

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

**THIAGO ALEXANDRE DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
INADIMPLEMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO**

CURITIBA  
2012

**THIAGO ALEXANDRE DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
INADIMPLEMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

Curso de Direito  
Direito Administrativo

Curitiba  
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO ALEXANDRE DOS SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
INADIMPLENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo  
Orientador – Departamento de Direito Público, UFPR

---

Prof. Msc. Daniel Wunder Hachem  
Primeiro Membro - Departamento de Direito Público, UFPR

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado  
Segundo Membro - Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 30 de novembro de 2012

*Aos meus pais, Ari e Tania, por se fazerem  
sempre presentes, mesmo à distância.*

*À Karollynne, grande companheira, desde  
os tempos da "tia Bea", na pré-escola.*

*Obrigado, Taila, por fazer destes cinco anos de faculdade uma experiência muito mais agradável.*

*"A majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão."*

*(Jacques Anatole François Thibault)*

*"Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte."*

*(Charles-Louis de Secondatt)*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>VII</b>
<b>PRÓLOGO.....</b>	<b>VIII</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>1 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>4</b>
1.1 O SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	4
1.2 O JUDICIÁRIO TRABALHISTA E A JUSTIÇA SOCIAL.....	8
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A LEI DE LICITAÇÕES.....</b>	<b>14</b>
2.1 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	14
2.2 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES E A SÚMULA DO TST.....	20
<b>3 A CULPA DO ESTADO E AS OBRIGAÇÕES DE FISCALIZAÇÃO.....</b>	<b>24</b>
3.1 A CULPA COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	24
3.2 OS DEVERES DE FISCALIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO.....	31
<b>4 O ESTADO EM JUÍZO NA TERCEIRIZAÇÃO.....</b>	<b>37</b>
4.1 COMPETÊNCIA MATERIAL.....	37
4.2 ÔNUS DA PROVA.....	43
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## **RESUMO**

Trata da problemática que surgiu ao longo das últimas décadas com o desenvolvimento de técnicas de terceirização de serviços, especificamente em âmbito estatal. Analisa os fundamentos de responsabilidade civil do Estado trazidos por doutrina e jurisprudência para lhe atribuir responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento de verbas trabalhistas de empregados que fornecem sua força de trabalho em proveito da Administração Pública, propondo um novo entendimento para a dinâmica processual relacionada. Conclui que o entendimento da Justiça do Trabalho invade competências privativas de outras esferas de poder e que a responsabilidade do Estado por omissão tem natureza e fundamento distintos da responsabilidade trabalhista imputada ao prestador de serviços, devendo ser julgada em processos separados e ter tratamento diferenciado.



## **ABSTRACT**

This term paper deals with the problem that emerged over the past decades, along with the development of outsourcing techniques, specifically at State level. It analyses the grounds of State civil responsibility brought by doctrine and jurisprudence so as to assign State subsidiary responsibility for the breach of labor rights of the employees who provide labor work in benefit of the Public Administration, thus proposing a new understanding for the related legal proceedings dynamics. It concludes that the understanding of the Labor Justice violates other branches powers, and that the State responsibility by omission has got nature and grounds that are different from those of the responsibility assigned to the outsourcing company, should be judged in separated processes and have a different treatment.

## PRÓLOGO

A terceirização, como fenômeno extrajurídico que apenas posteriormente foi absorvido pelo sistema jurídico, é um tema que ainda hoje merece maior atenção, não apenas pela falta de legislação específica, mas principalmente porque se trata de uma matéria que é objeto de fortes divergências na doutrina e jurisprudência. Não é para menos que o Tribunal Superior do Trabalho, ano passado, dedicou a primeira audiência pública de sua história a tratar exclusivamente das relações de trabalho terceirizado.

Dedico o presente trabalho a tratar apenas de um dos vários aspectos acerca da terceirização que geram discussões em meio acadêmico, qual seja, a responsabilidade do tomador de serviços dentro da relação triangular de trabalho. E neste ponto, especificamente adentrando o universo do Direito Administrativo, na hipótese em que o Estado assume tal posição de contratante dos serviços.

Como servidor público, aliás, é fácil perceber quão problemática é a questão da contratação de serviços que envolvam cessão de mão de obra em dedicação exclusiva, perante as condenações impostas pela Justiça do Trabalho aos entes públicos de todas as esferas de governo. Em defesa, criaram-se internamente mecanismos de proteção do erário pouco eficientes, com um custo-benefício altamente duvidoso e cuja legalidade é ainda mais questionável.

Não pretendo apresentar uma solução definitiva e irreformável para a questão da participação do Estado em relações de terceirização, mas tão somente contribuir com uma nova perspectiva acerca da problemática, propondo um ponto de vista diferente e trazendo outros argumentos que poderão enriquecer o pensamento jurídico da comunidade científica.

A exposição de ideias começa por uma contextualização do panorama da terceirização em geral, procurando então demonstrar que o casuísmo das cortes trabalhistas deve ser afastado na análise da responsabilidade do Estado. Em seguida, dois capítulos tratando das teorias da responsabilidade civil, respectivamente quanto às fontes de obrigação e quanto ao elemento subjetivo como pressuposto de sua

configuração, procedendo-se, em cada caso, à aplicação prática na situação da Administração perante os serviços terceirizados.

Em cada capítulo, após a exposição das premissas teóricas nas quais se baseiam meus argumentos, passo a um exercício de raciocínio dedutivo que conecta cada tema a sua respectiva consequência prática aqui defendida.

Por fim, elaborou-se um capítulo dedicado a descrever algumas consequências processuais da posição aqui adotada, demonstrando como a condenação do Estado pode ser obtida em via judicial, na prática, de forma a que o pensamento defendido neste trabalho não se torne um conteúdo sem qualquer possibilidade de aplicação prática.

## INTRODUÇÃO

Se, por um lado, é inquestionável a necessidade de segmentação didática do Direito em diversos ramos de concentração de estudo, de forma que o conhecimento referente ao estudo e à aplicação das normas jurídicas possa ser aprofundado e especializado, por outro lado, diversas situações concretas não podem ser inteiramente abrangidas por apenas um ramo jurídico, impondo-se a confluência de dois ou mais subsistemas.

Considere-se, então, uma situação envolvendo Direito Administrativo e Direito do Trabalho. Poder-se-ia imaginar, em princípio, uma visível incompatibilidade entre dois ramos jurídicos que, à primeira vista, possuem princípios diametralmente opostos: de um lado, o Estado, vinculado aos ditames da Lei, imerso em uma realidade própria em que a legalidade em sentido amplo impera; de outro, os empregados protegidos por normas trabalhistas, num contexto marcado pela primazia da realidade, capaz de invalidar qualquer ato formal pactuado entre empregador e empregado.

Ocorre que o ordenamento jurídico, nos termos do pensamento de Norberto Bobbio, como um sistema, é dotado de unidade, coerência e completude.<sup>1</sup> Os conflitos de normas são, em realidade, aparentes, e cabe aos operadores do Direito a correta aplicação da hermenêutica de forma a definir corretamente como as normas se comunicam e se aplicam, harmoniosamente.

Sobre tal contexto, desenvolve-se a polêmica da terceirização de serviços na Administração Pública. Se o panorama atual das relações triangulares de trabalho já é em si conturbado por falta de previsão legal expressa, quando o tema se coloca na realidade da atividade estatal, os questionamentos aumentam.

De início, é importante esclarecer que a polêmica se desenvolve especificamente nos contratos administrativos para cuja execução se faz necessária a alocação de mão de obra em dedicação exclusiva, isto é, a disponibilização de trabalhadores cuja jornada de trabalho é integralmente dedicada à prestação dos serviços para a Administração Pública.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1989, p. 34 e 35.

Nesse sentido, se o Estado contrata um serviço a ser prestado por empregados de empresa privada (aqui denominada de prestadora de serviços), envolvendo-se, assim, em uma relação triangular de trabalho e assumindo a posição de tomador de serviços, qual vinculação poderia ter com os empregados contratados pelo prestador de tais serviços? Existe qualquer espécie de responsabilidade a ser imputada à Administração Pública pelo descumprimento de obrigações originadas do contrato de trabalho entre o prestador de serviços e seus empregados?

Até hoje ainda não existe uma resposta pacificada para tal questionamento, apesar de já ter sido trazido à discussão diversas vezes, tendo sido inicialmente objeto do Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho – TST e posteriormente revisado na forma da Súmula 331 do mesmo Tribunal. De fato, a polêmica surgiu com o advento da Lei de Licitações nº 8.666/93, que em seu artigo 71 parece trazer previsão diametralmente oposta ao entendimento da corte trabalhista, consubstanciado na referida súmula. Em consequência, o Governo do Distrito Federal ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16, levando o Supremo Tribunal Federal - STF a debater o tema, o que acarretou na alteração da Súmula 331.

A grande problemática se refere, em verdade, ao fato de que o Direito confere determinadas prerrogativas a ambos sujeitos que se colocam em confronto diante da situação concreta enfrentada pela terceirização de serviços na Administração Pública. Se, de um lado, o trabalhador dispõe de diversos privilégios garantidos pela legislação trabalhista, de forma a compensar sua vulnerabilidade e hipossuficiência diante do empregador e dos Tribunais do Trabalho, do outro lado, situa-se o Estado, que, por se constituir em coisa pública, possui certas preferências sobre direitos particulares.

E, neste aspecto, a temática envolve não apenas Direito Administrativo e Direito do Trabalho, mas o próprio Direito Constitucional, bem como noções de Direito Civil, Processo Civil e Processo do Trabalho, impondo-se uma interpretação harmoniosa de todos os ramos do Direito, de forma a se obter um denominador comum que possa explicar efetivamente a relação entre Administração Pública e empregados celetistas que laboram em favor dos entes estatais, apesar de não manterem com ele vínculos de trabalho.

Poder-se-ia imaginar, em princípio, que com o julgamento da ADC nº 16 pela Suprema Corte a polêmica teria desaparecido. Ocorre que ainda permanecem dúvidas, já que o próprio STF, quando do julgamento da ADC, acabou não enfrentando todos os contornos que a matéria poderia exigir. Restam indagações sobre diversas questões direta e indiretamente relacionadas ao tema e não suscitadas pela Suprema Corte, e que ainda são objeto de questionamento por órgãos da Administração Pública, em via judicial, quando chamados pela Justiça Trabalhista a responder por encargos inadimplidos em contratos de trabalho entre prestador de serviço e seus empregados.

Pretende-se, assim, delinear os pontos mais suscitados na doutrina e jurisprudência, bem como traçar os diversos contornos da problemática, procurando encontrar uma resposta satisfatória à questão de imputação de deveres à Administração Pública por conta de violações à Lei e a negócios jurídicos, de forma a se estabelecer um embasamento legal que possa servir de fundamento às decisões da Justiça do Trabalho no enfrentamento da situação concreta.

# 1 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO JURISPRUDENCIAL

## 1.1 O surgimento da terceirização

O estudo do tema da responsabilidade civil do Estado na terceirização de serviços deve ser iniciado pela conceituação relacionada à criação de uma relação triangular de trabalho, fora dos moldes clássicos previstos pela Consolidação das Leis Trabalhistas. De fato, a CLT, e o Direito do Trabalho no geral, não previam originalmente a possibilidade de que um empregado pudesse ser contratado por determinada empresa e direcionar sua força de trabalho a outra empresa fora do grupo econômico da primeira, já que à época da elaboração da Consolidação das Leis Trabalhistas tal fenômeno não era praticado em meio empresarial.<sup>2</sup>

A recepção de práticas de terceirização pelo sistema jurídico nacional deve ser entendida dentro de um panorama socioeconômico mais amplo. É que o sistema jurídico não pode ser concebido isoladamente, divorciado do Estado e da Economia.<sup>3</sup> Ou, como afirma Eros Roberto Grau, “produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal.”<sup>4</sup> Nesse sentido, o fenômeno da terceirização insere-se em um contexto social de redução de garantias dos empregados que culminou com o que doutrina e jurisprudência costumam denominar flexibilização das relações trabalhistas.

Trata-se, em verdade, de modificações especialmente no tocante à estipulação de salários, procedimentos de despedida, jornada de trabalho, duração do contrato e contratação de mão-de-obra, todas criadas no seio do cotidiano empresarial, sem

---

<sup>2</sup> A Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, no ano de 1943, enquanto que as primeiras manifestações da forma de terceirização no Brasil foram observadas apenas na década de 1980. (CAFFARO, Leonardo de Mello. A Terceirização na Administração Pública e as Conseqüências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria – A Ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2011, n. 214, p. 1190.)

<sup>3</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações do Direito do Trabalho à Luz do Neoliberalismo. In: **Revista Jurídica**. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1981, v. 15, n. 13, p. 139.

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19.

qualquer previsão legal, e que foram em parte toleradas pela jurisprudência nacional.<sup>5</sup> Amauri Mascaro Nascimento define este abrandamento do garantismo trabalhista como toda a medida “destinada a reconhecer que a lei trabalhista e a sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento econômico”.<sup>6</sup>

Costumam-se apontar como causas dessa relativização de direitos trabalhistas as profundas mudanças tecnológicas ocorridas ao longo do século XX, a crise econômica, a competição na economia mundial, bem como o aumento do desemprego; fatores que levaram os setores econômicos a procurar formas de produção que proporcionassem maior eficiência produtiva e redução de custos.<sup>7</sup>

Aliada a isto, a mudança de modelo estatal, anteriormente norteado pelas diretrizes de uma ideologia de bem-estar social, e que posteriormente retornou à política do Estado mínimo, permitiu um afastamento do Estado sobre as relações entre trabalho e capital,<sup>8</sup> concedendo autonomia da vontade para que empregador e empregado transacionem nos contratos de trabalho,<sup>9</sup> negociando direitos que anteriormente seriam considerados indisponíveis.

Tal fenômeno espelha a impossibilidade de manutenção dos objetivos iniciais do Direito do Trabalho, diretamente influenciado pelos detentores dos meios de produção, os quais demandaram, ao longo das últimas décadas, uma ampliação das possibilidades de regulamentação autônoma, com menor interferência do poder estatal, alegando que a legislação seria demasiado estanque para acompanhar as mudanças sociais.

Vários doutrinadores do direito laboral, por outro lado, concebem a flexibilização com ressalvas, por levar a uma inevitável precarização das relações de trabalho em prejuízo do trabalhador.<sup>10</sup> Cássio Mesquita Barros vai mais além, descrevendo-a como

---

<sup>5</sup> CAMPOS, José Ribeiro de. **A terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 19 e 20.

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

<sup>7</sup> CAMPOS, José Ribeiro de. **A terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. Op. cit., p. 17.

<sup>8</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Transformações do Direito do Trabalho ...** Op. cit., p. 140.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Lourival José de. Os Limites da Flexibilização no Direito do Trabalho sob uma Perspectiva Constitucional. In: **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Justiça Federal do RJ, 2010, n. 27, p. 120.

<sup>10</sup> Nesse sentido, cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Transformações do Direito do Trabalho ...** Op. cit., p. 153.



uma “intenção neoliberal de destruir o Direito do Trabalho, na sua essência, para transferir às classes trabalhadoras os encargos de pagar a conta da crise econômica”.<sup>11</sup>

De todo modo, a terceirização de serviços compõe um dos modos de flexibilização do garantismo trabalhista, superando o modelo bilateral da relação de emprego e transferindo a prestação de serviços a terceiros, que se encarregam dos contratos de trabalho. Para Barros, “é uma estratégia econômica através da qual um terceiro, em condições de parceria, presta serviços ou produz bens para uma empresa que o contrata”.<sup>12</sup> Em seu turno, José Ribeiro de Campos aponta para uma “técnica moderna de gestão empresarial (...) relacionada com a qualidade, a competitividade e a produtividade, facultada à empresa concentrar-se no seu produto estratégico”.

Quanto à origem etimológica da palavra, Maurício Delgado Godinho assim a explica:

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.<sup>13</sup>

Surgem, em suma, três personagens: (1) o tomador de serviços, empresa que descentraliza suas atividades-meio, focalizando na sua atividade-fim, firmando um contrato civil com (2) o prestador de serviços, empresa especializada que fornece bens ou serviços ao tomador, utilizando-se da força de trabalho do (3) empregado, que mantém contrato de trabalho unicamente com o prestador de serviços. Ou, conforme Godinho, “por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”.<sup>14</sup>

A origem da terceirização é frequentemente associada ao sistema japonês criado por Taiichi Ohno – o Toyotismo, caracterizado por uma flexibilização do modelo de

---

<sup>11</sup> BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 5, n. 21, p. 269.

<sup>12</sup> BARROS, Cássio Mesquita. **Flexibilização do Direito do Trabalho ...** Op. cit., p. 269.

<sup>13</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 426.

<sup>14</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 426.

produção anterior, o Fordismo, em que todas as etapas de produção eram realizadas e centralizadas por uma mesma empresa. Neste novo modelo, ao contrário, as estruturas corporativas foram reduzidas e várias etapas da cadeia produtiva repassadas a terceiros, desenvolvendo-se processos logísticos mais ágeis (tais qual o mundialmente conhecido “*just in time*”) e especializando-se as etapas de produção que permaneceram com a empresa principal.<sup>15</sup>

O modelo trilateral empregatício passou a integrar as práticas empresariais do setor privado independentemente de previsão legal que permitisse esta alteração do modelo clássico de relação de trabalho, tendo evoluído “à margem da normatividade heterônoma estatal”.<sup>16</sup> A atividade legiferante, de fato, pouco criou de regulamentação. Podem-se citar como exemplos a Lei de Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) e a Lei nº 7.102/83, que dispunha sobre serviços de vigilância e transporte de valores. Em consequência, a jurisprudência viu-se compelida a tratar do tema, que foi se incorporando à realidade da economia de maneira cada vez mais enfática, exigindo uma resposta dos Tribunais, frente às demandas concretas que se lhe apresentavam.

Fato é que, tal quais as demais formas de flexibilização das normas trabalhistas, a terceirização é condenada por boa parte da doutrina trabalhista, com base no raciocínio de que estaria apenas beneficiando as empresas, reduzindo custos e transmitindo-os aos empregados, que arcariam com as conseqüências negativas.

Gabriela Neves Delgado aponta para uma tendência de ampliação do desemprego e aumento de rotatividade de mão-de-obra, gerando insegurança para o empregado.<sup>17</sup> Além disso, Ives Gandra da Silva Martins Filho também descreve a “deteriorização nas condições de higiene e segurança do trabalho”, bem como “pulverização da ação sindical e impossibilidade de integração do empregado com a empresa”.<sup>18</sup>

Independente disto, o setor público adotou a sistemática e estabeleceu a terceirização de atividades como uma de suas diretrizes estratégicas, já em 1967, com

---

<sup>15</sup> SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Terceirização – Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2012, n. 217, p. 277-282.

<sup>16</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 429.

<sup>17</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – paradoxo do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 170.

<sup>18</sup> CAMPOS, José Ribeiro. **A terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. Op. cit., p 23.

a edição do Decreto-lei nº 200/67, objetivando o repasse da execução de atividades acessórias a empresas particulares e “permitindo à Administração direcionar seus recursos humanos, materiais e financeiros para a execução de suas atividades finalísticas e institucionais”.<sup>19</sup>

Para as atividades do Estado, de fato, a sistemática da terceirização permite uma desburocratização, reduzindo sua estrutura organizacional, e melhoria na qualidade dos serviços prestados, bem como uma maior agilidade na tomada de decisões e demais atividades administrativas.<sup>20</sup> Consiste, pois, em decisão estratégica que cumpre um papel fundamental na concretização do princípio constitucionalmente previsto da eficiência.

Apesar da previsão do diploma normativo de 1967, entretanto, a terceirização ganhou impulso apenas na década de 1990, quando o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso deu início a um processo de redução do aparelho estatal, limitando gastos com pessoal e utilizando-se amplamente da terceirização como forma de proporcionar maior eficiência aos serviços públicos.<sup>21</sup>

Da ampliação das atividades terceirizadas do Estado decorreu logicamente o aumento de demandas judiciais na Justiça do Trabalho em que os entes da Fazenda Pública eram intimados a comparecer a juízo para responder pelos débitos oriundos dos contratos de trabalho e não adimplidos pela prestadora de serviços contratada pela Administração.

## 1.2 O Judiciário trabalhista e a Justiça Social

Paralelamente ao impulsionamento da terceirização dos diversos setores estatais e privados, e como forma de tentar balancear a precarização oriunda das relações triangulares trabalhistas, os Tribunais do Trabalho passaram a se preocupar com a

---

<sup>19</sup> SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **Terceirização - Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública ...** Op. cit., p. 277.

<sup>20</sup> QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Manual de Terceirização**. São Paulo: STS, 1992, p. 19.

<sup>21</sup> SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **Terceirização - Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública ...** Op. cit., p. 278.

vinculação que haveria entre o tomador de serviços e o empregado, especialmente no tocante à responsabilidade pelo inadimplemento de obrigações decorrentes do contrato de trabalho entre o empregado e o prestador de serviços, bem como no reconhecimento ou não de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços, caso demonstrados os requisitos da relação de emprego.

O raciocínio da Justiça Trabalhista baseava-se (e ainda se baseia) nos fatos de que a terceirização é prejudicial ao trabalhador e de que o tomador de serviços é quem mais se beneficia com tal forma de relação trabalhista, já que o sistema lhe permite redução de custos e especialização de atividades. Ou seja, como consequência do princípio justrabalhista da alteridade,<sup>22</sup> quem se beneficiou da força de trabalho deve assumir as consequências e os riscos da terceirização.<sup>23</sup> Assim, não poderia o tomador se esquivar de servir como uma espécie de “garantidor” da relação de trabalho entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados, respondendo objetivamente por inadimplemento de encargos trabalhistas oriundos dos contratos de trabalho.

Sob tal enfoque, o TST, por meio da Resolução nº 23/1993, editou a Súmula nº 331, que em seu inciso IV, previa que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”.

Em outras palavras, o tribunal trabalhista passou a imputar ao tomador de serviços, fosse ele empresa particular ou órgão da Administração, a responsabilidade subsidiária na hipótese de condenação da empresa prestadora de serviços ao pagamento de verbas trabalhistas originadas do contrato de trabalho. Além disso, a imputação era automática, vale dizer, não se procedia a qualquer verificação em concreto da postura do ente público perante a relação de trabalho para determinar sua obrigação subsidiária, sendo imediatamente condenado.

---

<sup>22</sup> Também chamada de princípio da assunção de riscos, a alteridade é definida por Godinho como a circunstância de que "o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado." (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 394.)

<sup>23</sup> CAFFARO, Leonardo de Mello. **A Terceirização na Administração Pública e as Consequências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria ...** Op. cit., p. 1190.

Parece, assim, que a magistratura laboral decidiu por fazer justiça social, vislumbrando na imputação de responsabilidade civil à Administração Pública uma possibilidade de concretizar a efetiva tutela jurisdicional aos empregados de empresas de terceirização de mão de obra. E, de fato, executar a Fazenda Pública é muito mais benéfico ao empregado reclamante na ação judicial, já que, diante do Estado, não se corre o risco de ver o polo passivo da demanda simplesmente desaparecer sem saldar as dívidas e deixar o empregado na mesma situação degradante na qual se encontrava.

O intuito da Justiça do Trabalho de proteger única e exclusivamente o trabalhador era tão nítido que, mesmo em casos de terceirização ilícita – diante do impedimento constitucional de formação de vínculo com a Administração Pública (refletido no inc. II da Súmula nº 331 do TST) –, em vez de reconhecer o vínculo nulo com a Administração (Súmula nº 363 da CRFB/88, mesmo com a possível consequência legal do § 2º do art. 37 da CRFB/88), este era mantido com a empresa de prestação de serviços (diferentemente do inc. I da Súmula nº 331 do TST) para atribuir a responsabilidade subsidiária com o ente público, visto que o inc. II exclui a possibilidade de vínculo de emprego válido.<sup>24</sup>

É compreensível a posição tomada pelas cortes trabalhistas, que já contam com um aparato especializado de proteção ao trabalhador, tido como hipossuficiente na relação processual, e que se deparam com uma massa de mão de obra extremamente precarizada e, muitas vezes, em situação econômica desfavorável, por meses sem receber salários e diante de um corpo empresarial que desaparece sem deixar vestígios.

Nesse sentido é a posição de Mauro César Martins de Souza, para quem a responsabilidade do tomador de serviços é questão de ordem social, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador e a natureza dos créditos trabalhistas, necessários a sua subsistência.<sup>25</sup> Igualmente Ricardo José Macedo de Britto Pereira afirma que não se pode admitir que o trabalhador sofra qualquer prejuízo, devendo-se responsabilizar também o tomador de serviços, por ser a empresa o destinatário de todas as vantagens advindas com a terceirização.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> CAFFARO, Leonardo de Mello. \_\_\_\_\_.

<sup>25</sup> SOUZA, Mauro César Martins de. Responsabilização do tomador de serviços na terceirização. In: **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, 2001, n. 142, p. 149.

<sup>26</sup> PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **A Responsabilidade do tomador na prestação de serviços terceirizada**. Revista do Ministério Público do Trabalho, n. 18, 1999, p. 117.

A posição da Corte Laboral, por outro lado, encontra posições contrárias em parte da doutrina, como Aurélio Pires e Luiz Carlos Amorim Robortella. Pires afirma ser injusto que se transfira ao tomador de serviços o reparo pelo descumprimento das obrigações do contrato de trabalho tendo como base unicamente “uma colocação jurisprudencial de responsabilidade subsidiária, e sem a existência de lei que a tanto autorize.”<sup>27</sup>

E, de fato, tal atitude do Judiciário carece de qualquer respaldo legal. Não existe norma alguma no sistema jurídico nacional que fundamente o dever de indenizar, ou de garantir um contrato, com base no mero fato de que determinada pessoa se beneficiou daquele contrato. Nas palavras de Caffaro, “criou-se hoje uma verdadeira indústria de responsabilização da Administração Pública com pedidos de responsabilidade subsidiária destituídos da devida fundamentação jurídica.”<sup>28</sup>

Aliás, manter um raciocínio segundo o qual o fundamento da indenização é a obtenção de um benefício pelo ente estatal levaria ao absurdo de se conceber que a Fazenda Pública seja obrigada a indenizar subsidiariamente todo e qualquer trabalhador privado que não consiga executar judicialmente seu empregador, mesmo que este trabalhador nunca antes tenha desempenhado qualquer função acessória relativa a um órgão público.

Afinal, de uma forma ou de outra, o Estado também se beneficia de todas as relações empregatícias privadas, mesmo não integrando uma relação triangular de trabalho: basta calcular a quantidade de tributos cuja base de cálculo é justamente a folha de pagamento de uma empresa privada qualquer e perceber que a contratação formal de empregados é uma importante fonte de renda para os cofres públicos.

Bem afirma Gilmar Ferreira Mendes que o Estado não pode se converter em uma “seguradora universal”:

Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente.

---

<sup>27</sup> PIRES, Aurélio. Terceirização: responsabilidades – um tema para reflexão. In: **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, n. 31, p. 150.

<sup>28</sup> CAFFARO, Leonardo de Mello. **A Terceirização na Administração Pública e as Conseqüências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria ...** Op. cit., p. 1190.

Por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo "à brasileira", no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados.<sup>29</sup>

Obviamente seu discurso não está direcionado à massa de trabalhadores quando se refere a "segmentos largamente privilegiados", mas a lógica de seu pensamento justamente permeia a ideia de que não é possível a socialização de danos que atingem interesses particulares sem o devido fundamento para o nexos de imputação. É a mesma preocupação manifestada por Alexandre Santos de Aragão:

Para alguns, esta superproteção pode ser vista como um avanço do direito brasileiro em relação ao de outros países, mas outros podem vê-la como, na verdade, um nível de preocupação não muito elevado com o erário da coletividade, como uma emanção da consciência brasileira de ver o Estado menos como uma *res publica* e mais como uma *res nullius*.<sup>30</sup>

Nesse sentido, é importante ter em mente que a condenação da Fazenda Pública necessariamente implica em socialização das perdas com toda a comunidade, já que o patrimônio do Estado é patrimônio público, formado por meio de recursos adquiridos dos particulares, e eventuais perdas serão a eles repassadas por meio do acréscimo de tarifas ou tributos.

Além disso, a assunção de uma nova modalidade de responsabilização do Estado pelo Judiciário, à margem de previsão legal, constitui-se em verdadeira violação do princípio constitucional de separação dos poderes, por meio da usurpação de competências privativas do Poder Legislativo. "Legislar, administrar e julgar são funções distintas, que exigem aptidões diferentes, exercendo-se em condições peculiares a cada uma, em atmosfera especial."<sup>31</sup> Afirma Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema

---

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/perplex.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/perplex.htm)> Acesso em: 22 jul. 2012.

<sup>30</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. In: **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, v. 5, n. 18, p. 224.

<sup>31</sup> CASTRO, Flávia Viveiros de. O Princípio da Separação dos Poderes. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 144.

Corte, que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juizes apliquem a Constituição por meio de interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.<sup>32</sup>

O Judiciário tem, sim, a função de preencher as lacunas da lei por métodos de interpretação e integração, mas não se trata de criar novas normas, de exercer um verdadeiro ativismo judicial descabido. O órgão jurisdicional não pode se imiscuir em atividade legiferante de competência típica e exclusiva do Poder Legislativo, único legitimado para a elaboração de leis, por meio de representantes do povo eleitos democraticamente.

Se o Estado, então, verificar a necessidade de implantação de alguma espécie de política corretiva de desigualdades sociais, tal como realizado especialmente nas medidas de Ação Afirmativa,<sup>33</sup> tal atitude deve ser tomada pelo Poder Executivo, ou ainda por meio do Poder Legislativo, criando novas normas e formas de atribuição de responsabilidade.

Necessário, então, que se analisem as formas de imputação do dever de indenização ao Estado, para que se determinem os termos em que a Fazenda Pública possa ser condenada ao pagamento de encargos aos trabalhadores contratados pela empresa prestadora de serviços. Uma análise mais detalhada deve ser realizada, pois os fundamentos utilizados pela justiça laboral são incompatíveis com o sistema jurídico constitucional.

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

<sup>33</sup> Sandro Cesar Cell define Ação Afirmativa como "uma série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade. (CELL, Sandro Cesar. **Ação Afirmativa e Democracia Racial: Uma Introdução ao debate no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 15.)



## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A LEI DE LICITAÇÕES

### 2.1 A responsabilidade extracontratual nos contratos administrativos

O primeiro aspecto a ser analisado para a correta elucidação dos questionamentos a respeito das obrigações atribuídas à Administração por conta de sua participação em relações de trabalho terceirizado refere-se justamente às formas pelas quais pode o Estado ser condenado a determinada obrigação. São os mecanismos de imputação que constituem o núcleo que irá determinar se estão corretas as decisões da Corte Trabalhista, e até mesmo do STF.

Assim, se o Estado se vê compelido a indenizar terceiros por conta das atividades da Administração Pública,<sup>34</sup> o mecanismo que possibilita o surgimento de tal obrigação é necessariamente a responsabilidade civil.<sup>35</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho a define como “o dever jurídico imposto às pessoas físicas ou jurídicas que detêm capacidade para a prática de atos da vida civil de oferecerem uma resposta, quando, por ação ou omissão, causarem dano ao patrimônio alheio”.<sup>36</sup>

Maria Helena Diniz observa que a responsabilidade civil é “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em

---

<sup>34</sup> Embora seja comum que se refira à responsabilidade civil da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que “a responsabilidade é do **Estado**, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 638) Hely Lopes Meirelles, por sua vez, preferia referir-se à Administração Pública, pois a responsabilidade surge da atividade administrativa dos órgãos públicos, “e não dos atos do Estado como entidade política”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1989, p. 548.)

<sup>35</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, nem sempre o dever de o Estado indenizar decorre da responsabilidade civil. Este autor aponta hipóteses que denomina de “sacrifício de direito”, em que não entende configurada a responsabilidade civil, apesar de surgir para o Estado o dever de indenizar o administrado, como nos casos de desapropriação. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 994).

<sup>36</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189.

razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.<sup>37</sup>

No campo de atuação da Administração Pública, a responsabilidade civil se determina como resultado de danos que a atividade administrativa ocasione ao patrimônio dos cidadãos, trazendo ao Estado a obrigação de seu ressarcimento.<sup>38</sup> Bacellar Filho adverte, ainda, que a adoção do termo “responsabilidade civil” poderia levar à suposição de que a responsabilidade da Administração Pública estaria regida pelo Direito Civil, quando a incidência do Direito Privado é meramente subsidiária.”<sup>39</sup>

De qualquer forma, seja sob a égide do Direito Privado ou do Direito Público, toda e qualquer hipótese de responsabilidade civil requer, para sua configuração, a confluência de ao menos três pressupostos: ação ou omissão do agente, relação de causalidade e dano.<sup>40</sup> A ação pode ocorrer por ato próprio ou de terceiro, sendo que, nesta última hipótese, a responsabilidade pode decorrer de danos causados por filho menor sob guarda, empregados, serviçais, prepostos, hóspedes, moradores e educandos.<sup>41</sup> A omissão, por sua vez, deve ser juridicamente relevante, trazendo prejuízos a terceiro. “É preciso que o omitente tenha um dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever esse que advenha da lei, ou do negócio jurídico, ou ainda de uma conduta anterior do próprio omitente, que tenha causado risco do acontecimento, o que lhe impõe o dever de agir para impedi-lo”.<sup>42</sup>

Além disso, é necessária a existência de dano certo para a configuração de responsabilidade civil. Requer-se a “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse

---

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34.

<sup>38</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

<sup>39</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Op. cit., p. 195.

<sup>40</sup> Reinaldo Antônio Aleixo aponta uma imprecisão doutrinária na definição dos pressupostos da responsabilidade civil, “alguns entendendo que os elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil é o fato danoso, o prejuízo e o liame entre eles (Marty e Raynaud), e outros culpa e a imputabilidade (Savatier), e ainda, o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade (Trabucchi)”. (ALEIXO, Reinaldo Antônio. Responsabilidade Civil – Circunstâncias Escusativas do Dever de Indenizar: Excludentes de Responsabilidade. Exceções à Imputabilidade; Cláusula de Não Indenizar. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, n. 28. p. 195.)

<sup>41</sup> QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

<sup>42</sup> ALEIXO, Reinaldo Antônio. **Responsabilidade Civil ...** Op. cit., p. 196.

jurídico, patrimonial ou moral”.<sup>43</sup> Por fim, é essencial que exista um nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido, isto é, que se verifique que a ação ou omissão tenha sido condição necessária para a ocorrência do dano, e que tal dano não ocorreria se o agente tivesse agido de maneira distinta.<sup>44</sup> Além destes requisitos, as situações da chamada responsabilidade subjetiva exigem ainda a presença do elemento subjetivo da culpa para sua configuração.

A responsabilidade civil comporta uma divisão que a classifica entre contratual e extracontratual, segundo sua fonte, ou seja, segundo a origem da obrigação violada. Denomina-se contratual quando decorre da violação de um negócio jurídico celebrado entre duas pessoas. Por outro lado, quando a responsabilidade não tem origem em um negócio jurídico, mas sim em um dever legal de atuação ou abstenção, classifica-se como extracontratual.

A responsabilidade contratual pode se configurar ainda que decorrente de negócios unilaterais (como uma promessa de recompensa) ou mesmo da lei (obrigação de alimentos). O que se tem em comum, pois, é a existência de uma relação jurídica prévia entre autor e vítima do dano.

A extracontratual, por sua vez, corresponde a “deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor”.<sup>45</sup> Nesse sentido, independe de relação jurídica anterior entre autor e vítima, o que não significa que esta não possa existir, mas simplesmente que o dever de indenizar não decorre de tal relação.

Existe atualmente uma tendência a se filiar a uma concepção monista da responsabilidade civil, refutando-se essa dualidade entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois se entende que independente da forma como se apresenta, tanto seus pressupostos como seus efeitos serão os mesmos.<sup>46</sup> É o pensamento, por

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. Op. cit., p. 58.

<sup>44</sup> GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceitos e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, n. 28, p. 183.

<sup>45</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

<sup>46</sup> QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. Op cit., p. 9.

exemplo, de Fábio Ulhoa Coelho, que não se detém à análise de tal classificação por considerar inexistir relevância prática.<sup>47</sup>

O sistema jurídico brasileiro, entretanto, adota ainda a teoria dualista ou clássica da origem da responsabilidade,<sup>48</sup> definindo o Código Civil, em seus artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, a responsabilidade extracontratual, e nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes, a contratual. Algumas diferenças, de fato, podem ser mencionadas.

A mais enfática diz respeito apenas às hipóteses de responsabilidade subjetiva, em que a culpa é necessária à sua configuração. Nesse sentido, a responsabilidade contratual traz uma inversão no ônus probatório: o mero descumprimento do negócio jurídico faz surgir presunção de culpa do agente que o violou, devendo este comprovar que agiu sem culpa. Na extracontratual, por outro lado, ao lesado incumbe comprovar a culpa, em sentido amplo, do causador do dano.

Além disso, a responsabilidade civil contratual só pode surgir se o agente causador do dano, ao celebrar negócio jurídico, era plenamente capaz da prática de atos da vida civil, sob pena de nulidade do negócio e consequente ausência de efeitos. Já a responsabilidade extracontratual pode surgir mesmo que o agente causador do dano seja incapaz, cabendo a reparação, neste caso, aos seus responsáveis legais.<sup>49</sup>

Adotando o entendimento da teoria dualista, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, no julgamento da ADC nº 16, afirmou que a responsabilidade civil da Administração Pública tem natureza contratual, não se aplicando à situação fática a disciplina trazida pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que, segundo ela, apenas rege os atos ilícitos típicos de responsabilidade extracontratual do Estado. O parágrafo sexto do referido artigo assim estabelece:

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

---

<sup>47</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. v. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

<sup>48</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 459.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Op. cit., p. 29.

Na relação triangular em que se insere a Administração Pública, concebem-se inicialmente duas relações jurídicas prévias: (1) o vínculo entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, oriundo de um contrato de trabalho, nos moldes da CLT, e (2) o vínculo entre o ente público e a empresa prestadora de serviços, por meio de um contrato administrativo, resultado geralmente de um procedimento licitatório para a terceirização do serviço.

Observe-se que, nos moldes de uma terceirização lícita, não existe vínculo jurídico entre o ente público e os empregados da empresa prestadora.<sup>50</sup> Mesmo que, na maioria dos casos, os trabalhadores laborem inseridos nas próprias sedes dos órgãos estatais, não deve existir qualquer forma de subordinação entre o trabalhador e o agente público, sob pena de se configurar nulidade e descon sideração da terceirização. Ou, nas palavras de Ricardo Alexandre Sampaio:

Não se forma qualquer relação pautada nos vínculos de subordinação, desvio de função ou remuneração entre os trabalhadores da empresa contratada e a Administração contratante. Pelo contrário, a seleção, o treinamento, o direcionamento, o controle e o pagamento dessa mão de obra, bem como a responsabilidade pelos resultados gerados em vista dos requisitos contratuais ficam a cargo exclusivamente da empresa contratada.<sup>51</sup>

Ou seja, é incabível que se considere haver quebra de dever contratual entre a Administração e o empregado, pelo mero fato de que nenhum dos negócios jurídicos prevê qualquer obrigação direta que os vincule entre si. Não existe um contrato, nem mesmo tácito, estabelecido entre o ente público e o trabalhador que labora em sua sede.

Além disso, é importante destacar que, em sendo o Estado parte da relação triangular de trabalho, impossível que seja reconhecido vínculo de emprego com o empregado do prestador de serviços, devido à proibição constitucional de relação de trabalho sem prévia aprovação em concurso público.

Aqui já existe uma diferença importante entre o tratamento que poderia ser dispensado pelo Judiciário trabalhista ao tomador de serviços empresa privada e ao

---

<sup>50</sup> Obviamente não se pode querer imaginar que não se estabelecerão relações sociais entre os agentes públicos e os trabalhadores da contratada. Essas relações, todavia, não produzem efeitos jurídicos.

<sup>51</sup> SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Resolução CNJ Nº 98 – Afinal, Qual o Objeto da Terceirização? In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2011, n. 204, p. 144.

tomador órgão público. Não existe, assim, isonomia completa de tratamento entre o empregado que destina sua força de trabalho a um tomador de serviços particular e aquele que labora em prol da Administração Pública.

Enquanto a Súmula 331 do TST estabelece a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício diretamente entre empregado e tomador de serviços, assumindo este a posição e os encargos de empregador caso seja constatada alguma irregularidade na terceirização, para a Administração Pública tal atitude se mostra impossível.

E tal proibição advém da própria Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 37 apenas três formas de contratação de mão de obra pelo Estado: por concurso público de provas ou provas e títulos (inciso II), para o preenchimento de cargos em comissão (inciso V) e para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (inciso IX). Ou seja, mesmo presentes os requisitos da relação de emprego,<sup>52</sup> o trabalhador cujas atividades se desenvolvem por meio de um contrato administrativo nunca poderá integrar os quadros funcionais do Estado por conta de tais serviços.

Tal entendimento é objeto da própria Súmula 331, em seu inciso II, que dispõe que “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”. A intenção da Justiça do Trabalho é de justamente evitar que “através de falsas terceirizações, ocorresse o ingresso na Administração Pública pela “porta dos fundos”, fazendo valer o princípio constitucional disposto no inciso II do art. 37”.<sup>53</sup>

Poderia haver, então, responsabilidade contratual entre o Estado e a empresa contratada (contrato administrativo), ou entre a empresa e seus empregados (contratos de trabalho), mas não entre o Estado e os empregados da empresa. É impossível a configuração de responsabilidade contratual sem a existência de relação jurídica anterior.

---

<sup>52</sup> "Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*." (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 279.)

<sup>53</sup> CAMPOS, José Ribeiro de. **A terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. Op. cit., p. 30.

Caso se reconheça algum dever da Administração Pública para com o empregado celetista contratado pela empresa privada prestadora de serviços, referida obrigação necessariamente terá se originado da violação de algum dever legal imposto ao agente público, configurando-se responsabilidade extracontratual.

Por tal razão é que se mostra plenamente compatível a aplicação ao caso em análise do regime jurídico estabelecido pela Constituição Federal, bem como das demais consequências que se extrai da obrigação extracontratual.

## 2.2 A Constitucionalidade da Lei de Licitações e a Súmula do TST

Estabelecida a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, é possível determinar, então, se existiria alguma negativa de constitucionalidade ao artigo 71 da Lei nº 8.666/93, objeto da ADC nº 16 levada a julgamento da Suprema Corte.

É que com o advento da Lei de Licitações, a interpretação da Justiça Trabalhista passou a ser questionada por conta de o que dispõe o artigo 71, § 1º do referido diploma legal:

Lei nº 8666/93. Artigo 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Mesmo com a edição da redação mencionada, o Tribunal trabalhista manteve o entendimento da Súmula 331 e continuou aplicando a responsabilidade subsidiária automática da Administração Pública, dando a entender que estaria, *contra legem*, transferindo ao ente público o ônus do pagamento de encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada. A redação da Súmula, à época, dispunha que:

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

públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (*grifo nosso*)

Em consequência, o Governo do Distrito Federal levou a discussão à Suprema Corte, por meio da ADC nº 16, pretendendo declarar constitucional o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, que, segundo constava da peça vestibular ajuizada, estaria sofrendo “ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário” e que se encontraria com “a presunção de constitucionalidade relativizada diante das constantes negativas de vigência que a norma tem sofrido por parte da magistratura laboral”.

A intenção, naquela circunstância, era de que a Justiça do Trabalho deixasse de afastar a incidência do artigo da Lei de Licitações, dessa forma isentando a Administração Pública do pagamento dos encargos trabalhistas, adequando-se à Lei.

É verdade que todos os órgãos do Poder Judiciário, em qualquer instância, podem exercer o chamado controle de constitucionalidade difuso, afastando no caso concreto a incidência de normas que considerem contrárias aos preceitos do Texto Maior. Nesse sentido, o Código de Processo Civil estabeleceu disciplina a respeito da declaração incidental de inconstitucionalidade pelos Tribunais, determinando os procedimentos a serem desencadeados para que se submeta a questão ao tribunal pleno, quando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo for expressamente arguida.<sup>54</sup>

Seria, portanto, plenamente possível ao Tribunal Superior do Trabalho afastar, por meio de uma Súmula, a aplicação de determinada norma da Lei de Licitações com base em sua inconstitucionalidade. E, por consequência, referida Súmula seria revogada caso o STF decidisse por reafirmar a constitucionalidade do mesmo dispositivo.

Todavia, uma análise mais cuidadosa do conteúdo normativo de cada diploma revela que a Súmula 331 do TST não trata da mesma relação que disciplina a Lei nº

---

<sup>54</sup> CPC. Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.



8.666/93. Dessa forma, não se vislumbra qualquer conflito entre o entendimento da magistratura trabalhista e o texto da Lei de Licitações.

O artigo 71 da referida norma dispõe que a inadimplência do contratado, referente a encargos trabalhistas, não transfere à Administração a obrigação de seu pagamento, ou seja, não se transfere a obrigação contratual trabalhista à Administração.

Trata-se, pois, de simples proibição, pela legislação, de que a Administração contratante dos serviços funcione como espécie de fiadora do contrato de trabalho entre empregado e a empresa prestadora de serviços. Em outras palavras, determina-se a proibição de transferência, para o ente público, da responsabilidade contratual originada diretamente dos contratos de trabalho.

Não é concebível, pois, que o Estado seja automaticamente responsável pelo pagamento de toda e qualquer obrigação trabalhista descumprida pela empresa particular que contrata os empregados. O fundamento da responsabilidade do Estado não pode ter origem diretamente do contrato de trabalho, pois não pode existir responsabilidade contratual com o empregado da empresa prestadora de serviços.

Nesse aspecto, o artigo 71 não se trata de uma “cláusula de irresponsabilidade”, que permitiria ao agente público a isenção de ressarcir os danos que ele próprio deu causa. Ao contrário, trata-se de garantia ao Estado de que não lhe será imputada obrigação de ressarcimento sem a devida base legal, simplesmente pela determinação de uma transferência indevida de verbas que não lhe cabe pagar.

Por este viés, pode-se dizer que o artigo da Lei, em si, não traz nenhuma disposição nova, que já não estivesse contemplada no ordenamento jurídico. O princípio da legalidade, por si só, já proíbe o surgimento de uma obrigação sem fundamento outro que não seja a Lei.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, estabelece, em seu entendimento sumulado, uma espécie de responsabilidade extracontratual por omissão estatal em fiscalização de contratos administrativos. A base das condenações trabalhistas que sofre a Administração Pública, portanto, tem origem em deveres legais de fiscalização descumpridos, não estando diretamente relacionada com o contrato de trabalho a que se vinculam exclusivamente a empresa particular e seus empregados.

De toda forma, com a procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade, o TST decidiu alterar a redação da Súmula 331, de forma a esclarecer seu entendimento, evitando que juízes de outras instâncias continuassem a atribuir responsabilidade ao Estado de forma automática, sem a prévia análise do caso concreto. O novo inciso V, inserido à Súmula 331, estabelece que:

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.** (*grifo nosso*)

Observe-se, ainda, que se explicitou a necessidade de análise da culpa da Administração como requisito para sua responsabilidade subsidiária, adotando-se como pressuposto que a responsabilidade civil do Estado por omissão tenha natureza subjetiva.

Cabe, então, a análise de outro aspecto relevante acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil aplicável às atividades do Estado, aqui abrangidas apenas as hipóteses de responsabilidade extracontratual, que diz respeito ao elemento subjetivo da culpa como um de seus fundamentos de configuração.

### 3 A CULPA DO ESTADO E AS OBRIGAÇÕES DE FISCALIZAÇÃO

#### 3.1 A culpa como pressuposto da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil é um dos mais complexos e controvertidos de todo o sistema jurídico,<sup>55</sup> sendo igualmente verdade que é um dos que sofreu as maiores transformações ao longo dos últimos séculos. A culpa como requisito para a responsabilidade civil, aliás, está relacionada a um contexto histórico específico.

Em verdade, inicialmente imperava a total irresponsabilidade do Estado por seus atos, baseada em axiomas como “*the king can do no wrong*” ou “*quod principi placuit habet legis vigorem*”,<sup>56</sup> que traziam como fundamento a unção divina, a hereditariedade, ou mesmo a soberania do Estado,<sup>57</sup> implicando na ideia de que os soberanos “estavam acima de qualquer erro, da própria lei, o que não facultava quaisquer questionamentos”.<sup>58</sup> Admitia-se, no máximo, a responsabilização pessoal do agente público.

Com o passar do tempo, entretanto, “houve uma aproximação entre os sistemas de responsabilidade civil do Estado e dos particulares”,<sup>59</sup> passando-se a admitir a responsabilidade do Estado nos moldes do direito civil, impondo-se como consequência

---

<sup>55</sup> Nesse sentido, Emerson Gabardo afirma que “o tema da responsabilidade é um dos que menos certeza jurídica se possui. Não que inexistam posições muito bem firmadas, ao contrário, mas para tais posições existem tantas outras de igual convicção e potencial explicativo.” (GABARDO, Emerson. Responsabilidade Objetiva do Estado em face dos Princípios da Eficiência e da Boa-Fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público Moderno: Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 260.)

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 640.

<sup>57</sup> GABARDO, Emerson. **Responsabilidade Objetiva do Estado em face dos Princípios da Eficiência e da Boa-Fé ...** Op. cit., p. 262.

<sup>58</sup> PIERRI, Deborah. As Omissões dos Agentes Públicos. *Faute Du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 171.

<sup>59</sup> BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, Parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 96.

a necessidade de demonstração da culpa da Administração (Teoria da Culpa Civil<sup>60</sup>). Tal teoria contou com o respaldo legal do Código Civil de 1916, o qual trouxe expressamente, em seu artigo 15, a possibilidade de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público. Ocorre que a necessidade de comprovação da culpa do agente dificultava, na prática, a responsabilização do Estado. Bacellar Filho aponta que “mostrava-se extremamente difícil identificar, provar e atribuir a culpa a determinado agente do Estado que sempre tinha a seu favor a sobranceira intenção de cumprimento do dever legal.”<sup>61</sup>

Assim, tornou-se inevitável o surgimento de novos preceitos que retiravam o elemento culpa dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado. Segundo Odete Medauar, “se, em princípio, todos se beneficiam das atividades administrativas, todos devem compartilhar do ressarcimento dos danos causados a alguns”.<sup>62</sup> Surgiam então as teorias do risco, em que o agente público responderia independentemente de restar configurada sua culpa. Aqui, “deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração.”<sup>63</sup>

Gustavo Justino de Oliveira aponta como fundamentos para as teorias do risco, um “(i) sentido de justiça e equidade, pois o Estado desempenha inúmeras atividades, e por isso deve assumir os riscos a ela inerentes; e (ii) solidariedade social, que implica um tratamento isonômico de todos os cidadãos.”<sup>64</sup>

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, consagrou-se a responsabilidade objetiva do Estado. Seu artigo 37, § 6.º assim dispõe:

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

---

<sup>60</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 191.

<sup>61</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 191.

<sup>62</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 366.

<sup>63</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Op. cit., p. 366.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino. Responsabilidade Civil do Estado: Reflexões a partir do Direito Fundamental à boa Administração Pública. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 97, n. 876, p. 209.

A partir deste único parágrafo da Constituição, cláusula geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado,<sup>65</sup> é que doutrina e jurisprudência tentam extrair o fundamento legal para explicar todas as situações que surgem no cotidiano da atividade administrativa, já que praticamente inexistente legislação infraconstitucional que regulamente a matéria.

Quando se trata de uma ação positiva do agente público, não existe divergência quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil. Nesse aspecto, o texto constitucional é claro ao estabelecer a responsabilidade por atos causados por seus agentes, não se cogitando da necessidade de configuração de conduta culposa, estabelecida, pois, a teoria do risco administrativo.

Por outro lado, quando se encara a inércia do agente público, isto é, a sua não ação diante de certo acontecimento que venha a acarretar em dano para terceiros, diversos entendimentos podem ser encontrados na doutrina e jurisprudência.

Inicialmente há que se diferenciar uma inação juridicamente não reprovável de uma conduta omissiva contrária ao ordenamento jurídico. Existem hipóteses em que não se pode esperar uma atitude positiva do agente público diante de certo evento, seja porque não seria razoável exigir dele tal comportamento, seja mesmo porque tal atitude afrontaria o próprio princípio da legalidade, regente do Direito Administrativo. Nessas situações, não se pode sequer falar em ato típico estatal que possa configurar responsabilidade civil.

É que para que se configure a omissão, necessariamente deve existir um comando legal, bem como a possibilidade de agir,<sup>66</sup> especialmente em se tratando de atividades da Administração Pública. Sem um ato (omissivo ou comisso) do administrador público, por lógico não há como se estabelecer um nexo de causalidade, pois a relação de causa e efeito pressupõe um ato inicial e um dano final. Ou seja, se o Estado fez tudo o que podia e o que devia, não é que não exista culpa na sua omissão; antes disso, nem sequer houve omissão.

Por outro lado, há condutas omissivas típicas, consideradas antijurídicas, já que o ordenamento jurídico exigiria algum tipo de ação no sentido de evitar a ocorrência do

---

<sup>65</sup> BENACCHIO, Marcelo. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal...** Op. cit., p. 98.

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Op. cit., p. 651.

dano. Nesse caso, a doutrina não é pacífica ao determinar a natureza jurídica da responsabilidade civil imputada ao agente estatal, apesar de majoritariamente se apontar para uma responsabilidade subjetiva. É o entendimento, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>67</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>68</sup>.

Os adeptos da corrente subjetiva apontam que a culpa está diretamente ligada com a noção de ilicitude do dever descumprido. "A culpa está embutida na idéia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável."<sup>69</sup> Ou seja, determinar se a conduta inercial do agente estatal seria reprovável juridicamente, isto é, determinar que a conduta constituiu uma verdadeira omissão do poder público, consistiria exatamente na análise de culpabilidade que caracterizaria a responsabilidade civil subjetiva.

Em sentido inverso, as teses que apontam para uma responsabilidade objetiva por omissão parecem mais coerentes com o texto constitucional. Em primeiro lugar, apontar para um sistema objetivo não quer dizer que o descumprimento de um dever de agir necessariamente deixe de implicar em culpa. Simplesmente o elemento culpa é desnecessário para configuração da responsabilidade civil; ou seja, para determinar o dever de indenizar, não é necessária a demonstração de culpa, ainda que presumida. Conforme Deborah Pierri, "pouco importa que isso tenha ocorrido por inércia, dolo, falta de recurso ou mesmo falta de entendimento dos comandos objetivos por parte dos agentes públicos".<sup>70</sup>

Além disso, cabe mencionar que as hipóteses de exclusão<sup>71</sup> da responsabilidade civil do Estado (culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros, caso fortuito e força maior)

---

<sup>67</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 1032.

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p 651.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p 651.

<sup>70</sup> PIERRI, Deborah. **As Omissões dos Agentes Públicos. Faute Du Service e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ...** Op. cit., p. 187 e 188.

<sup>71</sup> Alexandre Dartanhan de Mello Guerra aponta que, em vez de se utilizar o termo "exclusão", seria melhor seria dizer "causas de não incidência da responsabilidade civil", pois "não chegou efetivamente a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas. (GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de Não-Incidência da Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 314.)

não estão, em verdade, atuando de forma a anular o elemento culpa como pressuposto de dever indenizatório, mas simplesmente eliminando o nexo de causalidade.<sup>72</sup>

Os termos, aliás, contêm certa imprecisão técnica. Não se trata de "culpa" exclusiva da vítima, mas sim de um ato da vítima apto a excluir o nexo de causalidade entre o ato (omissivo ou comissivo) do agente estatal e o dano. O mesmo se diga da "culpa" de terceiros, que também prescinde de verificação da existência de imprudência, imperícia ou negligência, bastando a existência de ato suficiente a romper o nexo de causalidade.

Citando Luiz Fabião Guasque, “apenas a prova do nexo de causalidade entre o descumprimento do dever jurídico e o dano, determina a obrigação de reparar. Existe apenas a exigência da obrigação da causalidade entre o dever de atuação positiva ou negativa do serviço público e a ocorrência do sinistro”.<sup>73</sup> Igualmente Deborah Pierri afirma que “quando o Estado (...) tenha o dever de agir e deixe de fazê-lo e isso seja, por sua inércia e invigilância, causa de danos, já se encontram reunidos todos os elementos necessários para a responsabilidade estatal”.<sup>74</sup> Já Nelson Nery Júnior afirma que

... há situações que exigem do autor da pretensão indenizatória deduzida contra a administração pública demonstração do nexo de causalidade entre a omissão administrativa e o dano por ele sofrido. O problema, por tanto, não se encontra no sistema de responsabilização da administração, nem no fundamento da responsabilidade, que é sempre o risco. A questão é relativa ao nexo de causalidade entre a omissão e o dano.<sup>75</sup>

Aliás, para alguns autores, em rigor, nem existe um nexo de causalidade direto que conecte a omissão estatal ou dano gerado. Ricardo Martins aponta que “não há que se falar em nexo causal na responsabilidade omissiva, há apenas imputação: primeiro, do dever de evitar o dano; depois, conexo ao primeiro, do dever de reparar o

<sup>72</sup> BENACCHIO, Marcelo. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, Parágrafo 6º, da Constituição Federal ...** Op. cit., p. 107.

<sup>73</sup> GUASQUE, Luiz Fabião. A Responsabilidade Civil do Estado. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade civil: doutrinas essenciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 6, p. 58.

<sup>74</sup> PIERRI, Deborah. **As Omissões dos Agentes Públicos. Faute Du Service e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ...** Op. cit., p. 192.

<sup>75</sup> LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 205 e 206.

dano”.<sup>76</sup> Isso se dá pelo fato de que o dano não é causado pelo Estado, mas sim por terceiro. Existe, em verdade, um nexo de causalidade entre o dano ocasionado ao particular e o dever da Administração Pública de evitá-lo. A falha do Estado seria não ter impedido o terceiro de gerar o dano.

O fato é que não existe razão para se impor um sistema duplo de responsabilidade para os atos estatais, já que a própria Constituição sequer faz referência à teoria subjetiva, não havendo “justificativa teórica para restringir-se a indenização dos danos, nos casos envolvendo omissões dos agentes públicos, a prévia comprovação da culpa em qualquer de suas modalidades”.<sup>77</sup>

Importante citar, entretanto, que mesmo com a assunção da responsabilidade extracontratual de natureza objetiva por omissão do Estado, não se pode querer imaginar estar-se diante de uma espécie de teoria do risco integral, em que o Estado responderá independente de nexo de causalidade efetivo entre ato estatal e dano. Não haverá responsabilidade civil do Estado sem que exista previsão normativa e nexo causal, pois o Estado não funciona como espécie de “segurador geral da sociedade”.<sup>78</sup>

Na situação enfrentada pela Administração Pública frente aos contratos de terceirização de serviços, portanto, não cabe aos tribunais a análise de culpa *in vigilando* ou *in contrahendo* para configurar a responsabilidade pela indenização de verbas inadimplidas nos contratos de trabalho. O que deve ser feito, de fato, é a análise da conduta da Administração para verificação de (in)existência de nexo de causalidade entre qualquer ação ou omissão do agente público e o dano suportado pelo trabalhador.

Nesse sentido, é difícil se conceber uma ação positiva estatal que acarrete em descumprimento de encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. O caso concreto sob análise e toda a discussão travada em ambiente jurídico tratam efetivamente de omissão do estatal como causa suficiente a permitir que a empresa particular viole direitos trabalhistas de seus empregados.

---

<sup>76</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexos Causais e Imputação Objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 369.

<sup>77</sup> PIERRI, Deborah. **As Omissões dos Agentes Públicos. Faute Du Service e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ...** Op. cit., p. 179.

<sup>78</sup> BENACCHIO, Marcelo. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, Parágrafo 6º, da Constituição Federal ...** Op. cit., p. 113.



Poderá, assim, existir omissão estatal na escolha da empresa contratada mediante licitação e na falta de fiscalização adequada do contrato administrativo, para cujas ações o sistema jurídico nacional conta com previsão legal expressa na Lei de Licitações, bem como em outros diplomas normativos esparsos.

Na primeira hipótese, a Lei nº 8.666/93 determina a obrigação de a Administração Pública exigir uma série de requisitos indispensáveis à participação de empresas privadas em seus procedimentos licitatórios, que comprovem sua qualificação jurídica, técnica, financeira, econômica, fiscal e até mesmo trabalhista, com a alteração dada pela Lei nº 12.440/11.<sup>79</sup> Nessa hipótese, torna-se difícil demonstrar omissão estatal na escolha do contratado se o procedimento licitatório ocorreu de maneira adequada, sem impugnação quanto à empresa a quem foi adjudicado o serviço contratado.

Em se tratando de falhas na fiscalização do contrato, por outro lado, também a Lei de Licitações prevê uma série de prerrogativas da Administração Pública, garantindo-lhe um poder-dever de acompanhamento e fiscalização da execução de contratos administrativos. Dentre as prerrogativas da Administração, cabe-lhe, por exemplo, exigir do contratado a apresentação mensal de certidões negativas de débitos (tributos federais, contribuições previdenciárias, depósitos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e pagamento de verbas condenatórias em processos trabalhistas) como condição para o pagamento pela Administração Pública decorrente da execução dos serviços.

Existem, assim, algumas posturas dos entes estatais, violando as normas acima descritas, que claramente configuram omissão dos agentes públicos, possibilitando a configuração de responsabilidade civil. Se a Administração, por exemplo, verificou que a empresa contratada não estava realizando os depósitos do FGTS regularmente, e mesmo assim efetuou o pagamento dos serviços prestados, claramente se verifica omissão ensejadora de responsabilidade civil. Entretanto, somente existirá nexo de causalidade, e por consequência obrigação de ressarcimento, se o dano suportado pelo

---

<sup>79</sup> A Lei 12.440/11 alterou o inciso V do artigo 27 e incluiu o inciso V ao artigo 29, ambos da Lei 8.666/93, estabelecendo a exigência, nas licitações, de documentação referente à regularidade trabalhista, por meio de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, a ser emitida pela Justiça do Trabalho a partir de janeiro de 2012.

empregado for justamente a ausência do saldo devido em sua conta do fundo de garantia.

É que o sistema jurídico nacional adota a teoria da causalidade imediata como requisito para configuração do nexos de causalidade, afastando-se assim a possibilidade de uma causalidade genérica, em que qualquer falha de fiscalização seja apta a ensejar a responsabilidade da Administração por todo e qualquer dano suportado pelo empregado. Um bom exemplo é trazido por Sérgio Cavalieri Filho:

[a]ssim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar o motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica [rectius: ilícita] que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado.<sup>80</sup>

Em outros termos, o fato de a empresa contratada pelo ente público ter descumprido com deveres do contrato de trabalho não gera, por si só, o dever de a Administração Pública ressarcir o trabalhador por conta de uma omissão genérica de fiscalização. Há, de fato, que ser comprovada a omissão estatal de um dever específico de acompanhamento contratual.

E para que se determine a presença de omissão estatal suscetível de imputação de responsabilidade civil ao agente público, é necessário que se verifiquem quais são os deveres de fiscalização a que efetivamente se vincula a Administração.

### **3.2 Os deveres de fiscalização do agente público**

O principal diploma normativo que estabelece deveres aos agentes públicos na celebração e fiscalização de contratos administrativos é a Lei nº 8.666/93, sendo que,

---

<sup>80</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 261.

em âmbito estadual e municipal, é possível também a existência de outras normas regulamentadoras.

Pela referida Lei nacional, é conferida à Administração a prerrogativa de modificar e rescindir contratos administrativos unilateralmente, fiscalizar-lhes a execução, bem como aplicar sanções motivadas por inexecução total ou parcial das obrigações contratuais. Para tanto, a todo contrato celebrado pelo poder público deve ser designado servidor para atuar em sua gestão e fiscalização, sendo responsável pelos atos acima enumerados.

Além disso, a Lei de Licitações possibilita que o ente público exija do contratado a prestação de garantia no valor de até 5% do valor de contrato, podendo a empresa particular optar dentre três modalidades: caução, seguro-garantia ou fiança bancária. Trata-se, pois, de forma de conferir maior segurança à Administração, possibilitando que prejuízos decorrentes de inexecução ou má execução contratual possam ser ressarcidos de maneira imediata, sem necessidade de ingresso em via judicial.

Dentro destes parâmetros é que os agentes públicos podem atuar, limitados pelos ditames do diploma de Licitações. Não poderá a Administração, portanto, aplicar sanções não previstas expressamente em Lei, ou mesmo exigir modalidade de garantia diferente daquelas enumeradas no texto normativo.

Entretanto, paralelamente às condenações impostas pelo Judiciário Trabalhista, a Administração Pública deu início a uma série de atos, de ofício, independente de autorização prevista em Lei, com vistas a evitar o inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte da empresa contratada para prestação de serviços.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Finanças – MPOG editou a Instrução Normativa – IN 02/2008, prevendo a possibilidade de os órgãos e entidades da Administração Pública Federal adotarem a sistemática de criação de contas vinculadas destinadas ao depósito de certas parcelas trabalhistas: férias, gratificação natalina e multa do FGTS por dispensa imotivada dos empregados. Assim, do valor mensal devido à empresa por conta do contrato administrativo, uma parcela seria glosada e depositada em conta bancária específica, bloqueada para a empresa prestadora de serviços, e somente liberada para pagamento na ocorrência de um daqueles eventos, ou no término do contrato administrativo, depois de comprovado que a empresa quitou

todas as parcelas trabalhistas devidas aos seus funcionários alocados para prestação dos serviços à Administração.

Em sentido idêntico, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº. 98/2009, mas, neste caso, os órgãos e entidades do Poder Judiciário estariam obrigados a adotar a sistemática de retenção de parcelas do contrato administrativo. É pertinente transcrever alguns de seus artigos, que demonstram a prática:

Art. 1º Determinar que as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a serem pagas pelos Tribunais e Conselhos às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, sejam glosadas do valor mensal do contrato e depositadas exclusivamente em banco público oficial.

Parágrafo único. Os depósitos de que trata o caput deste artigo devem ser efetivados em conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - aberta em nome da empresa, unicamente para essa finalidade e com movimentação somente por ordem do Tribunal ou Conselho contratante.

(...)

Art. 11 A empresa contratada poderá solicitar autorização do Tribunal ou Conselho para resgatar os valores, referentes às despesas com o pagamento de eventuais indenizações trabalhistas dos empregados que prestam os serviços contratados pelo Tribunal ou Conselho, ocorridas durante a vigência do contrato.

§ 1º Para a liberação dos recursos da conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - a empresa deverá apresentar à unidade de controle interno ou setor financeiro os documentos comprobatórios da ocorrência de indenizações trabalhistas.

(...)

§ 3º A empresa deverá apresentar ao Tribunal ou Conselho, no prazo máximo de três dias, o comprovante de quitação das indenizações trabalhistas, contados da data do pagamento ou da homologação.

Art. 12 O saldo total da conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - será liberado à empresa, no momento do encerramento do contrato, na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, ocorrendo ou não o desligamento dos empregados.

Em primeiro lugar, cabe analisar a possibilidade formal da previsão de determinados atos pelo agente público por meio de Instruções Normativas e Resoluções. Apesar de seu conteúdo normativo, trata-se apenas de atos regulamentares, não contando com força de lei, no sentido que exigiria a legalidade da

Administração Pública. Em consequência, não podem criar direitos e obrigações que não estejam já previamente previstos em lei. O regulamento deve apenas explicitar o conteúdo da Lei. Qualquer inovação jurídica que ultrapasse seus limites desrespeita a Constituição e viola direitos fundamentais.<sup>81</sup>

Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem afirmam, em sentido idêntico, que “o Conselho Nacional de Justiça, ao exercer poder regulamentar, *não pode olvidar-se de respeitar a lei em sentido formal, estando proibido de inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações através de suas resoluções que não encontrem supedâneo nas leis editadas pelo Poder Legislativo.*”<sup>82</sup>

O princípio da legalidade da Administração Pública, afinal, está ligado ao princípio da reserva legal, que determina que qualquer restrição realizada na esfera individual particular deve necessariamente ser autorizada por lei, ou seja, deve ser definida pelo legislador.<sup>83</sup> Resoluções e instruções normativas não emanam do Poder Legislativo, não são leis em sentido estrito. Depara-se, aqui, novamente com a noção de legitimação das leis, que passam pelo crivo dos representantes do povo no Congresso Nacional.<sup>84</sup>

Assim, não caberia a interferência do Estado nos contratos de trabalho sem autorização legislativa para tanto. Acaba-se por criar, inclusive, uma nova modalidade de garantia diferente daquelas previstas pela Lei de Licitações, e que visa a assegurar a execução não do contrato administrativo, mas do próprio contrato de trabalho, sobre o qual a Administração Pública não deveria exercer qualquer ingerência.

A postura adotada pelo MPOG e CNJ contraria inclusive a própria noção de terceirização lícita, descaracterizando-a, pois acaba criando uma vinculação indevida entre os empregados terceirizados e a Administração Pública, que passa a assumir uma intervenção inadequada sobre o RH da contratada e sua folha de pagamento.

---

<sup>81</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. In: **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, n. 70, p. 51.

<sup>82</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo ...** Op. cit., p. 55.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 881.

<sup>84</sup> Nesse sentido, reportar-se ao Capítulo 1, que trata da violação pelo Judiciário do princípio da legalidade e da separação dos poderes.

Além disso, a mobilização de todo um aparato estatal que possibilite a fiscalização dos contratos de trabalho correlatos ao contrato administrativo de prestação de serviços acaba sendo antieconômica e violando o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública. A fiscalização do cumprimento de contratos de trabalho demanda tempo e especialização dos servidores públicos que atuam como gestores dos serviços contratados, podendo inclusive ser mais custoso ao erário suportar estes novos encargos que realizar o pagamento subsidiário de condenações trabalhistas impostas pelo Judiciário.

Outrossim, a possibilidade de retenção *a priori* de valores devidos em função dos serviços prestados em decorrência do contrato administrativo configura flagrante ilegalidade. A única hipótese de retenção prevista pela Lei de Licitações refere-se à ocorrência de prejuízos à Administração que tenham sido causados pelo contratado, ou seja, apenas após a ocorrência de dano é que se autoriza a retenção do pagamento como forma de ressarcimento.

Em outro sentido, glosar parte do pagamento da contratada acaba por majorar o preço final pelo qual as empresas se dispõem a realizar determinado serviço. Isto porque a composição do valor pago mensalmente pela Administração obviamente inclui a previsão de encargos trabalhistas de férias, décimo terceiro e multa do FGTS, verbas que só serão utilizadas episodicamente, quando da ocorrência de fatores que acarretem a exigibilidade de tais parcelas.

Por consequência, até que se torne exigível seu pagamento, a empresa utiliza os valores que recebe da Administração em seu capital de giro, destinando-o aos mais variados fins na gestão da atividade empresarial. Sem poder deles dispor, por outro lado, a empresa particular se veria obrigada a aumentar o componente lucro na planilha de formação de custos,<sup>85</sup> de forma a contar com a mesma parcela pecuniária em seu ativo corrente.

Sem previsão legal, portanto, o dever de fiscalização dos contratos de trabalho privados não cabe à Administração que celebra contratos de prestação de serviços com

---

<sup>85</sup> A própria normatização do MPOG e do CNJ prevê que a adjudicação da contratação de serviços terceirizados à licitante com proposta mais vantajosa deve ser precedida da análise detalhada de planilha de formação de custos, de forma a discriminar a composição de valores e determinar-se a viabilidade e exequibilidade da proposta ofertada.

empresas particulares. Não existe, ressalte-se, dever legal de fiscalização trabalhista por parte do órgão público que contrata serviços terceirizados e, em consequência, a ausência de referida fiscalização não caracteriza omissão estatal apta a ensejar responsabilidade civil.

A competência para fiscalização trabalhista é do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, de acordo com o Anexo I do Decreto nº. 5.063/2004, que dispõe sobre a estrutura regimental do Ministério, cabendo-lhe a “fiscalização do trabalho, inclusive portuário, bem como aplicação das sanções previstas em normais legais ou coletivas”.<sup>86</sup>

Cabem, pois, ao ente público contratante dos serviços, apenas os deveres de fiscalização do contrato administrativo previstos na Lei de Licitações. Além destes, por conta até mesmo da moralidade a que se vincula o Estado por imperativo constitucional,<sup>87</sup> sendo constatada qualquer violação a direito trabalhista, é dever da Administração dar ciência ao MTE, para que este, sim, tome as devidas providências, sob pena de omissão e consequência responsabilidade por danos causados ao trabalhador.

---

<sup>86</sup> Art 1º, inc. III do Anexo I do Decreto 5.063/2004.

<sup>87</sup> CF/88. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

## 4 O ESTADO EM JUÍZO NA TERCEIRIZAÇÃO

### 4.1 Competência Material

Tendo estabelecido os pressupostos materiais que determinam a responsabilidade civil do Estado por encargos trabalhistas na terceirização de serviços, resta percorrer os aspectos processuais que possibilitam ao trabalhador se reportar ao Judiciário para obter do Estado o ressarcimento pelos débitos inadimplidos. Ou seja, é importante esclarecer a competência para o processamento de cada ação, a questão do ônus probatório de cada parte e a natureza dos débitos que serão exigidos em juízo.

Determinou-se anteriormente que, em verdade, existem duas espécies de responsabilidade civil, com fundamentos distintos, envolvendo partes diferentes. De um lado, responsabilidade da empresa prestadora de serviços, de natureza contratual, cuja origem reside em um contrato de trabalho violado e cujas cláusulas, muitas delas, decorrem de imperativos legais, especialmente da CLT. De outro lado, a responsabilidade civil do Estado, por omissão na fiscalização de um contrato administrativo, em um cenário no qual o agente público prostrou-se diante de violações trabalhistas sem haver tomado qualquer atitude que lhe seria legalmente exigível. Ambas as responsabilidades se conectam, do ponto de vista do empregado, ao mesmo dano, que se traduz na violação de direitos que lhe caberiam por conta de seu contrato de trabalho.

Cabe, primeiramente, analisar se a responsabilidade de cada sujeito deve ser imputada por meio de ações autônomas, ou se, em verdade, trata-se de uma única ação. Para tanto, é necessária a identificação dos elementos da ação. "São eles as partes (sujeitos ativo e passivo), a causa de pedir (fundamentos de fato e de direito que embasam a pretensão inicial) e o pedido (provimento jurisdicional postulado e o bem da vida que se almeja)."<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 01: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.



Em qualquer hipótese, o pólo ativo da ação será o trabalhador que vai a juízo exigir o ressarcimento de verbas trabalhistas não adimplidas. Já o pólo passivo é formado pela empresa particular em um caso, e pelo Estado, em outro.

A causa de pedir da responsabilidade trabalhista da empresa particular é a violação de direitos provenientes das diversas fontes de direito laboral: o artigo 7º da CF/88, a CLT, determinada Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho a que se vinculem a empresa e o trabalhador em específico, o próprio contrato de trabalho em si, bem como demais legislação trabalhista esparsa. Por outro lado, a causa de pedir da responsabilidade do Estado é efetivamente a omissão fiscalizatória do contrato de trabalho, cuja base legal pode ser encontrada no artigo 37, § 6º da CF/88, bem como na Lei de Licitações, que determina as obrigações a que se vincula o agente público perante seus contratos administrativos. Trata-se, pois, de causas de pedir evidentemente distintas.

Os pedidos, em cada caso, também são distintos. O trabalhador deve acionar a empresa que com ele celebrou contrato de trabalho para exigir que seus direitos trabalhistas sejam efetivados. Nesse sentido, estão englobados os pedidos de pagamento de salários ou diferenças salariais a que porventura faça jus, com a respectiva anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, gratificação natalina, abono de férias, terço de férias, pagamento de contribuições previdenciárias, bem como valores referentes ao FGTS.<sup>89</sup>

Além disso, cabe pedido de indenização por férias não gozadas, trabalho extraordinário em tempo superior ao permitido, não concessão de intervalos intrajornada ou de interjornadas inferior ao mínimo legal, bem como descanso semanal remunerado não concedido. Em suma, todos os direitos garantidos pela legislação trabalhista. Nesse caso, pode inclusive o trabalhador optar tanto por exigir o cumprimento da obrigação original, tal como o depósito direto dos valores relativos ao

---

<sup>89</sup> Estes são os pedidos mais usuais que se podem observar em Reclamações Trabalhistas ajuizadas nas Varas do Trabalho. Seu fundamento legal está previsto em diversas passagens da CLT, bem como na CF/88. Foge ao escopo do presente trabalho detalhá-los.

FGTS na conta vinculada do trabalhador, como também exigir o equivalente indenizatório da obrigação violada.<sup>90</sup>

Diante da Administração Pública, os pedidos são outros. Não cabe ao trabalhador exigir do Estado que substitua seu empregador na anotação da CTPS, no pagamento de contribuições previdenciárias, ou no depósito de parcelas do FGTS, por exemplo. O pedido condenatório que o Estado deve suportar tem caráter exclusivamente indenizatório, de natureza civil, sem qualquer caráter trabalhista.

É neste ponto que reside a peculiaridade das relações processuais decorrentes da terceirização. Apesar de serem distintos, os pedidos não são autônomos, possuindo entre si uma relação de dependência, cuja consequência será adiante analisada. De qualquer forma, evidencia-se a existência de duas ações completamente distintas, com partes, pedidos e causas de pedir diferentes. Não é cabível, portanto, a conexão das ações, pois não estão preenchidos os requisitos do artigo 103 do CPC.<sup>91</sup>

Quanto à competência jurisdicional para o julgamento de cada ação, deve-se recorrer ao texto constitucional. No pedido de condenação da empresa particular, não restam dúvidas que a competência material pertence à Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114 da CF/88. Por outro lado, a competência para julgamento da ação contra a Administração Pública merece maior atenção.

Atualmente é praticamente pacífico o entendimento de que a Justiça do Trabalho possui competência material para julgar pedido de condenação do Estado por conta de relação de trabalho inserida no âmbito da terceirização de serviços. É que se entende que haveria subsidiariedade entre o pedido de condenação da empresa particular e do ente estatal, devendo ambos participarem da mesma relação processual, integrando um verdadeiro litisconsórcio passivo.

Ocorre que, como demonstrado, as obrigações que cabem ao Estado e à empresa particular são distintas, não havendo nem mesmo que se falar em subsidiariedade ou solidariedade. Explique-se. Subsidiariedade e solidariedade são formas de concurso de sujeitos em relações obrigacionais. Existe solidariedade quando "na mesma obrigação

---

<sup>90</sup> O autor da ação, na inicial, pode requerer tanto a obrigação originária quanto o seu equivalente em pecúnia, nos termos do artigo 475 do Código Civil, que pode ser aplicado ao Processo do Trabalho, conforme orientação do artigo 769 da CLT.

<sup>91</sup> CPC. Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

concorre mais de um credor, ou mais de um devedor (...). O feixe de obrigações que constitui a *solidariedade* deriva da mesma fonte e tem igual conteúdo."<sup>92</sup> A subsidiariedade, por sua vez, é definida como "uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados".<sup>93</sup>

Ou seja, a subsidiariedade e a solidariedade exigem, como premissa, a existência de uma mesma fonte de obrigações, com o mesmo objeto. A existência de fundamentos normativos distintos de responsabilidade civil elimina a possibilidade de subsidiariedade ou solidariedade, pois fazem surgir obrigações distintas, apesar de dependentes entre si.

Não há concurso de sujeitos quando a uma obrigação principal se liga uma acessória, como no caso de fiança. Sem dúvida, há dois devedores, um efetivo e outro potencial. A prestação que devem satisfazer é a mesma, desde que um deve substituir o outro, mas, as duas obrigações, oriundas de atos constitutivos distintos, têm causa diversa. Dependendo uma da outra, a obrigação acessória só se torna exigível com o inadimplemento da principal. Assim, embora haja dois devedores para que o interesse do credor seja satisfeito, um dos quais é chamado a atendê-los e o outro falha, não se pode enquadrar a situação entre as formas de pluralidade de devedores, pois, verdadeiramente, há obrigações sucessivas.<sup>94</sup>

Mais do que isso, no caso da terceirização, os pedidos condenatórios nem mesmo são coincidentes e mesmo que, ao final, possa ser demandado o mesmo valor em pecúnia, sua natureza jurídica é distinta. De um mesmo dano decorrem obrigações distintas a cada sujeito. E, sendo distintas, é possível que o surgimento de cada uma das relações obrigacionais seja reconhecido por juízos diferentes.

Assim, cabe analisar com mais detalhe a competência para condenação da Administração Pública. O artigo 114 do Diploma Constitucional atribui competência à Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

Como visto anteriormente, o mecanismo da terceirização é desenvolvido de forma que não acarrete relação de trabalho entre o ente público e o empregado. Além disso, o dano para qual o nexo de causalidade da omissão estatal aponta não possui natureza

---

<sup>92</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 60.

<sup>93</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2. p. 116.

<sup>94</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Op. cit., p. 69.

trabalhista, apesar de exigir para sua configuração um dano trabalhista anterior. O dano patrimonial a ser imputado ao Estado não decorre diretamente da relação de trabalho. Não se está acionando judicialmente o Estado porque tal e tal verba trabalhista deixou de ser adimplida, mas porque o agente público descumpriu determinado imperativo legal, o que foi causa suficiente a permitir o dano ao trabalhador. Não se trata, por exemplo, de determinar se a Administração Pública foi diretamente responsável por dano moral ao trabalhador, mas sim verificar se o agente público permitiu que a empresa produzisse tal dano. A relação jurídica analisada é distinta da relação de trabalho entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador.

A análise de julgamento que deve ser realizada, nessa situação, é a comparação entre os deveres legais dos agentes públicos com sua real postura na gestão do contrato administrativo, isto é, em outras palavras, determinar se houve omissão estatal na fiscalização do contrato, procedendo-se à consequente investigação do nexo de causalidade, para se verificar se o dano suportado pelo empregado decorreu da omissão do agente.

Não é, em verdade, uma análise relacionada ao contrato de trabalho, não está inserida no mundo laboral, e a competência para tal averiguação não está abrangida na hipótese do artigo 114 da CF/88. Vê-se, nesses termos, que a Justiça do Trabalho não é competente para o julgamento da ação de responsabilidade civil do Estado. Trata-se, pois, de competência material da Justiça Comum, devendo a ação de responsabilidade da Administração Pública ser ajuizada na Justiça Estadual, caso se trate de ente público municipal ou estadual; ou na Justiça Federal, caso se trate de ente público federal.

Surge então a questão da dependência dos pedidos de cada ação. O trabalhador poderia cogitar de ajuizar diretamente uma ação contra o ente público, na Justiça Estadual ou Federal, entretanto encontraria óbice na determinação do pedido.

O Código de Processo Civil exige que se faça constar da petição inicial pedido certo e determinado.<sup>95</sup> "Por certo entende-se aquele que esteja individualizado,

---

<sup>95</sup> CPC. Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

possibilitando sua perfeita identificação. A petição inicial deve indicar qual o bem da vida pretendido, ou ao menos fornecer elementos que permitam identificá-lo. Ademais, o pedido há de ser determinado quanto à sua quantidade".<sup>96</sup> Nesse sentido, sem que a Justiça do Trabalho haja declarado a existência de deveres trabalhistas não cumpridos pela empresa particular integrante da relação de terceirização, não será possível ao trabalhador determinar, na inicial contra a Administração Pública, o montante certo a título de danos patrimoniais.

Assim é que, na prática, a ação contra o Estado na Justiça Comum deve ser necessariamente precedida pela ação contra a empresa particular na Justiça do Trabalho, para que esta determine os danos suportados pelo trabalhador, conferindo certeza e determinação a um futuro pedido contra a Administração Pública.

Ou seja, antes que se obtenha uma sentença condenatória na Justiça do Trabalho, configura-se impossível o ajuizamento de ação de responsabilidade civil por omissão da Administração Pública devido à falta de pedido certo e determinado. Por outro lado, mesmo após a obtenção da sentença de condenação na Justiça Laboral, ainda lhe faltará o interesse de agir para obter ressarcimento da Fazenda Pública. É que com a condenação na Justiça do Trabalho, dá-se de imediato a fase executória, independente de requerimento do trabalhador.

Em consequência, se o trabalhador já se vê diante de procedimento de execução judicial da empresa que violou seus direitos trabalhistas, cessa-lhe para o momento o interesse em acionar o Estado para que garanta o ressarcimento pela violação destes mesmos direitos. O ente estatal somente seria invocado em juízo, nesse sentido, caso a execução da empresa fosse infrutífera ou insuficiente para cobrir todo o montante da condenação.

Obtendo o trabalhador todos os valores devidos diretamente da empresa particular, podem-se citar dois motivos pelos quais a Administração Pública não pode ser responsabilizada. Do ponto de vista processual, como mencionado, falta uma das condições da ação: o interesse de agir. Já do ponto de vista material, a configuração da responsabilidade civil objetiva do Estado exige ato omissivo ou comissivo, nexo de

---

<sup>96</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 01: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)**. Op. cit., p. 87.

causalidade e dano. Com a quitação de todas as dívidas trabalhistas pela empresa particular, deixa de existir dano, deixando de se constituir a responsabilidade civil, apesar da omissão do Estado.

Em última análise, a dinâmica processual adotada atualmente pelo Judiciário não se afasta muito do pensamento acima desenvolvido. Apesar da imprecisão técnica em se declarar que o Estado responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, de fato o ente público só pode ser acionado após tentativa de execução da empresa particular em esfera trabalhista. A grande diferença se encontra, em verdade, na competência material para julgamento da ação de responsabilidade civil do Estado, que hoje é atribuída à Justiça Trabalhista, em evidente equívoco de interpretação constitucional.

Além disso, não necessariamente determinada responsabilidade declarada pela Justiça Trabalhista poderá ser imputada à Administração Pública em esfera cível. Para que o patrimônio do Estado seja atingido, é necessária a demonstração de nexo de causalidade em concreto que leve a omissão estatal a determinado dano enfrentado pelo empregado. E, neste aspecto, observam-se diferenças especialmente no ônus probatório em juízo.

## 4.2 Ônus da Prova

O processo do trabalho possui uma lógica completamente distinta da do processo civil. A hipossuficiência do trabalhador pode acarretar uma distribuição desigual do ônus probatório, afastando-o do modelo clássico do CPC. Ao juiz do trabalho é garantida a possibilidade de "inverter o ônus da prova de acordo com a aptidão de quem se encontra em melhores condições de trazer a juízo a prova da verdade real."<sup>97</sup> É o mesmo sentido que estabelece a própria CLT, em seu artigo 852-D.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 75.

<sup>98</sup> Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas,

Existem ainda outros princípios peculiares ao processo do trabalho que lhe conferem uma dinâmica completamente distinta do processo civil. "Permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença".<sup>99</sup>

O artigo 333 do Código de Processo Civil traz a previsão de que incumbe ao autor a prova de fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a prova da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Esta é, pois, a cláusula geral da distribuição probatória em processo civil, cuja dinâmica ocorre de maneira diversa, especialmente quando questionados determinados atos administrativos de agentes públicos no exercício de seus cargos.

Por ato administrativo se entende a "declaração do Estado (...), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional."<sup>100</sup> Costuma-se apontar que os atos administrativos possuem certos atributos, características que os definem e os diferenciam dos atos de Direito Privado, quais sejam: executoriedade, exigibilidade, imperatividade e presunção de legitimidade.<sup>101</sup> Esta última se entende como a presunção *juris tantum* de veracidade e de conformidade do ato com o Direito. Em outras palavras, até que sejam questionados em juízo, presumem-se legitimamente praticados.<sup>102</sup>

Afirmar em juízo que o ente estatal deixou de observar certo dever de ação é verdadeiramente questionar a legitimidade de um ato administrativo, indicando sua desconformidade com o Direito. Como consequência, negar legitimidade a determinado ato (comissivo ou omissivo) administrativo demanda atividade de produção probatória a cargo de quem quer que pretenda lhe negar a validade.

Enquanto que, diante do juízo trabalhista, o empregado poderia dispor da inversão do ônus probatório a seu favor, em esfera cível, diante de atos da Administração Pública, cabe a ele a demonstração da inobservância de deveres legais.

---

impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

<sup>99</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Op. cit., p. 83.

<sup>100</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 385.

<sup>101</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 385.

<sup>102</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 385.

Com o julgamento da ADC nº 16 pelo STF, o Judiciário Trabalhista deixou de atribuir responsabilidade subsidiária automática ao ente público contratante dos serviços terceirizados, passando a averiguar o caso concreto de forma a identificar culpa na conduta do agente estatal, como condição para imputação do dever indenizatório. Entretanto, no aspecto probatório, passou a Justiça Laboral a exigir dos agentes públicos a demonstração de que a fiscalização foi realizada de maneira irretocável, fazendo com que a Administração Pública seja obrigada a provar a legitimidade de seus atos.

Não é o agente público que deve comprovar em juízo que realizou efetivamente a fiscalização do contrato administrativo, mas sim o trabalhador que deve apresentar ao menos algum indício de que houve desrespeito a determinado dever legal de ação. Por evidente, não seria razoável a exigência de demonstração cabal da omissão estatal, até porque equivaleria a obrigar a prova de fato negativo, o que se mostra de extrema dificuldade, até mesmo em um juízo cível com igualdade material entre as partes.

O que não pode ocorrer é a presunção de omissão do Estado com base em mera declaração do autor do processo, sem qualquer suporte fático-probatório que corrobore sua afirmação. Deve ser levado aos autos ao menos algum fato passível de pôr em dúvida a legitimidade dos atos da Administração Pública.

Caso não seja possível, ao longo do processo de conhecimento cível, a comprovação de qualquer fato alegado pelas partes, deve ser a ação julgada improcedente, em favor do Estado, que tem em seu benefício a presunção de legitimidade de seus atos.

Percebe-se, aqui, novamente a intenção da Corte Laboral em inovar o sistema jurídico de forma a concretizar uma espécie de Justiça Social em favor do trabalhador. Verifica-se uma tendência da doutrina e jurisprudência trabalhista em transporem as barreiras da Lei para prestar auxílio ao trabalhador. Carlos Henrique Bezerra Leite afirma, por exemplo, que o princípio protetivo e o princípio da finalidade social "permitem que o juiz, na aplicação da lei, possa corrigir uma injustiça da própria lei."<sup>103</sup>

Não convém questionar a conformidade dos atos da Justiça do Trabalho com o ordenamento jurídico nacional, por fugir ao escopo do presente trabalho. Entretanto, é

---

<sup>103</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Op. cit., p. 83.



importante estabelecer que a responsabilidade civil da Administração Pública deve ser declarada em instância cível, aplicando-se a lógica e os mecanismos de funcionamento do processo civil, sem ignorar, por evidente, as limitações concretas de cada parte, mas também sem aplicar princípios típicos de processo do trabalho em uma ação exclusivamente cível.

## CONCLUSÃO

Mesmo que se considere a terceirização como extremamente prejudicial ao trabalhador, não pode o Judiciário proceder à responsabilização da Administração Pública de maneira indiscriminada, sem os devidos fundamentos legais, pois não se trata, aqui, de fazer política de Ação Afirmativa. O Judiciário deve, em primeiro lugar, restringir-se aos ditames da Lei, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

A relação de trabalho terceirizado não implica em qualquer relação jurídica entre Administração Pública e trabalhador contratado pela prestadora de serviços. Não se forma vínculo de emprego até mesmo por proibição constitucional. Assim, a natureza jurídica da responsabilidade civil que se imputa ao ente público é necessariamente extracontratual, submetendo-se à base legal estabelecida pela artigo 37, § 6º da CF/88.

A responsabilidade civil do Estado, disposta no artigo 37 da CF/88, é sempre objetiva, sendo irrelevante se, no caso, decorre de ação ou omissão do agente público. Certa parte da doutrina, entretanto, entende que seria subjetiva por omissão, pois a omissão implicaria em culpa do agente por falha no cumprimento de dever legal.

O inadimplemento de obrigações originárias do contrato de trabalho entre prestadora de serviços e seus empregados nunca transfere tais encargos à Administração de forma automática. A Lei de Licitações e mesmo o próprio princípio da legalidade impedem que a Administração funcione como fiadora do contrato de trabalho.

Não existe, pois, conflito entre a Súmula 331 do TST e o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, pois cada diploma normatiza relações jurídicas distintas. A Súmula 331 trata da responsabilidade extracontratual da Administração Pública por permitir violações a contratos de trabalho de empregados da prestadora de serviços, enquanto que a Lei nº 8.666/93 trata da impossibilidade de transferência da responsabilidade contratual por conta das referidas violações.

A única forma de responsabilizar o órgão público contratante é se determinado dever legal de escolha ou fiscalização do contrato administrativo não foi seguido, e desde que tal falha na escolha ou fiscalização seja condição suficiente para que determinado encargo trabalhista não tenha sido cumprido pelo prestador de serviços. Não haverá, assim, responsabilização do ente público caso a falha na fiscalização não tenha relação direta com determinado prejuízo sofrido pelo trabalhador. Não pode haver nexo de causalidade geral.

Além disso, os atos de fiscalização devem estar previstos em Lei. Instrumentos normativos infralegais, tais como Instruções Normativas e Resoluções, não servem para substituir a necessária presença de Lei para reger as ações do Estado.

Os deveres de escolha e fiscalização da Administração Pública são limitados pelo princípio da legalidade. O agente público não pode ir além do que lhe foi conferido por Lei, não podendo haver ingerências na administração da empresa contratada e em sua folha de pagamento. A fiscalização trabalhista específica é atribuição do Ministério do Trabalho e Emprego, que deve tomar as providências necessárias caso verifique violações trabalhistas em âmbito empresarial.

A única atitude passível de ser tomada pelo agente público contratante dos serviços é comunicar as violações trabalhistas ao MTE e reter o pagamento até a regularização dos encargos por parte da contratada, nos termos e limites impostos pela Lei nº 8.666/93. Até mesmo a sistemática adotada pelo MPOG, referente ao estabelecimento de contas vinculadas em que se realiza o pagamento em separado constitui forma de garantia não prevista em lei e uma flagrante violação à Lei nº 8.666/93.

Na hipótese de responsabilidade civil da Administração por omissão, a natureza dos débitos não é trabalhista, até porque o órgão público não pode estabelecer contratos de trabalho fora das hipóteses previstas na CF. Assim, os débitos possuem natureza civil e não se submetem ao regime jurídico dos débitos trabalhistas.

Quanto ao aspecto processual, tem-se para o caso a existência de duas ações distintas, julgadas em processos separados, não cabendo conexão. A ação de responsabilidade civil da Administração Pública deve ser proposta e julgada em esfera cível, pois foge à competência da Justiça do Trabalho. Na prática, além disso, a ação

cível é cabível apenas após o julgamento procedente da ação trabalhista proposta pelo empregado contra a empresa particular, seguido da necessária tentativa frustrada de execução da empresa empregadora, situação em que se tornam certos os danos decorrentes da omissão do agente público e exigível seu ressarcimento perante o Estado.

Em via judicial, em esfera cível, o ônus da prova de omissão na fiscalização do contrato administrativo é da parte reclamante, ou seja, do trabalhador que ingressa em juízo, pois os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. O parte autora não tem condições de comprovar fato negativo, mas deverá, ao menos, apresentar indícios de ausência de fiscalização para transferir à Administração a obrigação de comprovar a legitimidade de seus atos.

## REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Reinaldo Antônio. Responsabilidade Civil – Circunstâncias Escusativas do Dever de Indenizar: Excludentes de Responsabilidade. Exceções à Imputabilidade; Cláusula de Não Indenizar. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, n. 28.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. In: **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, v. 5, n. 18.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. In: **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, n. 70.
- BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 5, n. 21.
- BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, Parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1989.
- CAFFARO, Leonardo de Mello. A Terceirização na Administração Pública e as Conseqüências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria – A Ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2011, n. 214.
- CAMPOS, José Ribeiro de. **A terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. São Paulo: Thomson IOB, 2006.
- CASTRO, Flávia Viveiros de. O Princípio da Separação dos Poderes. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CELL, Sandro Cesar. **Ação Afirmativa e Democracia Racial: Uma Introdução ao debate no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações do Direito do Trabalho à Luz do Neoliberalismo. In: **Revista Jurídica**. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1981, v. 15, n. 13.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – paradoxo do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade Objetiva do Estado em face dos Princípios da Eficiência e da Boa-Fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público Moderno: Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 01: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUASQUE, Luiz Fabião. A Responsabilidade Civil do Estado. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade civil: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 6.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de Não-Incidência da Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceitos e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, n. 28.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”?** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/perplex.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/perplex.htm)> Acesso em: 22 jul. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Responsabilidade Civil do Estado: Reflexões a partir do Direito Fundamental à boa Administração Pública. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 97, n. 876.

OLIVEIRA, Lourival José de. Os Limites da Flexibilização no Direito do Trabalho sob uma Perspectiva Constitucional. In: **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Justiça Federal do RJ, 2010, n. 27.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **A Responsabilidade do tomador na prestação de serviços terceirizada**. Revista do Ministério Público do Trabalho, n. 18, 1999.

PIERRI, Deborah. As Omissões dos Agentes Públicos. *Faute Du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIRES, Aurélio. Terceirização: responsabilidades – um tema para reflexão. In: **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, n. 31.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Manual de Terceirização**. São Paulo: STS, 1992.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Terceirização – Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, 2012, n. 217.

SOUZA, Mauro César Martins de. Responsabilização do tomador de serviços na terceirização. In: **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, 2001, n. 142.