agravante (Departamento de Trânsito do Estado do Paraná – DETRAN/PR), vale dizer, justifica-se em face de vigorar, na esfera trabalhista, o princípio da proteção ao hipossuficiente, que impõe sejam sempre resguardados os direitos do obreiro; e como também o tomador é beneficiário dos serviços por este prestados, a regra é que arque com os créditos trabalhistas que não puderem ser satisfeitos pela empresa interposta, ainda que se trate de ente público. De resto, justifica-se a responsabilização do tomador por sua eventual culpa, seja *in eligendo* ou *in vigilando*.⁸⁷

O segundo excerto se relaciona à responsabilização do Município de Manaus, também decorrente de falta no dever de vigilância somada ao inadimplemento trabalhista por parte da prestadora de serviços. Note-se que este julgado também faz expressa menção ao princípio da proteção.

O trabalho foi considerado pela Constituição da República, um valor social; um dos fundamentos do estado democrático de direito (art. 1º, IV), tanto que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social tem como base o seu primado (art. 193). Diante de tais princípios, impossível privilegiarem-se o capital em detrimento ao trabalho e colocar a administração pública em prioridade sobre o direito social do trabalho e, por fim, tornar as entidades estatais irresponsáveis por seus atos. Como enfatizado na r. sentença, não se busca o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador de serviços, em face à vedação constitucional (art. 37, II, CF/88), porém a responsabilidade subsidiária é salutar para resguardar os direitos do obreiro. Se o particular responde pelos danos causados por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, o Município, cuja finalidade precípua é a realização do bem comum, também deve responder, porquanto não se pode alcançar o bem da coletividade à custa do sacrifício de alguns, ou seja, o laborista que não percebe seus direitos oriundos dos serviços prestados. Entendimento este predominante nos pretórios trabalhistas e já pacificado através do inciso IV, da Súmula n.º 331, do C. TST. O princípio da proteção ao trabalhador autoriza responsabilizar subsidiariamente o tomador de serviços diante da inadimplência da empresa interposta, pelo prejuízo causado ao empregado, cuja força de trabalho foi utilizada em seu proveito. Correta, portanto, a decisão singular que reconheceu o vínculo empregatício com a reclamada e condenou, subsidiariamente, o litisconsorte.⁸⁸

⁸⁷ AIRR - 45240-48.2004.5.09.0017 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010.

⁸⁸ AIRR - 1184040-10.2007.5.11.0007 Data de Julgamento: 20/04/2010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/04/2010.

Dessarte, seja com fundamento na culpa in vigilando, seja com base no princípio da proteção, a Administração pode sim ser responsabilizada na hipótese de inadimplemento da prestadora de serviço quanto às verbas trabalhistas devidas a seus funcionários.

Tal possibilidade, como visto, não é automática, porquanto não decorre da simples configuração da inadimplência, mas decorre, isto sim, da configuração de culpa por parte da Administração, que, de algum modo, falhou no seu mister de bem fiscalizar a empresa prestadora de serviços, inclusive quanto à sua idoneidade financeira.

CONCLUSÕES

1. A terceirização é fenômeno que no Brasil vem ganhando peso desde meados da década de 1980, e consiste na transferência de partes da produção de bens ou serviços a outras empresas diversas daquela que primitivamente os produzia.

2. O Poder Público, na mesma linha da iniciativa privada, passou a utilizar-se da terceirização com a finalidade de transferir a particulares a função de executar serviços como transporte, conservação, reparação, custódia, operação de elevadores, limpeza, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, etc.

3. Nosso ordenamento jurídico, além de autorizar a terceirização pelo Poder Público, em determinadas situações estimula tal prática, buscando assim a promoção de uma maior eficiência administrativa, nos moldes de uma administração gerencial, mais eficaz e menos burocrática.

4. Somente atividades-meio podem ser objeto de terceirização no campo da Administração Pública. Ou seja, da mesma forma que a Administração não pode contratar trabalhadores para exercer atividades-fim sem prévio concurso público, não pode ela celebrar contrato de prestação de serviços terceirizados para execução destas mesmas atividades-fim.

5. Segundo o STF, apenas as atividades que não envolvam de forma precípua o exercício de *jus imperii*, que é titularizado somente por pessoas jurídicas de direito público, é que podem ser objeto de terceirização por parte da Administração Pública.

6. No campo do Direito do Trabalho, a terceirização (aí incluída a terceirização realizada pela Administração Pública), consiste em importante exceção à clássica noção de que o vínculo empregatício apenas poderia estabelecer-se entre quem exerce o poder de comando e quem executa, na medida em que triangulariza as relações jurídico-laborais.

7. O estudo da responsabilidade da Administração pelo inadimplemento de verbas trabalhistas perante os empregados da empresa prestadora de serviços deve

ser realizado exclusivamente à luz da responsabilidade civil aquiliana, e não sob uma perspectiva contratual. Contudo o mero fato de a Administração não ter vínculo contratual com os empregados da terceirizada não é suficiente para se concluir que inexistente qualquer responsabilidade do Poder Público para com estes trabalhadores.

8. A questão envolvendo a possibilidade de se responsabilizar a Administração de forma subsidiária nos casos de terceirização foi objeto de importantes discussões pela jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho.

9. A tese da irresponsabilidade do Estado em matéria de terceirização não merece acolhida, sendo pacífico o entendimento, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, de que o Poder Público pode sim ser responsabilizado, ainda que subsidiariamente à empresa prestadora de serviço.

10. Merece ser prestigiado o entendimento que hoje se mostra pacífico tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Tribunal Superior do Trabalho, pelo qual a responsabilidade da Administração, no caso de terceirização, é subjetiva. Portanto, a mera situação de inadimplência não se mostra suficiente para a configuração da responsabilidade estatal, sendo imprescindível, isso sim, a demonstração de culpa por parte da Administração na fiscalização da empresa prestadora do serviço.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARDONE, Marly. A Terceirização e seus reflexos no Direito do Trabalho, *in* Revista de Direito do Trabalho nº 80, Revista dos Tribunais, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Civil: estudo de direito comparado integrativo*. 1ª ed. São Paulo: Editora da USP, 1972.

CLARO, Carlos Ducci. *Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1971.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr. 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

DENHARDT, Robert. *Theories of Public Organization*. 6ª ed. Boston (USA): Wadsworth, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze *et* PAMPLONA FILHO, Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. São Paulo: Forense. 2ª ed, 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KETTL, Donald. *A Revolução Global: reforma da Administração do Setor Público, in Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARTINS, Heloísa de Souza. *Terceirização – Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho*. São Paulo: Hucitec/Cedi/Nets, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Henry. *Leçons de Droit Civil*. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1938. V. II.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *in Manual Lacerda*. V. XVI, 3ª parte, Tomo I. 1975.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO. João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

VARELA, Antunes. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnold. *Direito das Obrigações*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnold. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no Domínio da Responsabilidade Civil*. Presidência da República: Departamento Administrativo do Serviço Público. 1953.