



**CENTRO UNIVERSITARIO DE BRASILIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS**

DANIEL GOMES DA SILVA

**A PROVA DIABÓLICA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CASO DE INADIMPLEMENTO DAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE
SERVIÇOS**

**BRASÍLIA
2012**

DANIEL GOMES DA SILVA

**A PROVA DIABÓLICA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CASO DE INADIMPLEMENTO DAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE
SERVIÇOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. M^º Hélio José de Souza Filho

**BRASÍLIA
2012**

DANIEL GOMES DA SILVA

**A PROVA DIABÓLICA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CASO DE INADIMPLEMENTO DAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE
SERVIÇOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. M^º Hélio José de Souza Filho

Brasília, 06 de julho de 2012

Banca examinadora:

Prof. M^º Hélio José de Souza Filho
Orientador

Prof(a).
Examinador(a)

Prof(a).
Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, criador de todas as coisas que conhecemos, à minha família que sempre me apoiou e me incentivou nas minhas conquistas, aos amigos de toda a vida e ao meu orientador pelo eficaz direcionamento deste trabalho.

RESUMO

Atualmente, existe a dificuldade em se declarar a Administração Pública como culpada, responsável de forma subsidiária, na ocorrência de inadimplemento das obrigações trabalhistas por empresa terceirizada prestadora de serviço. Basicamente, embate visível entre o enunciado de Súmula nº 331, incisos IV e V, do Tribunal Superior do Trabalho, e, do outro lado, o art. 71, da Lei nº 8.666/93. De modo sucinto, é objetivo do presente trabalho elucidar esse debate, e, além disso, discorrer sobre uma questão processual, qual seja, acerca do ônus probatório nessa hipótese. É que, a depender das circunstâncias, pode-se constatar a existência da chamada “prova diabólica”, aquela impossível ou muito difícil de ser produzida, caso o ônus *probandi* seja imputado única e exclusivamente ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação.

Palavras-Chave: Responsabilidade subsidiária. Terceirização. Prova diabólica. Ônus da Prova. Administração Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO ESTUDO DA TERCEIRIZAÇÃO	10
1.1 Do princípio protetor	12
1.1.1 <i>In dubio pro operario</i>	12
1.1.2 <i>Da norma mais favorável</i>	13
1.1.3 <i>Da condição mais benéfica</i>	14
1.2 Princípio da boa-fé	15
1.3 Princípio da legalidade	16
1.4 Da dignidade humana	17
1.5 Supremacia do interesse público	21
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	23
2.1 Da responsabilidade subjetiva da administração pública	23
2.2 Da teoria do risco administrativo	27
2.3 Da responsabilidade objetiva	29
2.4 Da responsabilidade contratual e extracontratual	29
2.5 Da responsabilidade solidária e subsidiária	31
2.6 Das excludentes de responsabilidade	32
3 DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS TRIBUNAIS E SEUS JULGADOS – SÚMULA 331 DO TST – ADC Nº 16-DF -JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS COM FOCO NA ANÁLISE DA CULPA E A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE PROVA DIABÓLICA NO CASO CONCRETO	34
3.1 O entendimento do TST exposto na súmula 331	34
<i>Súmula nº 331 do TST</i>	34
3.2 O caso no Supremo Tribunal Federal: ADC nº 16 - DF	36
3.3 Dos meios de que dispõe a administração pública para o cumprimento de seus deveres em procedimento licitatório – Lei 8.666/93 e Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08 e nº 3, de 15.10.09, do MPOG	39
3.4 Prova diabólica?	42
3.5 Julgados atuais	45
3.5.1 <i>Dos oriundos do TRT da 10ª Região</i>	45
3.5.1.1 <i>Pela culpa da administração pública</i>	45
3.5.1.2 <i>Pela inexistência de culpa da administração pública</i>	48
3.5.2 <i>Daquelas proferidos pelo TST</i>	49
3.5.2.1 <i>Pela culpa da administração pública</i>	49
3.5.2.2 <i>Pela inexistência de culpa da administração pública</i>	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no exame dos tópicos referentes aos capítulos que farão parte da tese, é importante brevemente destacar o atual cenário do fenômeno da terceirização, com espeque nos casos que envolvem a Administração Pública.

De fato, é tendência adotada pela Administração Pública que se intensificou a partir do momento em que se verificou a lacuna legal existente e a ausência de vedação constitucional dessa forma de contratar. Com efeito, em que pese o disposto no art. 37, II, e §2º, da CF/88¹, sobre as formas de admissão em servidor público, houve o incentivo a tal prática, promovida pelo Decreto-Lei nº 200/1967, dispositivo inicial acerca do tema.

Necessárias essas diretrizes legais para compreensão da participação do empregado terceirizado ante a Administração, pois, como é sabido, o Ente Estatal, no manejo de suas atividades, deve pautar-se, para além de outros, pelo princípio da legalidade. Dessa forma, em correspondência a esse princípio, e para corroborar a idéia da descentralização administrativa, de maneira a promover a extensão das atividades estatais, a despeito do Decreto-Lei de 1967, ressalte-se o previsto em seu art. 10, §7º, que sugere a terceirização como forma de garantir melhor celeridade à máquina administrativa, e, em adendo, impedir o seu crescimento desmesurado.²

Sem prejuízo de outros pertinentes, ressalte-se ainda a lei 8.666/93, em seus arts. 6º, VIII, e 10:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII – Execução Indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, sob qualquer dos seguintes regimes:

¹ BRASIL. Constituição (1988). Art 37, inciso II: a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma previstas em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. §2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2011.

² BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>._Acesso em: 11 out. 2011. Ademais, para informações sobre rol de atividades passíveis de terceirização (exemplificativo), veja o que aduz a Lei 5.645/70, §3º (revogada pela Lei 9.527/97): “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-Lei n. 200, de 25-2-67”.

- a) Empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) Empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) (vetado)
- d) Tarefa – quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) Empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

[...]

Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

I – execução direta

II – execução indireta, nos seguintes regimes:

- a) Empreitada por preço global;
- b) Empreitada por preço unitário;
- c) (vetado)
- d) Tarefa;
- e) Empreitada integral.

Parágrafo único. (vetado)

Noutro giro, quanto ao trato fiscal da matéria, também merece ser citada a Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995, e a Lei Complementar nº 101/2000, as quais, por sua vez, também facilitam a aparição de empregados dessa natureza no âmbito estatal. Em resumo, enquanto a Lei Complementar de 1995 limita os gastos com servidores em até 60% da receita estatal, a LC 101/2000, em seu art. 18, §1º, preconiza que “Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “outras despesas de pessoal”.

Assim, certa é a existência de diversas polêmicas que entremeiam o debate. Numa delas, há doutrinadores que apontam que a terceirização do serviço público permite maior margem de ação no que tange, p.ex., ao nepotismo ou nomeações políticas (efeitos negativos perante a sociedade), tendo em vista a supressão da exigência constitucional de concurso público, muito embora, por outro lado, o Estado seja beneficiado por um enxugamento da máquina estatal e uma possível redução de custos.³ Em outra via de

³ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 137-139.

discussão, há os autores que defendem que a Administração Pública poderia apenas firmar contratos de terceirização no caso de atividades-meio.⁴ E, mais interessante ao presente trabalho, é o debate acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, prevista na Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho. O ex-Presidente do TST, João Oreste Dalazen, opinou no sentido da evolução da matéria com o advento da Súmula 331, da Alta Corte Trabalhista, no sentido de possibilitar a declaração de culpa, de responsabilidade subsidiária da Administração pública na ocorrência de dívidas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.⁵

Ou seja, da coletânea jurídica trazida, observa-se que há a tese, a possibilidade, de contratação via terceirização pela Administração Pública. No entanto, na prática, alguns questionamentos servem de baliza ao enriquecimento do debate, os quais, inclusive, movem em parte o presente trabalho, tais como: (i) Como solucionar o caso de débitos quanto às obrigações trabalhistas deixados por empresa contratada para prestar serviços de atividade-meio à Administração Pública? (ii) É permitido incumbir o dever de reparar/indenizar/compensar ao Ente Estatal, tomador de serviços, em afronta direta ao art. 37, II, e § 2º, da CF/88? (iii) É possível aceitar a existência desse mecanismo de contratação (vínculo) pelo Estado? Há que se falar em primazia da realidade? (iv) Qual o nível de responsabilidade da Administração Pública no caso do inadimplemento das obrigações trabalhistas? Responsabilidade subsidiária? Deve submeter-se à teoria do risco? Responsabilidade subjetiva ou objetiva? Existe culpa do Estado? Deve haver nexo causal, análise de conduta do Estado ante a fiscalização dos contratos realizados? (v) Quais os princípios constitucionais aplicáveis? (vi) Por fim, é o caso de prova diabólica, ou seja, prova impossível de ser produzida pelo trabalhador, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, em que se necessite comprovar a culpa do Estado para que o pedido de responsabilidade subsidiária da Administração Pública seja acolhido?

É porque, atualmente, há um confronto claro entre o entendimento e os termos da Súmula 331, do TST, que determina a responsabilização do Ente Público por inadimplemento de prestação ao empregado terceirizado, e, em específico, os dizeres do art. 71, da Lei 8666/93, o qual isenta a Administração do dever de reparar os trabalhadores citados. Segundo a Administração pública, ao editar a referida Súmula, o Superior Tribunal

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 430-431.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Notícias do TST**: presidente do TST defende responsabilização solidária do tomador de serviço: 05/10/2011. . Disponível em: <
http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12975&p_cod_area_noticia=ASCS> Acesso em: 13 out. 2011.

do Trabalho não respeitou a cláusula de reserva de plenário (e implicitamente declarou inconstitucional os termos do referido artigo da Lei de licitações) e, por consequência, os ditames da Súmula Vinculante nº 10, do STF. E, por outro lado, os trabalhadores pleiteiam seus direitos trabalhistas, pois uma coisa é certa: eles prestaram seus serviços. E, em todo esse arcabouço, verifica-se o problema da produção de provas pelo polo obreiro, na hipótese em que deva o trabalhador comprovar a culpa do Ente Público, o dano sofrido e o nexo causal existente na atuação do Estado para a consequente responsabilização do Estado.

A hipótese, portanto, se faz na figura da possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública atrelada à distribuição do ônus probatório favorecendo o trabalhador, parte hipossuficiente na relação trabalhista. Caso assim não seja, será detectado o problema da existência de prova diabólica no caso. Sem embargos, é a tese que impulsiona esta dissertação, que procura desvendar os caminhos protetivos garantidos ao trabalhador, aplicados na hipótese, ou, por outro lado, verificará os fundamentos sobre os quais se baseia a Administração Pública para desconfigurar sua responsabilidade.

Durante a pesquisa, serão utilizadas referências bibliográficas das mais variadas, tais como livros, revistas, periódicos, informações obtidas em sítios eletrônicos e pesquisa jurisprudencial sobre o tema. Assim, o método de pesquisa a ser utilizado baseia-se no chamado dedutivo-indutivo.

E, dessa maneira, esta dissertação procurará evidenciar alguns dos aspectos que circundam a controvérsia e a situação da produção de provas por parte de empregado terceirizado prestador de serviços ao Ente Estatal para a responsabilização do Ente Público. No primeiro capítulo, alguns princípios aplicáveis à lide; no segundo, sobre a responsabilidade da Administração Pública; em terceiro, haverá análise do ônus probatório e pesquisa jurisprudencial no âmbito das decisões proferidas pelo Eg. TRT da 10ª Região e pela Alta Corte Trabalhista.

1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO ESTUDO DA TERCEIRIZAÇÃO

Antes de adentrar ao exame dos princípios pertinentes ao estudo proposto, cumpre tecer leves considerações acerca do papel dos princípios no ordenamento jurídico.

De fato, cabe aduzir que certa é a existência dos princípios na seara jurídica, figurando como fonte do Direito, e, além disso, como guias, diretrizes. Por outras palavras, é instituto situado acima da norma jurídica que deve ser seguido durante o rito processual. Possuem, portanto, abstração maior em comparação aos ditames de uma regra expressa.

Em conseqüência, temos que uma lei, p. ex., visando à concretização da conduta iniciada pelo Poder Legislativo, deverá obedecer, realizando, da melhor maneira possível, os preceitos instituídos pelos princípios, independentemente da natureza, dos efeitos ou da eficácia, do ato normativo gerado. Possuem, pois, alcance maior do que uma simples norma, compondo o que se chama de núcleo de um sistema, aquela diretriz que traduz o espírito de um campo de estudo e seus valores fundamentais.⁶ De outro giro, também representam a abstração maior que guiará a resolução de casos concretos. Outras normas, de menor alcance, estariam so sua constante tutela, orientação.⁷

Dito isso, basta apenas mencionar algumas funções dos princípios, a despeito de toda sua importância. Conforme a doutrina proferida por Américo Plá Rodriguez, são três as funções dos princípios, quais sejam, (i) a informadora; (ii) normativa; e, (iii) interpretativa.⁸

Respectivamente, o supracitado autor cita que na sua função informadora, os princípios “inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico”; num segundo momento, reza que, na ausência de preceito de lei, como forma de integração do direito, atuam de maneira supletiva; e, por fim, em ideia já proclamada acima, afirma que, a respeito da última função comentada, observa-se que os princípios “operam como critério orientador” à disposição dos Eméritos julgadores, que, eventualmente, venham a proferir decisão sobre algum caso.⁹

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

⁷ BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Princípios Constitucionais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.55.

⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 43-44.

⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 44.

Desse modo, fica comprovada a importância da análise dos princípios, principalmente quando há o surgimento de novas idéias no ordenamento jurídico, a exemplo da Súmula 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. À medida em que a aplicação da referida Súmula comece a colocar em xeque algumas premissas antes pacíficas, a busca pelos princípios certamente constitui um norte a ser contemplado, de maneira a expandir os horizontes da atuação do Direito enquanto forma de organização social.

Vale ressaltar que inclusive são ferramentas à disposição do juiz que maneja entendimento inovador e invoca - não raros os casos - entre as razões de sua fundamentação, o disposto no art. 131, do CPC¹⁰, sobre o livre convencimento do juiz – que inclusive é considerado também um princípio -, desde que devidamente motivado, acerca das decisões judiciais.

Com efeito, adstrito ao conteúdo dos autos de um processo, o juiz tem seu leque de possibilidades de resolução da lide de certa maneira aberto, de acordo com normas estritamente processuais, de direito material, ou com a invocação de princípios adequados ao caso, conforme o preceito supracitado.

Veja-se ainda outro ponto vantajoso à utilização dos princípios. Ora, em contraponto aos preceitos de lei, tais fontes do direito não possuem um caráter estático, fixados em razão de um único momento histórico. Ao contrário, sua natureza é dinâmica, ainda que se trate de princípios expressos, a exemplo do que ocorre com o princípio, e.g., da boa-fé, ou, ainda, da moralidade, da dignidade humana, entre outros. Nesse sentido, é certo que os princípios não são axiomas imutáveis, de duração perpétua. Inserem-se, sob outra ótica, em todo um arcabouço histórico; construídos em conjunto a outras assimilações de sua época. São, portanto, fenômeno histórico e cultural condicionado.¹¹

Assim, dada a importância do exame do tópico, passamos ao exame de alguns princípios aplicáveis ao caso da responsabilidade da Administração Pública frente a contratos de terceirização realizados, especificamente, no que tange à situação em que o empregado, sem possibilidade de receber indenização ou verbas rescisórias da empresa prestadora de serviços, deve procurar o Ente Público – tomador dos serviços - para satisfazer seus débitos. Hipótese em que é possível a verificação da existência de prova diabólica.

¹⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 182.

1.1 Do princípio protetor

De pronto devemos começar pela citação do princípio protetor, considerado uma das bases do Direito do Trabalho. É nuclear, tendo em vista que seu surgimento se dá ante a constatação primordial da condição de hipossuficiência do pólo obreiro, nas lides que envolviam empresas e seus empregados. Assim, o surgimento do Direito trabalhista procura equilibrar essa relação. E, nessa linha, constitui-se pilar exemplar na relação jurídica do contrato de trabalho, significando toda uma resposta a uma desigualdade econômica desfavorável ao obreiro. Busca, por oportuno, tornar a relação de modo a garantir uma desigualdade favorável ao empregado, nivelando as desigualdades, na medida do possível.¹²

Além disso, pode-se dizer que a citada busca pela harmonia trabalhista se desdobra, classicamente, em três outros princípios, quais sejam: (i) *in dubio pro operário*; (ii) norma mais favorável; e, (iii) da condição mais benéfica. Todavia, é de um bem maior estipular a condição basilar desse princípio em si, antes de examinar o conteúdo dos três descritos, haja vista que é ele quem garante quase todos os princípios especiais do Direito do Trabalho, dando ao trabalhador, e.g., o direito de usufruir da imperatividade e da indisponibilidade das normas trabalhistas a seu favor, bem como garantir o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, da continuidade da relação de emprego, ou da noção de despersonalização da figura do empregador. Volta à tona, desse modo, a tentativa de retificação de uma relação anteriormente injusta e desfavorável ao obreiro.¹³

Visto o núcleo do Direito do Trabalho, passemos a analisar alguns outros princípios.

1.1.1 *In dubio pro operario*

Como um resultado do desdobramento citado acima, vale mencionar agora o princípio chamado *in dubio pro operário*, também denominado de *in dubio pro misero*. Veja-se.

Assim como na esfera do direito penal que favorece o réu em caso de dúvida, o Direito do Trabalho também apresenta tutela semelhante ao trabalhador. Dessa maneira, o julgador, ao se deparar com situação em que a exista divergência interpretativa,

¹² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 193.

ambigüidade ou, de certa forma, dúvida quanto à postura a ser tomada, deve adotar critérios em favor do empregado.

Em que pese o nível de organização social apresentada nos dias de hoje, via atuação sindical, ainda há que se considerar a hipossuficiência do empregado. Com efeito, ainda que o art. 8º, inciso III, da Carta Política¹⁴, verse sobre a proteção conferida com ajuda de sindicatos, certo é que as empresas ainda constituem-se no pólo forte da demanda, muito embora deve ser observada certa cautela na aplicação desse princípio, no sentido de que nem sempre as leis deverão favorecer o trabalhador, em detrimento de toda uma função social da lei trabalhista.¹⁵ Frise-se, é nota também salientada por Américo Plá Rodriguez, esse sentido da busca pela harmonização da coletividade e a cautela na aplicação das leis trabalhistas.¹⁶

1.1.2 Da norma mais favorável

Também em decorrência do princípio dito basilar, surge o chamado *da norma mais favorável*, afirmando que tanto o legislador quanto o julgador que venham a atuar na esfera trabalhista devem optar pela criação/aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, na ocasião da existência de mais de um preceito de lei aplicável.

O art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho pode nos dar uma noção da efetivação desse princípio. Reza o referido artigo que “as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. Decisões desse jaez é o que se demonstra com o seguinte enunciado de Súmula, oriundo do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

SUM – 288 COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III – Ao sindicato cabe a defesa dos direitos se interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2011.

¹⁵ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 26.

¹⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 120.

No entanto, há que se alertar apenas que existem limitações à aplicação do princípio. Fala-se aqui, especificamente, no caso de conflito com interesse da coletividade, imperativo da ordem pública ou afronta à dispositivo da Constituição Federal. Basicamente, é a sujeição de normas mais específicas em prol de uma função social mais benéfica à sociedade.¹⁷

De toda forma, ainda que exista limitação ao uso do princípio, não há dúvida de que constitui inegável medida protetiva ao trabalhador.

1.1.3 Da condição mais benéfica

Por fim, a respeito da doutrina clássica e seus três desdobramentos possíveis acerca do princípio protetivo, cumpre aduzir sobre a chamada “*norma mais benéfica*”.

De certa forma, é corolário lógico da condição hipossuficiente do trabalhador assumida nos tópicos anteriores. Desse modo, também encontra fundamento no art. 620, da CLT, por exemplo. Assim afirma José Salem Neto¹⁸, aduzindo que o princípio encontra concretização na situação em que o trabalhador tem diante de si, em momento posterior à uma edição normativa ultrapassada, condição/norma mais benéfica para si.

Um exemplo claro no âmbito da Corte Superior Trabalhista encontra-se no enunciado de Súmula nº 51¹⁹. Observe-se:

SUM-51 NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
 I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)
 II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

Feitas essas considerações sobre os princípios protetivos, passemos adiante.

¹⁷ PAULO, Vicente. **Resumo de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 13.

¹⁸ SALEM NETO, José. **Princípios do direito do trabalho na prática**. Campinas: Servanda, 2002. p. 58.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 17 out. 2011.

1.2 Princípio da boa-fé

Esse princípio trata de requisito jurídico intrínseco a qualquer atividade jurídica, a partir do momento em que é agente gerador de fidúcia e, em conseqüência, capaz de sustentar as relações jurídicas existentes²⁰.

Para uma noção do que representa, observe-se que tal princípio atinge o âmbito geral do Direito, extrapola os limites da seara trabalhista. Dessa maneira, além de ser um marco moral à realização social, a despeito do direito do trabalho, constitui pilar para o sucesso do regime jurídico em sua completude.

E, dada sua relevância, encontra previsão no ordenamento jurídico pátrio, basicamente, nos artigos 113 e 422, do Código Civil, e art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

No CC/02:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

No CDC:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Tendo em mente esses dispositivos, cabe assinalar leve discurso sobre a boa-fé e seus dois tipos: subjetiva e objetiva.

A primeira modalidade, nos dizeres de José Affonso Dallegrave Neto, diz respeito à “boa crença, que considera a intenção do contratante que age acreditando não estar prejudicando ninguém. Assim, a antítese da boa-fé subjetiva é justamente a má-fé, vista como

²⁰ BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Princípios constitucionais de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

a intenção de lesar outrem.”. De outro modo, a boa-fé objetiva corresponde a “regra de conduta estribada na lealdade, na probidade e, principalmente, na consideração para com os interesses do outro (alter), visualizando-o como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Implica, portanto, na convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos.”.²¹

E, sendo assim, os termos “honestidade” e “lealdade recíproca” são comuns, intrínsecos à análise do conceito de boa-fé. De modo mais claro, são inerentes e imprescindíveis a uma boa conduta, que garantirá o efetivo cumprimento de obrigações contratuais. Veja-se que interessa aqui abranger apenas uma das duas modalidades de boa-fé, a saber, a objetiva, para se garantir uma aplicação viável do princípio. Exemplo disso é a situação do inadimplemento contratual de trabalho pelo patrono, sem justo motivo. Nesse caso, o princípio ajudará na fundamentação da falta com o dever pela empresa, no sentido de ensejar pedido condenatório no pleito obreiro.²²

1.3 Princípio da legalidade

Nesse tópico, já visando mais aumentar o foco da análise, apresentamos o princípio da legalidade, que serve de baliza a toda e qualquer atividade oriunda da Administração Pública.

Com efeito, é princípio expresso, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que atinge os particulares e à Administração Pública. Segue seu conteúdo:²³

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

²¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**: dano moral e material, acidente e doença do trabalho, dano pré e pós-contratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, dano causado pelo empregado, assédio moral e sexual. São Paulo: LTr, 2005. p. 289.

²² RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 120.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%20E7ao_Compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

De certa maneira, o destaque aqui deve ser feito em relação à atividade da Administração Pública frente aos contratos de terceirização, escopo do presente trabalho. Isso, pois o Ente Público possui sua manifestação de vontade adstrita aos termos da Lei, diferentemente dos particulares, dotados de maior autonomia da vontade. Em tópico posterior será realizada a análise dos dispositivos cabíveis a essa atuação da Administração Pública.

É mister salientar, pois, que a Administração Pública não pode atuar nem contra e nem além dos termos da lei. Dessa forma, um ato administrativo deve ser exercido essencialmente *secundum legem*. Exorbitar os limites impostos pela lei, ou atuar em contrariedade a esta resultam, conseqüentemente e invariavelmente, em decretação de invalidez do ato administrativo.²⁴

De certa forma, pode-se considerar esse princípio ainda como forma de proteção aos particulares, a medida em que toda a atuação da Administração Pública será pautada pelos limites legais existentes. Celso Antonio Bandeira de Mello vem citando tal peculiaridade do sistema conferido a partir desse princípio, consagrando que o autoritarismo, ou qualquer forma de governo ditatorial não tem respaldo por uma Constituição Federal como a brasileira, tendo em vista sua atuação de acordo com os estritos ditames legais, que, por sua vez, dá o caráter de previsão e conhecimento prévio às atividades da Administração Pública.²⁵

1.4 Da dignidade humana

Nos dias atuais, impossível deixar de citar a declaração universal dos direitos humanos, ao tratar de dignidade humana. Ainda que o termo não possua gênese no referido documento, sabe-se o quão basilar é a efetividade dele para a ordem pública internacional.

Genericamente, em 1948, ao ser editada, a DUDH propôs o início da busca pela efetivação da proteção aos direitos humanos, incluindo-se, nesse rol, o princípio da dignidade humana, ou seja, a possibilidade de uma vida digna pela pessoa. E, da abertura desse leque de possibilidades de tentativa de uma organização internacional em prol da defesa de um interesse *erga omnes*, surgiu, por exemplo, o artigo XXIII, o qual, em seu inciso III, proclamou que “toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória,

²⁴ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 194.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 100.

que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.”²⁶.

Observe-se, portanto, a garantia a remuneração justa, que assegure, já que estamos falando em Direito do Trabalho, a dignidade de sobrevivência do trabalhador, a dignidade da pessoa humana. E, em justa decorrência desse artigo, vieram as preocupações na esfera trabalhista, do cumprimento do disposto nos instrumentos de proteção.

Com efeito, há outros documentos que também tratam do tema. Entre eles, podemos destacar a Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, a qual sugere que “os valores fundamentais de liberdade, dignidade humana, justiça social, seguridade e não-discriminação são essenciais para um desenvolvimento e uma eficácia sustentáveis em matéria econômica e social”.²⁷

Assim, como ressaltou Antonio Augusto Cançado Trindade, “na implementação dos tratados e instrumentos sobre direitos humanos, dirigidos à proteção da parte ostensivamente mais fraca (as supostas vítimas), o elemento do “interesse público” comum ou *feral* ou *order public* exerce uma função proeminente. Os Estados não gozam aqui do mesmo grau de apreciação discricionária de que desfrutam no contencioso diplomático interestatal clássico”²⁸. Conclui-se, portanto, que a proteção, a medida em que efetivada pelas via internacionais toma outro rumo, que não aquele anterior que, de certa forma, permitia certa omissão estatal.

Essa breve explanação sobre a importância das Convenções, Declarações ou quaisquer outros documentos produzidos no âmbito internacional vem para fortalecer uma ideia: a de que os Estados eram (ou podem ser ainda) os maiores violadores do princípio da dignidade humana em seu território.

Por isso, a fiscalização contínua da comunidade internacional, bem como a elaboração de simples protocolos de intenções ou cartas de recomendações, já aumentam a responsabilidade do Estado sobre a manutenção da dignidade da pessoa humana, configurada também, via respeito aos tratados de direitos humanos. Por ora, os Estados devem apresentar relatórios de cumprimento de suas metas pré-estabelecidas. De fato, tornou-se matéria de

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 3 nov. 2011.

²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Documentos**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/document>>. Acesso em: 3 de nov. de 2011.

²⁸ CANÇADO, Antonio Augusto Trindade. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. San José da Costa Rica: Friedrich Naumann-Stiftung; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1992. p. 29.

ordem pública mundial. Os termos erigidos nas Convenções Internacionais sobre direito do trabalho, destaque-se, também representam uma seara dos direitos humanos.²⁹

No plano interno, já reconhecendo a importância da proteção desse princípio, a Carta Política, promulgada em 1988, o dispôs em seu artigo 1º, inciso III, como princípio fundamental. Assim, definida a importância do princípio como basilar do regime de proteção até a nível mundial, resta buscar uma aproximação da sua definição, de modo a clarear seu alcance.

Apesar de não ser tarefa fácil, é possível determinar que não foi privilégio de um ou outro documento afirmar a essencialidade desse princípio. De certa maneira, é anterior a qualquer criação do homem a constatação de que é um direito natural, embora pudesse ser visto, à outra época e inserida em outros costumes, de maneira diversa da descrita pelo senso comum nos dias de hoje.

Como bem salienta Maria Celina Bodin de Moraes, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste, em período anterior a qualquer tipo de positivação, de maneira que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, uma proteção especial.³⁰

Desse modo, considera-se que é a oportunidade que o trabalhador possui de ser tratado como humano, para todos os seus efeitos e aspectos, em detrimento de uma visão do obreiro como mero elemento da produção. É direito que simplesmente existe, e que deve ser garantido pelo Estado, ou seja, o Ente Estatal deve atuar em função da dignidade da pessoa humana³¹.

A única certeza de que se tem notícia sobre o conceito de dignidade humana é justamente acerca da dificuldade de sua sintetização. Esse é o teor da sua conceituação moderna, que, apesar de reconhecer sua importância e concretude, assimila sua fundamentação em torno de contornos vagos. Por outras palavras, representa uma construção genérica que se amolda de acordo com a manifestação das sociedades contemporâneas. Isso

²⁹ MELLO, Celso Albuquerque. A proteção do direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215-233

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

³¹ RUPRECHT, Alfredo J. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 104-107.

se deve, principalmente, ante sua natureza abstrata e da dificuldade de delimitação de tão importante meio protetivo.³²

Extraí-se do excerto acima a dificuldade de localização do princípio da dignidade em apenas um momento certo a tempo definido. É um princípio que se amolda à sociedade e seus ditames, flexível em relação a seu alcance. Fragmentá-lo, em um espedaço de alcance certo talvez seria torturar a essência da proteção que por ele é conferida de maneira suprema. E, nesse jogo de incertezas, o único parâmetro certo de atuação se encontra na irradiação do princípio da dignidade humana no decorrer das proteções conferidas, e.g., pela Constituição da República de 1988. Com efeito, é o que preconiza, além dos doutos autores já citados neste tópico, o ilustre Ricardo Lobo Torres. Em decorrência disso, a respeito da inserção do princípio na esfera do Direito Laboral, outros podem ser os corolários lógicos de sua aplicação, espalhados pela Carta Política. A saber, cita-se, p. ex., o direito ao salário, como fonte de sustento do trabalhador, devendo recebê-lo com segurança e regularidade corretamente acordada; direito a repouso, de modo a garantir a saúde física e espiritual do empregado; da não discriminação no trabalho; da justiça social, entre outros decorrentes.³³

A ementa abaixo, extraída do sítio da internet do Excelso Supremo Tribunal Federal pode nos dar uma luz acerca da aplicabilidade do princípio no Direito do Trabalho

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, DE EXPOSIÇÃO DA VIDA E SAÚDE DESTES TRABALHADORES A PERIGO, DE FRUSTRAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E OMISSÃO DE DADOS NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. SUPOSTOS CRIMES CONEXOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. 1. O recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal abrange a questão da competência da justiça federal para os crimes de redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo, de exposição da vida e saúde dos referidos trabalhadores a perigo, da frustração de seus direitos trabalhistas e de omissão de dados nas suas carteiras de trabalho e previdência social, e outros crimes supostamente conexos.

[...]

6. As condutas atribuídas aos recorridos, em tese, violam bens jurídicos que extrapolam os limites da liberdade individual e da saúde dos trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravos, **malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana** e da liberdade do trabalho. Entre os precedentes nesse sentido, refiro-me ao

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 115.

³³ TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.14.

RE 480.138/RR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.04.2008; RE 508.717/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 11.04.2007. 7. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(RE 541627, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-12 PP-02386 RTJ VOL-00208-02 PP-00853 RIOBTP v. 20, n. 237, 2009, p. 132-139). (grifo nosso).

Fica registrada, assim, a importância da análise desse princípio.

1.5 Supremacia do interesse público

Ainda tratando de princípios, imperioso destacar um grande balizador das atividades administrativas, qual seja, o da supremacia do interesse público.

Desnecessário aqui tentar discorrer sobre a minuciosa origem do referido. Direto ao ponto, apenas interessa, sobremaneira, sua definição, alcance e de que forma atua perante os atores sociais.

Um primeiro ponto de exame recai, portanto, sobre a definição do princípio. Com efeito, apesar da existência das mais diversas aproximações, significados distintos, há um ponto em que parece não haver discussão: o fato de que, por se tratar de princípio, não pode ter o postulado caráter absoluto³⁴.

Sem exageros, apesar da tentativa de definição específica do princípio, é possível concretizar somente um debate teórico sobre o campo de atuação do postulado frente a outros princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Em uma das correntes, é possível perceber clara intenção de posicionar a atividade estatal frente à autonomia da vontade das partes, num viés de busca pelo bem coletivo. Assim, seria pressuposto fundamental à existência da sociedade a submissão de interesses egoístas, próprios das partes, em prol da proteção de interesses coletivos.³⁵

Por outro lado, veja o significado atribuído por Gustavo Binbenbojm³⁶, que nega a existência absoluta da supremacia do interesse público. Assume, por outro lado e sem

³⁴ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 189.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96-99.

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 169-170.

dificuldades, a existência de interesse público, o qual, muitas vezes, coincide com o interesse particular, sendo essa a razão da inexistência da supremacia do interesse público em absoluto.³⁷

Dessa forma, caso erroneamente se pense no referido princípio determinado como absoluto, sempre será o direito individual fundamental, previsto inclusive na Carta Magna, confrontado, tendo em vista que o interesse da Administração Pública sempre prevalecerá³⁸.

Em continuidade ao debate, veja-se que a de interpretação do princípio unicamente sob a ótica o desvio de poder significa deixar de lado seu sentido essencial. Este, embora indeterminado, pode ser balizado por uma margem de escolha. Não é possível, assim, dizer que se trata de liberdade total – discricionariedade exacerbada - ao Ente Estatal, em consonância com as ideias totalitaristas de forma de governo. Dessa maneira, há, por exemplo, a promoção por merecimento, a qual se baseia em critério subjetivo para apreciação, e com precisão, registra que a liberdade do administrador não se encontra ao seu livre arbítrio, de modo que não é possível a escolha de qualquer funcionário. Haveria, portanto, algumas circunstâncias de fato e de capacitação auferidas no processo seletivo do candidato. Em tese, o mesmo procedimento seria aplicado quando da efetivação do princípio da supremacia do interesse público.³⁹

Assim, apenas vale destacar aqui o debate entre a supremacia da atividade estatal, em detrimento de direito individual e vice-versa. A seguir, analisaremos a responsabilidade do Estado sobre seus atos praticados e suas modalidades.

³⁷ O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Esta máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Assim, se determinada meta política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 17

³⁹ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Enquanto o capítulo anterior tratou de tecer considerações sobre alguns princípios sugestivamente aplicáveis ao tema de estudo deste trabalho, esse capítulo segundo tem por objetivo demonstrar algumas das teorias acerca da responsabilidade civil da Administração Pública quando na realização de seus atos. É o que segue adiante.

2.1 Da responsabilidade subjetiva da administração pública

Antes de adentrar ao exame das modalidades de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro, é importante partir de uma ideia inicial sobre o que seria a tal da responsabilização, seja de ente público ou de uma simples pessoa física.

Em linhas gerais, para delinear o conceito, deve-se ter em mente a questão da reparação, da restauração do equilíbrio anterior ao dano, da contraprestação. É importante também ressaltar a distinção entre “obrigação” e “responsabilidade”, e, para melhor compreensão do conceito, pode-se afirmar que a última é oriunda do inadimplemento da primeira. Apenas a título de curiosidade, em termos técnicos, existe diferença entre obrigação – Schuld –, de responsabilidade – Haftung -. Sugere-se que a responsabilidade surge após o inadimplemento da obrigação.⁴⁰

Veja-se que em decorrência da busca pela reparação (em seu sentido amplo), conflui outra função primordial da responsabilidade civil, qual seja, a intimidativa, ou de prevenção, na medida em que a reparação, além de proporcionar um senso de justiça, propaga entre a sociedade o ideal de respeito, que, caso não acolhido, fulminará na reincidência da reparação, de modo que o agente deverá, novamente, reparar os danos por ele causados⁴¹. Ademais, “a teoria da responsabilidade relaciona-se com a liberdade e a racionalidade humana, que impõem à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes aos fatos a ela referentes”, e, portanto, a responsabilidade seria corolário lógico das ações tomadas pelas pessoas, na sua faculdade de escolha e livre arbítrio.⁴²

De fato, na esfera pública também não seria diferente. Dessa maneira, por responsabilidade civil do Estado “se entende a obrigação que se impõe à Fazenda Pública de

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v. p. 3

⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 7 v. p. 17.

⁴² ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1

compor financeiramente o dano causado ao particular por agentes públicos (*latu sensu*), no desempenho de suas funções estatais ou a pretexto de exercê-las, em decorrência de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou meramente jurídicos”⁴³.

Daí, infere-se que a espécie de responsabilidade denominada subjetiva tem sua gênese numa conduta culposa voluntária causadora de dano. Com efeito, esses são alguns elementos identificados para caracterização dessa espécie de responsabilização do Ente Estatal, ou seja, deve haver: (i) ato ou omissão violadora do direito e outrem; (ii) dano produzido por esse ato ou omissão; (iii) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; (iv) a culpa.⁴⁴

Todos esses elementos supracitados podem ser encontrados, claramente, nos artigos 186 e 927, do Código Civil⁴⁵, os quais preconizam:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para compreender melhor a reflexão sobre os casos apontados como de responsabilidade subjetiva do Estado, é imperioso destrinchar cada um dos conceitos/pressupostos citados acima, embora não em sua totalidade, haja vista não ser o tema da presente obra.

Sumariamente, por ato ilícito entende-se por aquele fenômeno que revela infração a uma regra, ou, de outro modo, trata-se de prejuízo consumado ou potencial a outrem⁴⁶.

⁴³ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A responsabilidade civil da administração pública. In: BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. São Paulo: Ícone, 2003. p. 1008.

⁴⁴ RICCITELLI, Antonio. **Responsabilidade civil das atividades da administração pública**. São Paulo: Lex, 2010. p. 118.

⁴⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2011.

⁴⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 22.

Na sequência, devemos alocar o dano na concretização do prejuízo sofrido em decorrência da prática do ato ilícito. Na melhor doutrina, pode ser visto como patrimonial ou extra-patrimonial, comumente chamado de dano moral⁴⁷.

O nexo causal é outro tópico importante. É necessário que o dano tenha sido gerado pela conduta do agente. Caso contrário, como imputar responsabilidade a alguém cujos atos não foram determinantes na positivação do dano?⁴⁸

Assim, vale frisar apenas a teoria da causalidade adequada, que se destaca no estudo do tema, na esfera cível. Com efeito, frise-se que a relação de causalidade se trata de questão de probabilidade. Desse modo, será destacado como causador do dano aquele que realmente poderia tê-lo produzido, sendo que, por eliminação, todo aquele que não concorre definitivamente para a existência da conduta danosa será deixado de lado, para efeitos de responsabilização. No Código Civil, é possível encontrar esse aparato de proteção no artigo 403, o qual afirma que “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por **efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (grifo nosso).⁴⁹

Ainda sobre os pressupostos, resta falar, resumidamente, da culpa. Essa, como se sabe, é o ato pelo qual o agente produz o ilícito, embora possa, muitas vezes, não querer de fato o acontecimento do evento danoso, e nem tampouco seus efeitos⁵⁰. Dentro do conceito, surgem as formas de imprudência, negligência ou imperícia, que servem para a análise casuística do evento danoso, bem como culpa presumida⁵¹, culpa por fato de terceiro (*in eligendo, in vigilando e in custodiendo*⁵²) e culpa exclusiva da vítima, entre outras encontradas na doutrina.

⁴⁷ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 28.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

⁵⁰ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 25.

⁵¹ “Tem-se observado, com efeito, várias situações em que a lei, com o escopo de facilitar a prova da culpa e do ato ilícito, estabelece presunções *juris tantum*. Nestes casos ocorre a inversão do ônus da prova, melhorando muito a situação da vítima. Esta não terá de provar a culpa psicológica, subjetiva, do agente, que é presumida. Basta a prova da relação de causa e efeito entre o ato por este praticado e o dano experimentado. Para livrar-se da presunção de culpa, o causador da lesão patrimonial ou moral é que terá de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito.” Em: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 302.

⁵² “[...] culpa *in eligendo* para caracterizar a má escolha do preposto.[...] A culpa *in vigilando*, por sua vez, decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente. [...] Já a culpa *in custodiendo* caracterizava-se pela falta de atenção em relação a animal ou coisa que estavam sob os cuidados do agente. [...]”. Em : CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 38.

Assim, quanto à responsabilidade subjetiva do Estado, deve-se ter em mente certa dificuldade em assumir essa modalidade de responsabilidade, tendo em vista, principalmente, o disposto nos artigos 37, 6º, da Constituição Federal de 1988 e o art. 43, do Código Civil, que, respectivamente, parecem deixar claro a opção pela responsabilidade objetiva em toda e qualquer atividade estatal, *verbis*:

CF/88 - Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Código Civil - Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Contudo, existe o debate quando se fala em ato omissivo por parte do Estado. Como ponderou TELLES⁵³, “o problema de tornar objetiva a responsabilização do Estado por atos omissivos se encontra principalmente no nexo causal e na eventual ausência de culpa do Estado na conduta.”. Assim, pela teoria da causalidade adequada, talvez ocorressem casos onde, na omissão Estatal, estaríamos diante de situação em que este não foi o principal configurador do dano.

É tese que detém força, haja vista a inespecificidade dos artigos 37, 6º, da Carta Política e o art. 43, do Código Civil, ao tratar somente do termo “atos”. Quem admite a responsabilidade subjetiva, portanto, certamente não acredita que o termo tenha abrangência ampla e irrestrita, englobando tanto atos comissivos quanto omissivos.

Por fim, também há discussão quando se fala em culpa presumida. Há autores que a encaixam dentro das possibilidades de responsabilidade subjetiva, na medida em que existiria, de fato, análise da culpa, admitindo-se, inclusive, excludentes de culpabilidade, como alegação de caso fortuito ou de força maior. E assim afirma Gustavo Tepedino sobre o tema, registrando que “a teoria da presunção da culpa, intensamente aplicada, mediante a qual, em termos práticos, se inverte o ônus da prova em favor da vítima

⁵³ TELLES, Eduardo Maccari. A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o novo Código Civil. In: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **Responsabilidade civil empresarial e da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 242.

de dano injusto, com as teorias não subjetivistas, próprias da responsabilidade objetiva, em que não se deve cogitar da culpa para a fixação da responsabilidade.”⁵⁴.

Nesse sentido caso houvesse presunção de culpa, logo a vítima não teria o ônus probatório sobre ela. Todavia, caso o Poder Público, numa situação “X”, demonstre que se comportou dignamente e cumpriu seus afazeres, poderá ser ele isentado de sua suposta conduta culposa. Fala-se em demonstração de perícia, prudência e diligência por parte do Estado (antítese de culpa). Ressalte-se que tal fato/análise nunca ocorreria caso a responsabilização fosse meramente objetiva, de imputação automática da culpa.⁵⁵

Levando-se em consideração o período histórico onde sequer se cogitava culpa do Estado, no período absolutista, numa resultante teoria da “irresponsabilidade” – the king can do no wrong -, temos que a teoria da responsabilidade já representou um avanço enorme para caracterização das atividades estatais, principalmente tentando equilibrar a relação entre o Estado e seus representados, por meio da demonstração do ato ilícito, com foco no exame da conduta do Estado⁵⁶.

Por agora, devemos demonstrar, seguindo a passada evolutiva da responsabilidade do Estado, a caracterização do conceito de teoria do risco.

2.2 Da teoria do risco administrativo

Seguindo a linha evolutiva da responsabilidade do Estado, observa-se, num plano mais avançado em relação à perspectiva do dano causado, o surgimento de teorias que acolhessem a dificuldade em equilibrar a relação com o Estado em alguns casos. Existe, contudo, um limiar teórico sensível, que não permite delimitar com clareza a análise da culpa sobre esses casos. Há autores que encaixam a teoria na seara da responsabilidade subjetiva. Outros, como Gustavo Tepedino⁵⁷, já assumem que existe, de fato, a análise da culpa, apesar de se aplicar sua modalidade presumida.

Outrossim, este parece ser um problema derivado da análise casuística de cada exemplo concreto.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 191-216.

⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 988.

⁵⁶ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 49.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 206.

Todavia, na prática, parece ser mais fácil aproximar a teoria do risco administrativo da responsabilidade objetiva, uma vez que “por esta teoria a obrigação de indenização surge tão só da equação: Fato + Dano + Nexo Causal. Não se indaga mais sobre qualquer intenção do agente ou ocorrência de serviço da Administração. Para a indenização basta que a vítima mostre que a lesão ocorreu sem o seu concurso e adveio de ato administrativo omissivo ou comissivo.”⁵⁸. Assim, há o claro foco no dano. Não mais a análise permeia somente sobre a conduta culposa do agente causador, o que, na maioria das vezes, causava a quem sofreu o dano a árdua tarefa probatória, dada a complexidade dos fatos, da máquina estatal e do ônus probatório incumbido.

Desse modo, nessa linha evolutiva, temos que, havendo nexos causal entre o ato da administração e o dano causado, existe o dever reparatório. Infere-se que nessa atuação administrativa o Estado aceitou assumir alguns riscos, responsabilidade pelos danos sofridos pelas pessoas, ainda que sem culpa.⁵⁹

De certa maneira, essa teoria tem um pé na teoria do dano objetivo. Assim, ainda que a atuação do Estado tenha se dado de maneira lícita e regular, no surgimento eventual de dano, o Ente Público será obrigado a ressarcir a vítima.⁶⁰

Deveras, é necessário cautela na aplicação desse tipo de responsabilização. Caso assim não se proceda, pode-se incorrer em precipitação em aplicar a teoria do risco integral. Esta, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁶¹, “representa uma exacerbação da responsabilidade civil da Administração. Segundo esta teoria, basta a existência do evento danoso e do nexos causal para que surja a obrigação de indenizar para a Administração, mesmo que o dano decorra de culpa exclusiva do particular.”

Assim, seguindo a tendência que a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado demonstrou, necessário mostrar o reflexo da alteração do foco do pensamento para o dano registrado pela vítima, obviamente, ainda demonstrando-se a ocorrência de nexos de causalidade. De forma estruturada, a responsabilidade do ente Estatal até aqui era pautada pela culpa, sendo uma excepcionalidade os casos admitidos ante a teoria do risco.

⁵⁸ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A Responsabilidade civil da administração pública. In: BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. São Paulo: Ícone, 2003. p. 1010

⁵⁹ CAMARGO, Luís Antonio de. **A Responsabilidade civil do estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 65.

⁶⁰ CAMARGO, Luís Antonio de. **A Responsabilidade civil do estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 65.

⁶¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 724.

2.3 Da responsabilidade objetiva

Contudo, Gustavo Tepedini⁶² já registrara em sua obra a tendência conferida à responsabilidade da Administração Pública com o advento da Carta Política, ou seja, de determinar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público.

Assim, como já citado, ficou registrado pelo art. 37, §6º, da CF/88, que “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.”. Desse modo, é possível inferir que a responsabilidade objetiva logrou êxito em afastar a culpa, demasiada complexa para comprovação do dano eventualmente sofrido.⁶³

Dessa forma, essa teoria inspira-se no fato de que a obrigação de indenizar não se fixa sobre nenhum elemento subjetivo. Rigorosamente, essa modalidade de responsabilidade elimina qualquer possibilidade de perquirição de elemento psíquico ou volitivo, de maneira que se basta pela simples constatação do nexo de causalidade⁶⁴. Assim, adota como premissas fundamentais apenas a existência de 3 elementos, a saber, (i) a relação de causalidade, (ii) a ação do agente público e, (iii) o dano ocorrido⁶⁵.

Ressalte-se, porém, estritamente necessária e conjugação dos 3 elementos citados para a configuração da responsabilidade objetiva, de modo que a ausência de 1 (um) deles obsta a reparação⁶⁶.

A seguir, imperioso destacar brevemente outras espécies definidas de responsabilidade do Estado, quais sejam, contratual, extracontratual, solidária e a subsidiária.

2.4 Da responsabilidade contratual e extracontratual

Regra geral, essas modalidades de responsabilização do agente se resumem à existência, ou não, da existência de dano ligado à realização de um contrato firmado entre a

⁶² TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 208.

⁶³ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 40.

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35-37.

⁶⁵ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 55.

⁶⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 85.

vítima e o infrator. Em ambas as formas, cabe frisar, existe um dever jurídico violado. Todavia, a responsabilidade é denominada contratual, caso ocorra falha na execução do contrato existente firmado entre as partes, ensejando o dano a ser reparado; ou, extracontratual (ou aquiliana, pois originada da *Lex Aquilia*), na hipótese de inexistência de vínculo prévio (e.g. um motorista que atropela um cidadão)⁶⁷.

Para melhor esclarecer a situação, é necessário observar que a responsabilidade contratual surge na ocasião da violação de um dever jurídico fundado em um contrato; a propósito, se há apenas a violação de um preceito geral, a inobservância de um comportamento jurídico pelo agente causador do dano, entra em cena a responsabilidade contratual.⁶⁸

O Código Civil Brasileiro de 2002 basicamente disciplina a matéria nos artigos 186, 187 e 927. Cabe transcrevê-los⁶⁹:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em conclusão, alguns efeitos práticos da matéria envolvendo a análise de culpa e ônus da prova merecem guarida. Assim, trazendo a análise para a esfera trabalhista, na responsabilidade extracontratual, regra geral, o ônus probatório será da vítima. Todavia, de acordo com José Affonso Dallegrave Neto⁷⁰, caso exista o laço jurídico demonstrado pela existência de dano ligado a um contrato, pode haver dois tipos de responsabilização, a variar conforme o tipo de obrigação: a) caso tenha relação com obrigação de resultado, a exemplo

⁶⁷ CARVALHO NETO, Inacio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. São Paulo: Atlas, 2000. p. 49.

⁶⁸ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e Responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 249.

⁶⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2011.

⁷⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**: dano moral e material, acidente e doença do trabalho, dano pré e pós-contratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, dano causado pelo empregado, assédio moral e sexual. São Paulo: LTr, 2005. p. 79.

do pagamento de salário pelo empregador, a responsabilidade é presumida, ou seja, significa dizer estar a vítima livre do ônus probatório; b) se a falha na execução de prestação contratual disser respeito a uma obrigação de meio – e.g. a obrigação de trabalhar –, à vítima caberá a tarefa de provar tal conduta.

De pouca importância para o trabalho é o debate doutrinário sobre a aplicação de dispositivos do Código Civil estritamente a uma seara, contratual ou extracontratual, ou seja, se prevalece a teoria unitária (ou monista) ou dualista. Cabe apenas frisar que há a possibilidade de uma simbiose, o que significa afirmar aceitável a aplicação de regra típica da responsabilidade contratual, e.g. art. 402, do Código Civil, em situações de responsabilidade extracontratual⁷¹.

2.5 Da responsabilidade solidária e subsidiária

Em conclusão sobre as espécies de responsabilidade existentes reconhecidas pela doutrina, cabe discorrer sobre as classificadas como solidária e subsidiária. Embora não apresentem um antagonismo claro, a exemplo da contratual/extracontratual, representam uma maneira diferenciada de visão sobre o polo passivo da obrigação jurídica.

De posse disso, temos que a responsabilidade solidária, obrigatoriamente decorrente de lei ou dispositivo previsto em contrato, corresponde à modalidade em que figuram diversos devedores no polo passivo da obrigação, de maneira que o(s) credor(es) pode exigir de qualquer um daqueles o pagamento integral do débito. Ou seja, “é como se todos os devedores fossem um só, e como se um só fosse todos”.⁷²

Por outro lado, a subsidiária é aquela que ocorre quando o devedor principal, ao inadimplir sua obrigação, tem seu débito satisfeito por outro devedor, sendo preciso que o credor, antes de cobrar o segundo devedor, tenha certeza da condição de inadimplência do devedor principal. A princípio, portanto, não é possível ao credor exigir, num primeiro momento, o crédito ao devedor secundário, tal como ocorre caso os devedores fossem solidários entre si. O credor não possui tal faculdade. Assim, há uma ordem a ser obedecida. Somente após a verificação de inadimplemento por parte do devedor principal (ex:

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39.

⁷² GANDINI, João Agnaldo Donizeti. **Responsabilidade do Estado em caso de falência do concessionário**. São Paulo: Minelli, 2003. p. 122.

empresa prestadora de serviços) é que o devedor secundário (ex: Administração Pública) pode ser acionado.⁷³

Completa o raciocínio saber sobre o momento da cobrança. No caso de responsabilidade solidária, a responsabilização de todos os devedores é imediata e direta, pela integralidade da dívida, ao passo que, caso seja subsidiária, embora ainda exista a possibilidade de co-responsabilização, só será atingido o patrimônio do devedor secundário caso o devedor principal não possua condições de arcar com a dívida, de adimplir com sua obrigação.⁷⁴

Por fim, é necessário salientar que, não obstante todo o exposto acima, é possível excluir a responsabilidade Estatal. É o que veremos no tópico a seguir.

2.6 Das excludentes de responsabilidade

Apesar de não existir, em regra, a análise de culpa na responsabilidade objetiva da atividade estatal, é possível conferir, em desacordo portanto à teoria do risco integral, excludentes de responsabilidade por parte dos atos (comissivos ou omissivos) da Administração Pública.

A rigor, apresentam-se sob a forma de imunidade conferida por lei ou, de outra maneira, de ordem natural ou voluntária por fato alheio que exclua a conduta imputável⁷⁵. Ou seja, de dano causado independentemente da atitude do agente.

Assim, e.g., o caso fortuito ou de força maior afasta a responsabilidade. É fato que não pode ser atrelado à culpa do agente. Nesse ínterim, estão abarcados os fenômenos naturais, e.g., não decorrentes, portanto, da atividade do agente lesador.⁷⁶

Todavia, não é argumento absoluto. Percebe-se que, em casos de força maior ou caso fortuito, onde exista, concorrentemente ao fato, dose de culpa do inadimplente, estará este obrigado a indenizar/reparar/restituir⁷⁷.

⁷³ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 134.

⁷⁴ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e Responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 252.

⁷⁵ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e Responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 172.

⁷⁶ CAMARGO, Luís Antonio de. **A Responsabilidade civil do estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 28.

Por outro lado, com espeque no elemento nexos de causalidade, pode ser atribuída a excludente de responsabilidade à culpa exclusiva da vítima. Nesse sentido, caso fique esta comprovada – por parte do Ente Público –, ficará o inadimplemento justificado, de modo que não caberá falar em responsabilidade da Administração Pública, p. ex., pois não existirá, entre ela e o fato, relação de causa e efeito⁷⁸. Nos dizeres de Sergio Cavaliere Filho, “o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.”⁷⁹

Assim, tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva estão sujeitas a excludentes, haja vista que em ambas existe, principalmente, a possibilidade de determinação de ausência de nexos de causalidade da conduta. Na responsabilidade objetiva, é claro, pode ser tarefa mais árdua, mas, de fato, comporta também causas excludentes, evitando, rigorosamente, uma espécie de *panresponsabilização* do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos⁸⁰.

Não interessa aqui esgotar toda a temática. É importante ter em mente apenas a possibilidade de excludentes de responsabilidade, sua existência. Mas, para uma noção de mais alguns tipos, há autores que citam, ainda: a) estado de necessidade; b) legítima defesa; c) estrito cumprimento do dever legal; d) exercício regular de um direito; e) culpa concorrente da vítima; f) fato de terceiro; g) cláusula de não indenizar; h) prescrição; i) renúncia; e, i) erro.⁸¹

Veremos a seguir, inserido no campo de todos os conceitos discutidos nesse capítulo, a análise jurisprudencial acerca responsabilidade do Estado nos contratos de terceirização e o papel da culpa e do ônus probatório no processo de decisão jurisprudencial do STF, TST e TRT, da 10ª Região.

⁷⁷ RICCITELLI, Antonio. **Responsabilidade civil das atividades da administração pública**. São Paulo: Lex, 2010. p. 118.

⁷⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 7 v. p. 123.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *In Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 211.

⁸¹ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 77

3 DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS TRIBUNAIS E SEUS JULGADOS – SÚMULA 331 do TST – ADC nº 16-DF -JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS COM FOCO NA ANÁLISE DA CULPA E A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE PROVA DIABÓLICA NO CASO CONCRETO

Basicamente, este último capítulo busca expor a maneira como a matéria vem sendo tratada nos Tribunais.

Será explanado o entendimento exposto na Súmula 331, do TST, e, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16-DF. Na sequência, a pesquisa jurisprudencial analisará julgados recentes sobre a matéria, em específico em acórdãos do TRT da 10ª Região e do TST, pretendendo examinar o papel da produção de provas e como se dá a necessidade de comprovação de culpa da Administração Pública, que tornaria apta a responsabilizá-la pelos créditos trabalhistas devidos, no papel de tomadora dos serviços terceirizados.

3.1 O entendimento do TST exposto na súmula 331

De início, é importante discorrer sobre a Súmula 331 do TST (aprovada pelo Pleno da Alta Corte Trabalhista por unanimidade) que trata da responsabilidade do tomador de serviços perante créditos trabalhistas não pagos pela prestadora. Para os casos que envolvem a Administração Pública no polo passivo da obrigação trabalhista – como tomadora de serviços -, foco desta dissertação, interessa o disposto nos itens IV e V, da referida Súmula (alterados em 31 de maio de 2011). Vejamos:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador,

implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifo nosso)⁸². (grifo nosso)

Percebe-se que a Súmula 331, em seus itens IV e V, estabelece a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Isso, caso preenchidos alguns requisitos, a saber: (i) A Administração Pública deve participar da relação processual; (ii) deve, assim, constar no título executivo judicial; e, por fim, (iii) deve ser “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.”.

Assim, a Súmula 331, recentemente discutida por audiência pública no TST, veio para consolidar um entendimento que favorecesse o trabalhador, de maneira a evitar terceirizações fraudulentas e garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas, de maneira a determinar que o tomador dos serviços também possua responsabilidade no inadimplemento das obrigações.

Sobre este Enunciado de Súmula, é certa a responsabilidade Estatal na modalidade *in vigilando* ou *in eligendo*, ou seja, pela falha na fiscalização dos afazeres da empresa ou na escolha desta. Muitas vezes, é escolhida empresa sem a qualidade financeira necessária para suprir seus débitos. E, isso, pode ser possibilitado por processo licitatório com preço baixo, que permita empresas sem a estrutura devida obterem vitória no edital, ocasionando problemas no futuro.⁸³

⁸² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁸³ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 253.

Em verdade, busca-se dar aplicabilidade a todo o arcabouço de proteção ao trabalhador existente. Não se fala, portanto, na responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º, da Carta Política, o qual, em breves termos, resume a teoria do risco administrativo, afirmando que “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”.

Assim, a partir daí, por força do entendimento da Súmula 331, dos princípios protetivos ao trabalhador, pelo princípio da moralidade pública e com base na culpa do Ente Público, ficou registrado que o TST pode deixar de aplicar o art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993⁸⁴ (sem afirmar, porém, sua inconstitucionalidade), segundo o artigo seguinte:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Desse modo, observa-se que o TST, por meio da referida Súmula, entendia que o Estado deveria sim ser responsabilizado no caso do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços - de modo a não deixar o empregado desamparado -, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do artigo supracitado da Lei de Licitações.

3.2 O caso no Supremo Tribunal Federal: ADC nº 16 - DF

O Ente Público, insatisfeito com as condenações sofridas, pleiteou que a Administração Pública não poderia ser responsabilizada em razão de simples inadimplemento contratual da empresa prestadora de serviços. Deveriam ser observados os ditames do art. 71 da Lei de Licitações. Nos termos da ADC nº 16-DF, em seu relatório, de Relatoria do Exmo Min. Cezar Peluso:

Segundo alega o autor, esse dispositivo legal “tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado”.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

Entretanto, antes de adentrar ao exame dessa questão pelo STF, cumpre destacar que também existiu o debate no sentido de que a Súmula 331, do TST, ainda que julgada por seu órgão Pleno e por unanimidade, violava a cláusula de reserva de plenário (art. 97, da CF/88⁸⁵) e, em consequência, a Súmula Vinculante nº 10⁸⁶. Por outras palavras, não poderia o TST, por incidente de uniformização de jurisprudência, simplesmente determinar a inaplicabilidade de um artigo, pois não haveria nesse propósito jurisprudencial o exame devido da constitucionalidade de um dispositivo e, nem tampouco a obediência aos trâmites previstos nos arts. 480 a 482, do Código de Processo Civil.

O STF então analisou a questão. E, observe-se que a questão toda cingiu-se à compreensão de que o TST não era o único que deixava de aplicar dispositivo de lei por vontade de órgão fracionário de composição de seu organograma. Outros Tribunais também estavam adotando tal prática. E, desse modo, mesmo sem declarar inconstitucional algum dispositivo de lei, os Tribunais, com essa praxe, violavam o art. 97, da CF/88, a cláusula de reserva de plenário e, de outro modo, impediam que a questão fosse debatida no Supremo Tribunal Federal, uma vez que ela sequer fora debatida nas instâncias inferiores, no plenário ou órgão especial dos Tribunais (segundo os estritos termos dos arts. 480 e ss do CPC).⁸⁷

Como se percebe, a questão extrapolou o âmbito da Súmula 331, do TST, e a Súmula Vinculante nº 10 veio para consolidar um entendimento até então desobedecido não apenas pela Alta Corte Trabalhista, mas, costumeiramente, pelos Tribunais brasileiros, em suas diversas competências.

Feita essa consideração, retome-se à análise sobre a Lei de Licitações e seu artigo 71, §1º.

De maneira enfática, a ADC nº16-DF, de fato, não excluiu a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, embora reconhecesse que sua ocorrência não poderia acontecer de forma automática, sem a devida análise dos fatos, por mera alegação de

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2012. Súm. Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”.

⁸⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Ltr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011. p. 282-283.

inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Nos termos do voto do Exmo Relator, Min. Cezar Peluso, o TST não houve por declarar inconstitucional o referido artigo da Lei de Licitações. Na verdade, pouco importaria a declaração de sua constitucionalidade, pois, além disso, o artigo 71 se refere ao dano causado estritamente pela empresa contratada, ou seja, em sua responsabilidade contratual com o empregado. E, por esse, certamente a Administração Pública não tem responsabilidade.

A questão em debate, porém, cingiu-se a determinar que em certos casos, as premissas fáticas poderiam resultar na conclusão de que o Ente Público teve, e.g., culpa, *in vigilando* ou *in eligendo*, de maneira que sua responsabilização subsidiária deve ser imposta⁸⁸. Suprimiu, portanto, a responsabilização automática, pelo simples descumprimento contratual da empresa interposta perante o empregado.

As palavras escritas no Incidente de Uniformização de Jurisprudência que deram origem à Súmula 331, do TST, também foram levadas em consideração nos debates, examinando a questão nos termos da responsabilidade da Administração Pública ante o art. 37, §6º, da CF/88 e ante o princípio da moralidade.

Assim, registrou o Incidente supracitado que declarar a irresponsabilidade da Administração Pública, sem a análise caústica dos fatos seria “menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública”. Sem embargos, não pode aceitar a simples exclusão da responsabilidade do Ente Público, que proferiu ato administrativo danoso ao trabalhador.⁸⁹ Seria, portanto, um desrespeito a diversos institutos de proteção ao trabalhador, outrora instituídos.

O Exmo Min. Ricardo Lewandowski constatou possível efeito negativo da isenção de responsabilidade da Administração Pública, ao citar o exemplo da criação de empresas de fachada. Segundo suas palavras no debate, “está claramente configurada a culpa *in vigilando* e *in eligendo* da administração e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, §1º, da Lei nº 8666”. Isso para corroborar com o entendimento do voto do Relator.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 16-DF.. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22 abr. 2012. p. 38.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22 abr. 2012. p. 28.

Interessante também ressaltar as palavras do Exmo Min. Relator, que praticamente encerram o debate:

Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela! – referindo-se a necessidade de exame dos atos da Administração Pública nos votos do Exmo. Min Gilmar Mendes e Cármen Lúcia – [...] Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade de lei.⁹⁰

Inferre-se dos debates que a ADC nº16-DF isentou a Administração Pública da chamada responsabilidade contratual, que pertence a empresa prestadora de serviços. Também não tratou de configurar a responsabilidade objetiva, fundada no art. 37, §6º, da Carta Política. Isso, pois, deve haver o exame da culpa no caso concreto. O trato da lide vai além da análise sobre o nexo de causalidade e o dano, como pressupõe a responsabilidade objetiva.

Desse modo, a simples condição de celebrante do contrato administrativo resultante da licitação que escolheu a empresa prestadora, ou o descaso exclusivo da empresa prestadora para com seus empregados não torna a Administração Pública responsável por esses créditos trabalhistas (vigora a tese de que os empregados não possuem vínculo com a Administração Pública⁹¹). Todavia, ficando expressa a culpa da Administração Pública, nos seus deveres de fiscalização, por exemplo, justificaria a sua responsabilização subjetiva, extracontratual e subsidiária.

3.3 Dos meios de que dispõe a administração pública para o cumprimento de seus deveres em procedimento licitatório – Lei 8.666/93 e Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08 e nº 3, de 15.10.09, do MPOG

Este tópico tem o objetivo de esclarecer alguns meios de que dispõe a Administração Pública para efetivar o cumprimento de contrato administrativo realizado após procedimento licitatório. Em tempo, explicitar dispositivos que fortaleçam a possibilidade de

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22 abr. 2012. p. 46.

⁹¹ Inclusive esse foi o ponto de divergência no que tange ao voto do Min. Ayres Britto, que afirmou, na oportunidade, ser incompatível com a Constituição Federal a contratação de serviços terceirizados. Segundo ele, a Carta Política prega, excluída a terceirização, formas de vínculo com a Administração Pública apenas nas formas de concurso público, emprego público e contratação temporária.

existência de culpa da Administração no cumprimento de seus contratos administrativos de terceirização, a fim de melhor exemplificar o porquê de uma responsabilização do Ente Público ante o problema da terceirização exposto nos tópicos anteriores, acerca da Súmula 331, do TST e da ADC nº16-DF.

A Lei de Licitações anuncia, em seus artigos 58, 67 e 77, deveres que competem à Administração Pública, no que tange à fiscalização dos contratos por ela estabelecidos, visando evitar fraudes no pagamento de débitos trabalhistas, por exemplo. Vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

[...]

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.⁹² (grifo nosso)

A par disso, vemos que a Administração Pública, que tem suas atividades pautadas pelo princípio da legalidade, possui respaldo para agir em uma situação possivelmente danosa ao empregado. Por outro lado, tem inclusive o dever legal de fiscalizar o cumprimento das obrigações estabelecidas com a empresa prestadora de serviços.

O Exmo Min. José Roberto Freire Pimenta⁹³ refere-se a Instrução Normativa nº 2/2008, alterada pela IN nº 3, de 2009. Essas, instituídas pelo MPOG, impõem ao Ente Público “o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de

⁹² BRASIL. Lei 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 22 abr.2012.

⁹³ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 07, jul. 2011.. p. 293.

abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo”, para que, caso não ocorra o devido cumprimento do contrato administrativo, possa a Administração tomar as providências cabíveis.⁹⁴

Entre essas medidas, encontra-se a possível retenção de valores pela Administração, para que ela mesma possa saldar os débitos trabalhistas ocasionalmente deixados pela empresa prestadora de serviços. Nesse sentido, encontra-se o disposto no art. 19-A combinado com o art. 36⁹⁵, da IN nº2, de 2008⁹⁶.

Dessa maneira, observa-se uma gama de possibilidades para que a atuação da Administração Pública seja efetivada, de maneira a se precaver ante a ocorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados, fiscalizando, intervindo, interditando e rescindindo contratos administrativos com prestadoras

⁹⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2012. O art. 34 da referida IN, incluído no subtítulo “Do acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos”, expresso, portanto, quanto a necessidade/dever de fiscalização da Administração.

⁹⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2012.. Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra: I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições: a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos; b) parcialmente, pelo valor correspondente aos 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato; c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato; d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado; II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica; III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis." [...] Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos: § 6º A retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, só deverá ocorrer quando o contratado: I - não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou II - deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada. § 7º O pagamento pela Administração das verbas destinadas ao pagamento das férias e 13º dos trabalhadores da contratada poderá ocorrer em conta vinculada, conforme estiver previsto no instrumento convocatório."

⁹⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Ltr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011. p. 295.

inadimplentes. Todavia, ainda que reconhecida legalmente essa probabilidade, há dúvida quanto ao ônus probatório que, a princípio, é incumbido ao obreiro. Isso pois pode-se considerar que a produção de tal prova (a culpa por parte da Administração Pública) seja de difícil produção.

O próximo item discorrerá sobre o ônus da prova nos processos que tratem dessa matéria. Com isso, o foco do trabalho tem seu alcance, que é sugerir, pois, se, no caso de ocorrência de culpa do Poder Público, pertence ao trabalhador o ônus probatório para registrar nos autos de um processo que a Administração não cumpriu seus deveres legais.

3.4 Prova diabólica?

Neste tópico, convém discorrer um pouco sobre a questão do ônus probatório na seara trabalhista, nos processos que envolvam a temática discutida acima. Esse é outro dos objetivos do trabalho.

A saber, genericamente, a prova é o instrumento pelo qual se procura demonstrar a veracidade de um fato⁹⁷. Na CLT, encontra-se regida pelos artigos 818 a 830, aplicando-se, no que couber e na omissão desta⁹⁸, o CPC - em específico sobre o ônus da prova, o artigo 333. Com efeito, mais do que o seu conceito, interessa aqui discutir sobre seu ônus, ou seja, a quem cabe instruir o processo com provas.

A CLT propaga em seu art. 818 que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”⁹⁹. Desse modo, indo além do preceituado no processo civil onde via de regra a produção de provas incumbe ao autor, alerta para o fato de que há maior maleabilidade na produção de provas em um processo. Isso foi feito certamente viabilizando o espírito da CLT que supõe a hipossuficiência do trabalhador ante litígios ocorridos com o empregador. Assim, sendo o trabalhador hipossuficiente na relação, uma possibilidade é a inversão do ônus da prova, para que o empregador, melhor aparelhado para a produção das provas, o faça.¹⁰⁰

⁹⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. 2 v. p. 917.

⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei N^o 5.452 1/5/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012. Art. 769, da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

⁹⁹ BRASIL. Decreto-Lei N^o 5.452 1/5/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237.

Não significa, entretanto, invariavelmente, a inversão do ônus da prova, como, por exemplo, permite o CDC em seu art. 6º, VIII¹⁰¹. Por outro caminho, Manoel Antonio teixeira Filho¹⁰², criticando a aplicação do art. 333 do CPC ao processo do trabalho, oferece outra resposta, com base no espírito da hipossuficiência do trabalhador da CLT. Examinando estritamente o art. 818, o qual, segundo ele, é suficiente para delimitar os termos da demanda trabalhista, observe-se que caberá ao empregador, na contestação, provar que as alegações do autor não fazem sentido.

Assim, se o empregado alegar na reclamatória, p.ex., que praticava jornada extraordinária, caberá ao réu – empregador -, em sede de contestação, provar que o autor não trabalhava em tal período, caso essa seja sua defesa. Veja-se que não se trata de inversão do ônus da prova, uma vez que a inversão tem fundamento específico em fatos de direito especiais, caso a caso. Trata-se, pois, de leitura estrita dos termos do art. 818, da CLT. O réu alega tal fato e atrai para si o ônus da prova. Tampouco fala-se em fato impeditivo oposto ao direito do obreiro, pois esse somente estaria configurado caso o réu alegasse que a jornada assim foi cumprida em razão de acordo entre as partes.¹⁰³

Desse modo, observa-se que no Direito do trabalho há uma maior flexibilização, respeitando-se o princípio *in dubio pro operário*.

Em adendo, quando se fala princípios, vale destacar também o da “aptidão da prova”, segundo o qual “devemos atribuir o ônus da prova ao litigante que tenha melhores condições de provar o fato controvertido”¹⁰⁴. Logo, levando-se em consideração esses

¹⁰¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁰² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. 2 v. p. 975.

¹⁰³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. 2 v. p. 975.

¹⁰⁴ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 145.

princípios e a lição do autor acima citado, temos no presente que caberia à Administração Pública, caso desejasse isenção de sua responsabilidade, comprovar que efetivamente fiscalizou os atos da empresa prestadora de serviços terceirizados. Ora, se ela alega ter cumprido suas obrigações, é possível dizer que deve provar tal fato. É uma das alternativas.

Por outro lado, no caso em curso, em debate no presente trabalho, observa-se presente a possibilidade de produção de provas pelo obreiro (necessidade de produção de provas – responsabilidade subjetiva extracontratual – a culpa não é presumida).

Ocorre que, caso seja do empregado esse ônus, pode-se detectar a possível existência de prova diabólica¹⁰⁵, aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida. Isso, pois ao simples trabalhador fica difícil provar o cumprimento de um contrato administrativo. Muitas das vezes, pondere-se, são pessoas que sequer tem acesso aos documentos necessários a comprovar a atuação falha do Ente Público.

Sobre a distribuição do ônus da prova, Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁶ leciona a existência de diversas probabilidades em razão do direito, para fortalecer o melhor convencimento do juiz, sobre o caso concreto. Afirma que “da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são uniformes”. Assim, caso o juiz se convença da necessidade de inversão do ônus probatório, p.ex., caso para uma parte seja de mais fácil acesso, esse poderá determinar que essa parte o faça.

Já existe posicionamento doutrinário a respeito do caso em debate na presente dissertação. É a lição de José Roberto Freire Pimenta¹⁰⁷, que julga ser da Administração Pública o ônus probatório, em virtude de se tratar de fato impeditivo da pretensão do autor, atraindo, portanto, o ônus da prova para o Ente Público. Lembra ainda, para afastar a incumbência do ônus probatório estritamente ao Reclamante, com a devida propriedade, que de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, a reclamatória do empregado possui como requisitos essenciais apenas a breve exposição dos fatos e o pedido,

¹⁰⁵ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podium, 2007. p. 60-61.

¹⁰⁶ MARINONI. Luiz Guilherme. Processo de conhecimento. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

¹⁰⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011.p. 301.

nos termos do art. 840, §1º, da CLT¹⁰⁸, sendo dispensável, de certa forma, que o Autor já instrua sua exordial munido de provas. Caso a caso, portanto, será definido o ônus probatório.

A seguir, verifica-se como o caso se expõe nos tribunais, mediante análise de seus julgados, sabendo desde já da gama de possibilidades favoráveis e desfavoráveis à pretensão do empregado aqui analisada, seja em virtude de aplicação estrita do art. 818, da CLT, ou, de outra forma, da existência de prova diabólica, que resultaria na inversão do ônus probatório em favor do obreiro.

3.5 Julgados atuais

3.5.1 Dos oriundos do TRT da 10ª Região

3.5.1.1 Pela culpa da administração pública

De início, como proposto, vamos analisar precedentes recentes oriundos do TRT da 10ª Região, a começar por aqueles que dão a Administração Pública como culpada e, conseqüentemente, subsidiariamente responsável por débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços.

No seguinte julgado, o Exmo Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron deu como culpada a Administração Pública, nos termos da seguinte ementa a seguir transcrita:

EMENTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA DE Nº 331, IV, TST. Inaplicável o art. 71 da Lei 8.666/93 quando não afastada a culpa in vigilando e/ou in eligendo da Administração Pública no trato com as prestadoras de serviço que contrata. Com efeito, referido dispositivo legal tem ampla incidência quando se verifica a legalidade da contratação e a correta observância dos preceitos trabalhistas pela empresa prestadora de serviço. Entretanto, se o empregador direto mostra-se insolvente ou inadimplente com os direitos laborais, sem que o órgão público atente para tanto, visível a negligência que atesta sua culpa in vigilando, pelo que é imperiosa a responsabilização subsidiária, restando afastada a incidência da norma

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto-Lei Nº5.454, 1/5/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2012., “Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal. § 1º - Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.”.

proibitiva. Tal entendimento não traz nenhuma inovação, vem calcado nas próprias regras da responsabilidade civil, especialmente no art. 927 do CC.¹⁰⁹

De fato, no caso acima, o Eg. TRT decidiu por imputar a culpa à Administração Pública, privilegiando o obreiro, pois, como se observa, ficou registrada a negligência do Ente Público. No decorrer do voto, no entanto, apenas é possível constatar que não houve a produção de provas capazes de demonstrar a efetiva fiscalização por parte do Ente Público, na hipótese, o TJDF. Mas, de maneira enfática, não significando que foi o caso de culpa presumida. Com efeito, ponderou que para que a culpa fosse objetiva e presumida, deveria existir ditame expresso em lei, e, como não existe para este caso, aplicou-se a responsabilidade subjetiva e, conseqüentemente, subsidiária. Frisou, por fim, ser justo que o TJDF, que usufruiu dos serviços, não ficasse isento pela sua contraprestação, de maneira que deveria ter melhor zelo na fiscalização da execução de seu contrato de terceirização.

Este segundo julgado, de ementa transcrita abaixo, nos traz outro caso em que a Administração Pública é declarada culpada, de modo a cumprir subsidiariamente os débitos trabalhistas. Vejamos¹¹⁰:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. “Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.” (súmula nº 331, item V, do Col. TST). Hipótese em que não evidenciado nos autos que o ente público tomador dos serviços efetivamente fiscalizou a execução do contrato firmado com a empresa prestadora de serviços.

Nesse caso, houve uma análise mais profunda da questão da culpa, sendo que a Dataprev (tomadora dos serviços) produziu as provas que não foram hábeis a

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 00125-2010-001-10-00-1 RO. 2ª Turma. Publicado em 05/08/2011 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www-dev3.trt10.jus.br/consweb/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2010%26num_processo_trt%3D7618%26num_processo_voto%3D230657%26dta_publicacao%3D05/08/2011%26dta_julgamento%3D06/07/2011%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+s%3BAmula+331+culpa+da+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em: 24 abr. 2012.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 00125-2010-001-10-00-1 RO. 2ª Turma. Publicado em 05/08/2011 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www-dev3.trt10.jus.br/consweb/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2010%26num_processo_trt%3D7618%26num_processo_voto%3D230657%26dta_publicacao%3D05/08/2011%26dta_julgamento%3D06/07/2011%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+s%3BAmula+331+culpa+da+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em: 24 abr. 2012.

desconstituir sua culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, a responsabilização subsidiária. De fato, consta no voto que a Dataprev logrou exigir da empresa prestadora de serviços, via correspondência, o cumprimento dos seus deveres legais, bem como ficou registrado que organizou reuniões e apresentou certidões negativas provenientes da Fazenda Nacional sobre a empresa prestadora de serviços, demonstrando certa preocupação. Todavia, ao não apurar corretamente os dados coletados por seus fiscais sobre o não recolhimento de FGTS nos anos de 2008 e 2009, e, em seguida, prorrogar o contrato por mais dois anos – foi rescindido apenas em 2011 - ou tomar outras medidas cabíveis – e.g. glosa do pagamento -, ficou constatado pela Colenda 1ª Turma do TRT da 10ª Região que a tomadora dos serviços tinha responsabilidade por tais falhas, julgando-se pela responsabilização do Ente Público em questão.

Abaixo, um outro caso:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO C. TST. ADC 16 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16/DF, assentou que, de fato, segundo os termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a mera inadimplência do contratado não autoriza seja transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, a vedar irrestrita aplicação da Súmula 331, IV, V e VI, do TST. Entretanto, também reconheceu expressamente, no julgamento da mesma ADC nº 16/DF, que referido preceito normativo não obsta o reconhecimento dessa responsabilidade em virtude de eventual omissão da Administração Pública no dever - que impõem os arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993 - de fiscalizar as obrigações do contratado, caso que ocorreu nestes autos.¹¹¹

Neste, percebe-se o enfoque sobre o descumprimento dos arts. 58, III e 67, da Lei de licitações, pela Administração Pública. Afastada a responsabilidade objetiva, observou-se que o fundamento principal do v. acórdão proferido pela 3ª Turma para caracterizar a culpa do ente público foi a simples constatação de omissão no cumprimento de seus deveres de fiscalização, registrados nos artigos supracitados da Lei 8.666/93, sendo que o ente público também não logrou sucesso em sugerir fatos/provas que o isentem da culpa.

Por fim, neste ponto de discussão registra-se outra visão sobre o tema:

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 00125-2010-001-10-00-1 RO. 2ª Turma. Publicado em 05/08/2011 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www-dev3.trt10.jus.br/consweb/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2010%26num_processo_trt%3D7618%26num_processo_voto%3D230657%26data_publicacao%3D05/08/2011%26data_julgamento%3D06/07/2011%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+s%3BAmula+331+culpa+da+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em: 24 abr. 2012.

1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO INEP. LEI DE LICITAÇÕES. É bastante comum, lamentavelmente, o desaparecimento das prestadoras de serviços, assim como a constatação relativa à inexistência de bens dessas pessoas jurídicas suficientes para garantir o pagamento das verbas devidas aos empregados. O poder público não pode simplesmente cruzar os braços quanto a esse fato, desrespeitando o trabalhador que lhe prestou serviços. Não é para cumprir tão lamentável missão que existe o Estado. Se vingasse a tese levantada pela tomadora de serviços, pessoa jurídica de direito público, acentuada quantidade de homens e mulheres empregados das empresas terceirizantes poderiam ser considerados como indivíduos que não têm direitos trabalhistas em suas rescisões contratuais, ficando, assim, caracterizado o evidente desrespeito aos princípios fundamentais da República: da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CF, artigo 1.º). 2. SÚMULA N.º 331 DO TST. TERCEIRIZAÇÃO. Preenchidos estão os requisitos para a responsabilidade subsidiária prevista na Súmula n.º 331, IV, do TST, uma vez que demonstrada a existência do contrato de prestação de serviços entre a primeira e a segunda demandadas, além do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empregadora. 3. Recurso conhecido e desprovido.¹¹²

Nesse caso, o foco do fundamento foi na garantia dos direitos fundamentais, incidindo, novamente, a culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*. Fica exposta a irresignação do julgador quanto ao fato de que os empregados possam ocasionalmente prestar seus serviços a empresas fraudulentas (frutos de má escolha da Administração, portanto) e, depois disso, ficar sem receber seus salários, tornando-os inaptos a manter a dignidade humana prevista na Constituição Cidadã.

3.5.1.2 Pela inexistência de culpa da administração pública

Considerando-se o período e a necessidade de estudo sobre julgados recentes – após o julgamento da ADC nº 16-DF e da revisão da Súmula 331, do TST, ocorrida em maio de 2011 – não foram encontrados julgados que fossem favoráveis à isenção de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, ou seja, em outros termos, não foram encontrados acórdãos que julgassem pela ausência de provas e a consequente inexistência de culpa do Ente Público.

¹¹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 00125-2010-001-10-00-1 RO. 2ª Turma. Publicado em 05/08/2011 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www-dev3.trt10.jus.br/consweb/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2010%26num_processo_trt%3D7618%26num_processo_voto%3D230657%26dta_publicacao%3D05/08/2011%26dta_julgamento%3D06/07/2011%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+s%3BAmula+331+culpa+da+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em: 24 abr. 2012.

3.5.2 Daqueles proferidos pelo TST

3.5.2.1 Pela culpa da administração pública

Seguindo o roteiro do trabalho, a exemplo do que foi feito com os acórdãos do TRT da 10ª Região, aqui será analisada a jurisprudência oriunda do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos, primeiramente, como se comporta a Alta Corte Trabalhista nos julgamentos proferidos a favor do obreiro, quando decide pela existência de culpa da Administração Pública, e, conseqüentemente, sua responsabilização subsidiária.

A primeira ementa escolhida assim sintetiza os termos do julgado:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA - SÚMULA Nº 331, V, DESTA CORTE. A responsabilidade da Administração Pública de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações da empresa que contrata, para lhe prestar serviços, decorre de lei e da própria Constituição, na medida em que se utiliza de recursos públicos e, assim, seu desembolso exige o fiel cumprimento do contrato. O Regional é enfático, ao apontar a culpa *in vigilando* em que incidiu o reclamado, ao afirmar que: -Outrossim, ainda que por ocasião da celebração do contrato de prestação de serviços, a empresa prestadora tivesse idoneidade econômica/financeira, tal fato não isenta a tomadora dos serviços de exigir daquela (a prestadora) a comprovação do correto pagamento dos haveres trabalhistas e previdenciários. Como assim não procedeu, incorreu a recorrente em culpa 'in vigilando'.- **Agravo de instrumento não provido**¹¹³

Como se percebe, o fator determinante para a responsabilização do Ente Público foi a detecção de sua omissão na fiscalização da prestadora de serviços. Por outros termos, ficou registrada a *culpa in vigilando*. No decorrer do voto, atente-se, a Administração Pública tentou desconstituir sua responsabilização somente alegando que a empresa possuía idoneidade financeira, sem, contudo, lograr sucesso em afastar o tipo de culpa estabelecido desde o Eg TRT, ou seja, provando que efetivamente fiscalizou a empresa prestadora de serviços, como sugere a ADC nº16 do STF (como também salientou a Colenda 4ª Turma). O v. acórdão deixa claro ainda que a Administração Pública não pode simplesmente realizar suas atividades pautando-se única e exclusivamente pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) – como pleiteia a Reclamada -, uma vez que o trabalhador possui todo um arcabouço

¹¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-AIRR-43800-35.2009.5.15.0062. Publicação: 29 de fev. De 2012.** Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2043800-35.2009.5.15.0062&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACgiAAQ&dataPublicacao=09/03/2012&query=S%20Famula%20331%20e%20culpa%20e%20subsidi%20Eiria>>. Acesso em: 1º maio 2012.

de proteção e, além disso, sustenta a validade do princípio da moralidade pública, quando da decisão neste processo.

O julgado a seguir segue a mesma linha:

TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 PELO STF. SÚMULA Nº 331, INCISOS IV E V, DO TST. 1. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, não impediu que a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa e outras normas jurídicas, reconheça a responsabilidade do ente público pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços. 2. A ressalva da Suprema Corte foi sobre a aplicação, de forma irrestrita, do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, isto é, sem o exame da conduta culposa da Administração Pública. 3. Em observância ao decidido pelo STF, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, incluindo os incisos V e VI ao verbete. 4. -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- (Súmula nº 331, inciso V, do TST - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). 5. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional manteve a responsabilidade subsidiária da agravante não pela simples incidência do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, senão pela conclusão de que incorreu em culpa, pois omissa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.
Agravo de instrumento não provido.¹¹⁴

Dessa forma, com fulcro também no que ficou decidido pelo Pretório Excelso no julgamento da ADC 16, a C. 5ª Turma fundamentou que a constitucionalidade do art. 71 da lei de licitações não exclui a possibilidade das Cortes Trabalhistas, com base nos fatos da causa, registrar a culpa do Ente Público. Ademais, preceituou que o art. 71 da Lei 8.666/93 não pode ser utilizado para justificar a atitude omissiva da Administração ante os seus deveres, previstos, e.g., no art. 67 da referida lei.

Sem embargos, a C. Turma também destacou, oportunamente, que a Súm. 331 deve ter validade e eficácia garantidas, haja vista que é fonte de Direito, como prevê o art. 8º, da CLT.

Como visto por meio desses dois julgados, que bem representam a controvérsia, o TST vem decidindo por imputar à Administração Pública a responsabilidade

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-AIRR-115200-11.2008.5.15.0106. Publicação: 29 de fev de 2012.** Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%20115200-11.2008.5.15.0106&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACggAAQ&dataPublicacao=09/03/2012&query=S%FAmula%20331%20e%20culpa%20e%20subsidi%20E1ria>>. Acesso em: 1º maio 2012.

subsidiária, caso identificada sua culpa no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Isso, nos termos do que foi decidido pela ADC nº 16-DF.

A seguir examinaremos acórdãos que salientam a inexistência de culpa da Administração Pública, e seus motivos.

3.5.2.2 Pela inexistência de culpa da administração pública

Dada a importância da análise casuística da culpa, declarada pelo STF na ADC nº 16-DF e consoante os julgados do TST acima expostos, observa-se, desde já, que a possibilidade de afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração decorre somente quando não registrada sua culpa, ante os fatos registrados pelos Tribunais Regionais.

E, sob o aspecto do conteúdo fático examinado pelo Tribunal Regional, destaque-se que ele possui papel importantíssimo, tendo em vista que moldura todo o âmbito de atuação do TST. Explica-se: ao Tribunal Superior do Trabalho é vedado o reexame de conteúdo fático probatório, nos termos da Súmula 126, do TST¹¹⁵, e, assim, essa Alta Corte Especializada tem sua atuação limitada aos fatos registrados pelo TRT, não podendo, ao contrário, querer invocar nova fase probatória aos autos do processo.

E é exatamente esse o teor dos acórdãos que seguem, os quais, ao não enxergar o elemento culpa da Administração Pública na moldura fática enunciada pelo TRT, excluem sua responsabilidade.

O primeiro acórdão escolhido diz:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 331 DO TST. MÁ APLICAÇÃO. Ao manter a condenação subsidiária do Município reclamado sem o amparo na aferição de culpa -in eligendo- ou -in vigilando-, o Tribunal Regional decidiu em desacordo com a diretriz firmada na atual redação da Súmula nº 331 do TST, segundo a qual a responsabilidade subsidiária de entes integrantes da Administração Pública direta e indireta se condiciona à verificação concreta de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666 de 1993, não decorrendo do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho Súmula nº 126. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-126>. Acesso em: 1º maio 2012. RECURSO. CABIMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.

contratada para fornecer mão de obra terceirizada. Recurso de revista conhecido e provido.¹¹⁶

O segundo:

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CULPA -IN VIGILANDO- E -IN ELIGENDO-. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. ADC Nº 16-DF.

Não caracterizada a conduta culposa do tomador dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, nem sendo possível se invocar a responsabilidade objetiva da Administração Pública, haja vista a decisão proferida pelo STF na ADC nº 16-DF, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não subsiste a condenação da União como responsável subsidiária. Nos termos do item V da Súmula nº 331 desta Corte Superior, na redação aprovada pela Res. nº 174/2011, a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Dessa jurisprudência uniforme dissentiu o acórdão recorrido.

Recurso de revista conhecido e provido.¹¹⁷

Por fim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. **RECURSO DE REVISTA DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.** Para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que, constatada a culpa -in vigilando-, gera-se a responsabilidade subsidiária da União. Não estando comprovada a omissão culposa do ente em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não há de se falar em responsabilidade subsidiária. **Recurso de Revista conhecido e provido.**¹¹⁸

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc nº TST-RR-795-60.2010.5.24.0002. Publicado 18 de abr. De 2012. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20795-60.2010.5.24.0002&base=acordao&numProcInt=48041&anoProcInt=2011&dataPublicacao=20/04/2012%2007:00:00&query=>._>. Acesso em: 2 maio 2012.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc nº TST-RR-2105-95.2009.5.10.0012. Publicação 7 de mar. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202105-95.2009.5.10.0012&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACgkAAD&dataPublicacao=09/03/2012&query=S%20Famula%20331%20e%20culpa%20e%20subsidi%20E1ria>>. Acesso em: 2 maio 2012.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc nº TST-RR-75-65.2010.5.10.0008. Publicação 7 de mar. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highli>>

Observe-se a particularidade comum a todos os acórdãos listados: a falta de provas hábeis a comprovar a conduta culposa da Administração Pública. Ao contrário do estatuído pelo STF, no julgamento da ADC nº16-DF, o conteúdo dos acórdãos acima pugnam pela simples alegação de inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, sem, contudo, focar na produção de provas, seja pelo empregado, que lograria registrar a culpa, ou, de outro modo, da Administração Pública, tentando justificar que cumpriu todos os seus deveres de fiscalização do contrato com a prestadora de serviços. O último acórdão, inclusive, é enfático ao frisar que não se trata de responsabilidade objetiva – onde não existe o exame de culpa -, proclamada pelo art. 37, §6º, da CF/88, fazendo esclarecer, portanto, a incidência clara de responsabilidade subjetiva.

Ressalte-se, todavia, em que pesem os precedentes acima expostos, que o TST, recentemente, via SbDI-1 - Subseção Especializada em Dissídios Individuais -, resolveu por suspender a tramitação de processos sobre terceirização-responsabilidade subsidiária da Administração Pública, ao fundamento de que o STF reconheceu a repercussão geral sobre a matéria nos autos do processo RE 603397, e, conseqüentemente, sobrestará os recursos enviados, até o momento do julgamento do tema. O processo, de relatoria da Exma Ministra Rosa Weber, representa o tema nº 246 da repercussão geral.¹¹⁹

ght=true&numeroFormatado=RR%20-%2075-

65.2010.5.10.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACgkAAB&dataPublicacao=09/03/2012&query=S%20Famula%20331%20e%20culpa%20e%20subsidi%20Elria>. Acesso em: 2 maio 2012.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Notícias do TST**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/busca-avancada?p_p_id=advancedsearchv62_WAR_advancedsearchv62portlet_INSTANCE_9V1k&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1%20&advanced-search-display=yes%20&articleId=1196576%20&version=1.5%20&groupId=10157%20&entryClassPK=1196578>. Acesso em: 2 maio 2012.

CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho, num primeiro momento, foi analisar a responsabilidade da Administração Pública no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por empresa prestadora de serviços, quando há terceirização. E, subsidiariamente, o trabalho buscou averiguar o ônus probatório nesses processos.

De início, é certo que a Administração Pública possui responsabilidade no inadimplemento de seus contratos. Ficou concluído, perante as teses sobre responsabilidade e análise dos julgados, que a modalidade cabível seria a subjetiva extracontratual. Isso, pois cabe a análise de culpa no caso, como instruiu a ADC nº 16-DF, bem seguida pelos Tribunais do Trabalho.

O argumento estritamente ligado ao princípio da legalidade, pleiteado pelo Ente Público, nos parece um pouco fraco, em vista das consequências terríveis que pode vir a sofrer o empregado. Sobrepor o art. 71 da lei 8.666/93 aos deveres da Administração Pública na vigilância e fiscalização das empresas prestadoras de serviços (art. 58 e 67 da lei de licitações e IN nº 2 e 3, do MPOG) significa deixar o obreiro de mãos atadas, trabalhando sem salário, no caso em que a empresa prestadora deixe de cumprir com suas obrigações.

Mais ainda, podemos verificar descaso com a Carta Constitucional, nos dizeres de seu art. 7º, dos direitos sociais dos trabalhadores, bem como aos princípios protetivos ao trabalhador, como o da moralidade, da boa-fé, da dignidade humana, da norma mais favorável, muito embora não seja o caso de vínculo do empregado com a Administração Pública.

Todavia, utilizando o mesmo princípio da legalidade invocado pela Administração Pública, como deixar de aplicar a ela seus deveres e incumbências? Certamente não deve ser isentada de suas responsabilidades no cumprimento dos contratos por ela realizados.

Num segundo momento, foi preciso analisar se outro ponto não era desfavorável ao trabalhador, qual seja, sobre o ônus da prova nos processos que envolvam essa temática. E, como bem visto, é totalmente possível que o trabalhador não seja prejudicado na hipótese, pois o art. 818 da CLT e a análise casuística do direito material permitem ao juiz concluir pela distribuição do ônus da prova ao Ente Público (o qual, por sua vez, tem a obrigação de comprovar a existência de fato impeditivo do direito do trabalhador).

Na espécie, portanto, ante os julgados analisados, não houve constatação de prova diabólica, como de início se propôs, ao início do trabalho.

A questão aguarda, no momento, o julgamento do RE 603397, em que figura como Recorrente a União, e, no pólo passivo, como Recorridos, Duetos Limpeza e Conservação Ltda e Sabrina Maldonado, para que se decida sobre os rumos do tema.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Princípios constitucionais de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei N^o 5.452 1/5/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n^o 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 11 out. 2011.

BRASIL. Lei 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 22 abr.2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22 abr. 2012. p. 28.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 00125-2010-001-10-00-1 RO. 2ª Turma. Publicado em 05/08/2011 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www-dev3.trt10.jus.br/consweb/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2010%26num_processo_trt%3D7618%26num_processo_voto%3D230657%26data_publicacao%3D05/08/2011%26data_julgamento%3D06/07/2011%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+s%3%BAmula+331+culpa+da+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas>. Acesso em: 24 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Livro de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Notícias do TST**: presidente do TST defende responsabilização solidária do tomador de serviço: 05/10/2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12975&p_cod_area_noticia=ASCS> Acesso em: 13 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-AIRR-43800-35.2009.5.15.0062. Publicação: 29 de fev. De 2012.** Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIRR%20-%2043800-35.2009.5.15.0062&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACgiAAQ&dataPublicacao=09/03/2012&query=S%20FAMula%20331%20e%20culpa%20e%20subsidi%20E1ria>>. Acesso em: 1º maio 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Luís Antonio de. **A Responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANÇADO, Antonio Augusto Trindade. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: perspectivas brasileiras. San José da Costa Rica: Friedrich Naumann-Stiftung; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1992.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**: dano moral e material, acidente e doença do trabalho, dano pré e pós-contratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, dano causado pelo empregado, assédio moral e sexual. São Paulo: LTr, 2005.

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

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

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podium, 2007

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A Responsabilidade Civil da Administração Pública. In: BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. São Paulo: Ícone, 2003.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. **Responsabilidade do Estado em caso de falência do conceccionário**. São Paulo: Minelli, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 4 v.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215/233

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 7 v.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e Responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Documentos**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/document>>. Acesso em: 3 de nov. de 2011.

PAULO, Vicente. **Resumo de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 724.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

RICCITELLI, Antonio. **Responsabilidade civil das atividades da administração pública**. São Paulo: Lex, 2010.

RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr., 2000.

RUPRECHT, Alfredo J. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SALEM NETO, José. **Princípios do direito do trabalho na prática**. Campinas: Servanda, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. 2 v.

TELLES, Eduardo Maccari. A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o novo Código Civil. In: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **Responsabilidade civil empresarial e da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.