

Maria de Lourdes Silva Cidade

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO – COGEAE – PUC/SP
2011**

Maria de Lourdes Silva Cidade

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO
NA TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – PUC/SP, como exigência parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito do Trabalho, sob a orientação do Mestre Marcel Cordeiro.

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
COGEAE – PUC/SP
2011**

Banca Examinadora

Prof. Ms Marcel Cordeiro

Dedico esse trabalho ao meu marido que tem sido o meu tudo... Pois durante esses 23 anos juntos sonhamos o mesmo sonho e trilhamos o mesmo caminho. Amo-te!

Agradeço a Deus pela oportunidade de estudar em uma Escola tanto conceituada. Ao meu orientador o qual dispensou toda atenção e carinho necessário para o desenvolvimento desse trabalho. Aos meus filhos por serem presentes de Deus na minha vida. A minha amiga Quézea Regina Albolea e a equipe da biblioteca

“A humildade é a única base sólida de todas as virtudes.”

Confúcio

RESUMO

No presente trabalho discorreremos sobre a responsabilidade do Estado na terceirização, sendo imprescindível adentrarmos ainda nos conceitos de responsabilidade civil, suas espécies e conseqüências. Da mesma forma falamos um pouco sobre a responsabilidade civil do Estado propriamente dita por se tratar do tema mais especificamente.

Num segundo momento, falamos sobre a terceirização, sua origem, evolução, conseqüências no âmbito empresarial e laboral, como também de sua introdução na esfera da Administração Pública, o que acabou por refletir no tema do trabalho em apreço, qual seja a responsabilidade do Estado na terceirização.

Num outro momento, apresentamos discussões doutrinárias e jurisprudenciais, lacunas e propostas legislativas, inclusive com decisões recentes, procuramos ainda colacionar projeto de lei em andamento, artigo sobre o tema, não com intuito de esgotar a discussão, mas tão somente para aguçar o desejo de refletir sobre a necessidade da mudança de pensamento quanto à garantia dos direitos trabalhistas do trabalhador terceirizado.

ABSTRACT

In this paper we discussed the responsibility of the State in outsourcing, being of paramount importance to delve into the concepts of civic duties, their sorts and consequences. It also deals with the civic duties of the State itself since it is the subject with more specificity.

Secondly, we discussed outsourcing and its origin, evolution and consequences in businesses and labor, as well as its introduction into the sphere of public administration, which ultimately reflected on the theme of this thesis, namely State responsibility in outsourcing.

At another point, we presented doctrine and jurisprudence discussions, legislative gaps and proposals, including very recent decisions. We also included and analysed a bill in progress, related to the subject, not in order to exhaust the discussion, but to arouse the desire to reflect on the need for change of thought when it comes to the labor rights guarantees of the outsourced worker.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. NOÇÕES GERAIS DE TERCEIRIZAÇÃO.....	10
1.1. Natureza Jurídica e Características da Terceirização	12
1.2. Espécies de Terceirização.....	13
1.3. Conseqüências Jurídicas da Terceirização	15
1.4. Efeitos da Terceirização	17
2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	21
2.1. Espécies de Responsabilidade Civil	23
2.2. Natureza Jurídica e Classificação da Responsabilidade Civil.....	26
2.3. Classificação da Responsabilidade Civil.....	27
2.4. Efeitos da Responsabilidade Civil.....	30
2.5. Excludentes da Responsabilidade Civil.....	32
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	35
3.1. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado.....	36
3.2. Conseqüências e Espécies de Responsabilidade Civil do Estado.....	40
3.3. Conseqüências e Espécies de Responsabilidade Civil do Estado.....	41
3.5. Fundamentos e Prescrição da Responsabilidade Civil do Estado	43
4. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	47
5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO	52
CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA.....	61

INTRODUÇÃO

É importante para os operadores do direito a reflexão sobre a responsabilidade do Estado na terceirização por se tratar de um tema atual e bem presente na Justiça Laboral. Tema do qual abarca valiosas discussões jurídicas em que os direitos e garantias fundamentais do trabalhador estão presentes principalmente no sentido de se evitar o retrocesso social.

Observa-se durante a pesquisa, a preocupação do Tribunal Superior do Trabalho em preencher lacunas legislativas editando súmulas com o intuito de proteger a dignidade do trabalhador. Por outro lado, nota-se o quanto a Administração Pública se esquivava da responsabilidade pelas verbas trabalhistas decorrentes da inadimplência de suas contratadas.

O cerne da discussão se amolda no sentido de que pela Lei de Licitações a inadimplência do contratado não transfere para a Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

Em contrapartida, o verbete 331 item IV da Corte Trabalhista dispõe que; na ocorrência da inadimplência da contratada caracteriza-se a responsabilidade subsidiária da Administração direta e indireta. Diante do antagonismo apresentado, houve o julgamento da ADC N. 16 DF como procedente, pelo reconhecimento da relevante divergência jurisprudencial, tendo como voto vencido apenas o do Ministro Ayres Brito.

A proposta do presente trabalho se pauta na reflexão sobre o tema da terceirização o qual embora seja um fenômeno mundial e sem volta suas conseqüências são avassaladoras quando não utilizado da forma devida. Entre um dos pontos negativos citamos a hipótese em que a responsabilidade do ente estatal poderá ser retirada frente ao novo posicionamento jurisprudencial em que os direitos do trabalhador ficam a mercê do acaso.

1. NOÇÕES GERAIS DE TERCEIRIZAÇÃO

A expressão terceirização tem origem da numeração latina, destrinchada por três linguagens: o longo de trigésimo; o breve de trimestre, triênio, triângulo, trivial; e o ter, de terceiro¹.

A terceirização é uma das formas de flexibilização no direito do trabalho, a qual possibilita vasta discussão entre os doutrinadores frente o princípio protetor imbuído no direito laboral e pela ausência de regulamentação legal visto a necessidade do desenvolvimento econômico fundado na livre iniciativa conforme reza o artigo 170 caput da Lei Maior².

Não há definição legal do que seja terceirização, contudo, a doutrina com o objetivo de solucionar a ausência legislativa oferece o conceito genérico conforme leciona Sérgio Pinto Martins³: “Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa.”

Para Maurício Godinho Delgado⁴: “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente.”

A terceirização nasceu do inusitado, ou seja, da necessidade do mercado mundial de se adaptar a era da famosa globalização a qual exigiu das empresas a necessidade de reduzir custos a fim de acompanhar a revolução dos meios de comunicação e do transporte.

A globalização não foi à principal causa da terceirização, mas sim um dos efeitos da evolução supracitada.

O mercado mundial tendeu a unificar-se, excluindo a idéia de mercado próximo, fazendo com que a concorrência entre as empresas se tornasse acirrada, e a partir desse quadro houve o surgimento da necessidade de concentração nas atividades meio, para que se especializassem nas atividades fim e conseguissem sobreviver diante desse novo mercado, dando origem às “terceirizadas”.

¹ MARTIN, F. Les mots latins. Paris: Haachette, 1941,p.273.

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)

³ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito Do Trabalho. São Paulo: Atlas S.A, 2010, p. 10.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso De Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 427.

Diante disso, leciona José Affonso Dallegrave Neto⁵:

Nessa esteira de acontecimentos conjugados, a mão-de-obra também se tornou globalizada. Hoje já não há qualquer restrição em se utilizar o trabalho além-fronteira. A prioridade é a diminuição de custos sociais. Logo, quanto mais barata a mão-de-obra, melhor.

Por outro lado, deve-se ter cuidado quanto aos princípios basilares do direito do trabalho frente a essa evolução, pois afinal não podemos perder de vista que “o trabalho não é mercadoria” como o ser humano também não o é, por isso a necessidade da busca da garantia dos direitos fundamentais do trabalhador como ser humano independente da evolução política, econômica ou social que possa ocorrer.

Conforme o artigo 1º do Anexo da Declaração de Filadélfia de 1944 – Declaração da OIT *in verbis*: A conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

a) O trabalho não é mercadoria;

Um dos principais objetivos da terceirização está no sentido de reduzir custos, e a consequente especialização das tomadoras para a realização dos serviços em sua atividade fim, por isso a necessidade da cautela dos operadores do direito para que não se permita a precarização dos direitos trabalhistas.

Ao consentir que a empresa tomadora dos serviços transfira à empresa terceirizada a realização da atividade meio, com a consequente flexibilização das normas trabalhistas deve-se garantir os direitos mínimos dos trabalhadores como forma de impedir o retrocesso social.

⁵NETO, José Affonso Dallegrave. Direito do Trabalho Contemporâneo: Flexibilização e Efetividade. São Paulo: LTr, 2003,p. 15.

1.1. Natureza Jurídica e Características da Terceirização

A natureza jurídica da terceirização é contratual, por ser o mecanismo utilizado para efetivação de uma relação triangular, cujos sujeitos são: o tomador de serviços, a terceirizada e o trabalhador.

O contrato se dá por vontade da empresa tomadora e da empresa prestadora de serviços e segundo o ensinamento de Sérgio Pinto Martins⁶: “Dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos sejam eles nominados ou inominados.”

Quanto à terceirização cuja denominação é temporária, atípica, imprópria ou até mesmo intermediação de mão – de – obra, é permitida tanto para atividade meio quanto para atividade fim, de acordo com a Lei do trabalho temporário, cumprindo-se os requisitos específicos⁷.

Quanto ao trabalho temporário há o limite temporal de três meses para a duração do contrato de prestação de serviços.

Deve haver igualdade de salário entre os trabalhadores terceirizados e os efetivos com intuito de garantir a isonomia salarial.

Tanto a empresa tomadora quanto a cedente pode fiscalizar a prestação de serviço do trabalhador.

O trabalho temporário tem previsão legal somente para as empresas de trabalho urbano e deve ser realizado por contrato escrito.

Já a terceirização permanente ou típica, sinônimo de própria, só é permitida para atividade meio, ou nas hipóteses previstas em lei como no caso de limpeza, conservação e vigilância, ou ainda em outras atividades especializadas.

Nessa modalidade não se fala em isonomia salarial, pois se trata de atividade distinta da preponderante desenvolvida pela empresa tomadora do serviço, sendo que nessa hipótese somente a empresa prestadora de serviços é que fiscaliza a mão de obra fornecida.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito Do Trabalho. São Paulo: Atlas S.A, 2010, p. 12.

⁷ Lei 6019/1974. Art 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Dessa forma, a terceirização permanente se mostra mais flexível podendo o contrato ser verbal, por escrito, expresso ou tácito⁸.

1.2. Espécies de Terceirização

Sérgio Pinto Martins⁹ divide a terceirização em estágio inicial, intermediário e avançado, vejamos *in verbis*:

- a) Inicial: em que a empresa repassa a terceiros atividades que não são preponderantes ou necessárias, como restaurantes, limpeza e conservação, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica etc.;
- b) Intermediário: quando as atividades terceirizadas são mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa, como manutenção de máquinas, usinagem de peças;
- c) Avançado: quando são terceirizadas as atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como de gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos etc. Esse último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa.

O estágio inicial se reporta aos serviços acessórios da empresa ainda que sejam de caráter contínuo e indispensável para a realização da atividade fim e ao andamento da empresa tomadora de serviços.

Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁰: “São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.”

Essas atividades foram instituídas pela Lei n. 5.645/1970¹¹ e pelo Decreto-Lei 200/67¹², nessa época ainda não havia sido colocada em destaque a expressão “terceirização”, e era permitida a contratação inicial somente para os entes estatais.

8 SOBRINHO, Zéu Palmeira Sobrinho. Terceirização e Reestruturação Produtiva. São Paulo: LTr, 2008, p. 89.

9 MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito Do Trabalho. São Paulo: Atlas S.A, 2010, p. 12.

¹⁰DELGADO, Mauricio Godinho. Curso De Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 438.

¹¹ Artigo 3º, § único da Lei 5.645/70: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200.

¹²Decreto-Lei 200/67 artigo 10: Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com o progresso social, surgiu a Lei n. 6019/74 a respeito do trabalho temporário, tratando diretamente do tema terceirização e estendendo ao setor privado a possibilidade de contratação de empresas terceirizadas desde que obedecido aos requisitos legais.

Tais contratações facilitariam o desenvolvimento econômico empresarial, no sentido de que as atividades meio contratadas serviriam de complemento instrumental para a realização adequada da atividade fim da empresa tomadora, como por exemplo, na hipótese de fornecimento da alimentação aos empregados de empresa metalúrgica.

Mais adiante surgiu a Lei n. 7.102/83 regulando a possibilidade da terceirização na área de segurança bancária, que foi posteriormente alterada pela Lei n. 8.863/94, ampliando-se o campo de atuação dos trabalhadores e das empresas.

Em que pese toda essa dinâmica evolutiva, ainda há falta de regulamentação específica que abranja com precisão as hipóteses de terceirização trabalhista a fim de que a lei alcance os fatos sociais e assim os regule na medida de sua evolução política, econômica e social.

Quanto ao estágio intermediário, podemos imaginar plausível a terceirização, uma vez que se exige especialidade na atividade terceirizada cabendo inclusive a eventualidade.

Sob o ponto de vista trabalhista e da segurança do meio ambiente do trabalho, podemos exemplificar que a manutenção de uma máquina realizada por um técnico é mais aceitável do que pelo trabalhador que a opera sem conhecimento específico.

Contudo, no estágio avançado, há que se ter muita atenção no que diz respeito à terceirização, pois se trata da possibilidade de terceirizar a atividade fim da empresa tomadora.

Nessa modalidade o trabalhador temporário exerce a mesma função do trabalhador permanente o que abre a possibilidade de se mascarar uma relação de trabalho direta com a tomadora por uma suposta terceirização fraudulenta.

Afinal, a Lei n. 6.019/74 prevê as hipóteses de contratação para atender necessidades transitórias ou substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora, conhece ainda a contratação no caso de acréscimo extraordinário de serviço da empresa tomadora, por isso, leciona Mauricio Godinho Delgado *in verbis*:

O exame dessas duas hipóteses de pactuação temporária evidencia que não se diferenciam substantivamente das hipóteses celetistas de pactuação de contrato empregatício por tempo determinado (art. 443, CLT). De fato, sob a ótica socioeconômica, as mesmas necessidades empresariais atendidas pelos trabalhadores temporários (Lei n. 6.019) sempre puderam (e podem) ser preenchidas por empregados submetidos a contratos celetistas por tempo determinado (art. 443, CLT).

Na temática classificação de Sérgio Pinto Martins, a terceirização poderá ser interna, quando a tomadora dos serviços repassa as atividades da produção para terceiro e a prestadora de serviços realiza as tarefas dentro das dependências da tomadora, por exemplo, as linhas de produção das empresas automobilísticas que trocaram a nomenclatura “fábrica” para supostas “montadoras”.

No que diz respeito à terceirização externa, são repassadas apenas algumas etapas da produção, as quais são realizadas fora das dependências da empresa tomadora.

A terceirização pode ter a duração definida como no caso do trabalho temporário ou ainda indeterminada como nas hipóteses de segurança e limpeza, podendo ser desempenhada tanto na atividade pública como na privada.

1.3. Conseqüências Jurídicas da Terceirização

O fenômeno terceirização foi resultado da evolução dos meios de transporte e de comunicação que deu origem a globalização, isso fez com que as empresas buscassem a redução de custos e a especialização de mão-de-obra, contudo o ordenamento jurídico não acompanhou tal desenvolvimento.

Sendo assim, sem regulamentação com exceção da Lei do trabalho temporário e da Lei de segurança bancária, limpeza e conservação, não há que se falar em controle legal.

No decorrer da história os fatos não esperam a Lei, mas essa última é que deve se adequar às mutações sociais.

Diante da lacuna legislativa a jurisprudência laboral se viu incumbida pela necessidade de evitar terceirizações fraudulentas que pudessem violar os direitos mínimos trabalhistas dos empregados terceirizados.

A Súmula 239¹³ do Tribunal Superior do Trabalho visando impedir a exploração dos bancos aos empregados que pertenciam às empresas de processamento de dados, inclusive Sérgio Pinto Martins¹⁴ leciona que:

Um dos objetivos principais da Súmula 239 do TST foi coibir a fraude que se entendia estar havendo no sistema bancário. Os bancos constituíam empresas de processamentos de dados, nas quais registravam empregados que passavam a ter oito horas de trabalho e não às seis horas dos bancários.

Há entendimento no sentido de que a atividade de processamento de dados corresponde à atividade meio não se enquadrando na categoria dos bancários, contudo, na época o objetivo era o de verificar o caso concreto do Banco Bannrisul e garantir os direitos do trabalhador evitando-se a fraude.

¹³SUM-239 BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n°s 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula n° 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJs n°s 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998). Histórico: Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985 *N° 239 Bancário. Empregado de empresa de processamento de dados. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico.*

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários as Súmulas do TST. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 138.

Nesse interregno veio a Súmula 256¹⁵ do Tribunal Superior do Trabalho cancelada pela Resolução n. 121, de 28/10/2003 a qual condenava a contratação de terceiros, exceto nas hipóteses de trabalho temporário e de serviços de vigilância.

Por outro lado, a Súmula 257¹⁶ do Tribunal Superior do Trabalho veio coadunar com a Lei n. 7.102/83, que permite a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores, reconhecendo a licitude de tal contratação.

Por derradeiro, houve a revisão da Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho alhures pela edição da Súmula 331 do mesmo Tribunal Laboral a qual admite situações mais abrangentes, pois hoje qualquer empresa pode contratar o serviço de segurança obedecendo aos requisitos legais.

1.4. Efeitos da Terceirização

A terceirização é uma exceção no modo de contrato trabalhista, uma vez que a regra é o contrato bilateral e a relação direta com quem se beneficia da energia laboral.

Por ser uma relação triangular cujos participantes são o tomador a prestadora de serviços e o trabalhador com caráter excepcional, devem ser observadas com precisão as garantias mínimas do trabalhador terceirizado.

¹⁵SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n°s 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Histórico: Revista pela Súmula n° 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994. Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986

¹⁶ SUM-257 VIGILANTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário. Histórico: Redação original - Res. 5/1986, DJ 31.10.1986, 03 e 04.11.1986.

Diante da ausência legislativa e com a presença da atuação jurisprudencial para preencher a lacuna normativa, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331¹⁷ com objetivo de impedir a precarização da relação de trabalho.

O verbete também descreveu os efeitos da terceirização a qual poderá ser tida como terceirização lícita ou ilícita a fim de se impedir a proliferação de Marchandage, ou seja, a simples intermediação de mão-de-obra equiparando o trabalho a uma mercadoria.

Leciona Maurício Godinho Delgado¹⁸ que há quatro tipos de terceirizações lícitas previstas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, colocando em primeiro lugar as hipóteses previstas na Lei do trabalho temporário, a qual permite a terceirização no caso de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviço.

Logo em seguida, aparece a hipótese das “atividades de vigilância”, pela especialidade dos serviços prestados, ressaltando que, vigilante se distingue de vigia, sendo que esse último não tem especialização motivo pelo qual forma vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A Súmula também prevê a possibilidade de contratação para a realização de serviços de conservação e limpeza.

¹⁷ SUM-331 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 tem-porário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não ge-ra 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 ine-xistente 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 le-gais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela em-presa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Histórico: Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

Nº 331 (...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a res-ponsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das em-presas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da rela-ção processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Súmula A-99

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso De Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 437.

Por fim, dispõe o verbete a respeito da contratação de terceirizadas para atividades de serviços especializados, desde que vinculado à atividade meio do tomador de serviços, pois a empresa não pode perder sua função social.

Uma empresa ao contratar outra terceirizada para exercer sua atividade fim, coloca em dúvida a licitude de tal contratação, no entanto, a dúvida deve ser comprovada e não simplesmente presumida.

Nesse entendimento, Sérgio Pinto Martins¹⁹ leciona que:

A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.

Outro ponto que caracteriza a licitude da terceirização diz respeito à ausência de subordinação direta e pessoalidade, pois se presentes tais requisitos configura a relação de trabalho tradicional prevista nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, vejamos *in verbis*:

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

Art. 3º, CLT: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Dessa forma, a pessoalidade poderá existir somente entre o trabalhador e a empresa terceirizada e não entre aquele e a tomadora de serviços, pois caso contrário há de ser considerada nula a contratação terceirizada e reconhecida à relação de emprego direto com a tomadora nos moldes do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho²⁰.

Excetua-se a subordinação no caso de terceirização em contrato de trabalho temporário, pois nessa hipótese a Lei a autoriza pelo fato de que o trabalhador

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito Do Trabalho**. São Paulo: Atlas S.A, 2010, p. 160.

²⁰ Art. 9º, CLT: São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

terceirizado substitui o trabalhador permanente ou exerce a mesma função dos demais e da mesma forma em situação de acréscimo extraordinário de serviço, o que justifica a subordinação direta entre o trabalhador e a tomadora dos serviços.

Nesse rumo, tem sido as decisões dos Tribunais, vejamos *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO. FORMAÇÃO DE VÍNCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, III, DESTA CORTE. O Regional decidiu que a contratação de empresa interposta para a prestação de serviços teve por escopo fraudar a aplicação da legislação trabalhista, sob o fundamento de que, embora a reclamante prestasse serviços de digitação à reclamada, não ficou provada a sua subordinação à cooperativa, e, sim a sua subordinação ao empregado da recorrente. Com efeito, nos termos da Súmula nº 331, III, quando há trabalho realizado ligado à atividade-meio, não há formação de vínculo com a tomadora de serviços, somente quando é inexistente a personalidade e a subordinação direta, o que não ocorreu in casu. Aplicação da Súmula nº 333 desta Corte. Agravo de instrumento não provido. (1153006620055010071 115300-66.2005.5.01.0071, Relator: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 22/06/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011, undefined)

Sérgio Pinto Martins²¹ diz que: (...) “terceirização ilícita implica a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão-de-obra mais barata, com redução de salário e desvirtuamento da relação de emprego, e também a escolha de parceiros inadequados, quando inidôneos financeiramente”.

Diante do exposto, se ausentes as hipóteses previstas na Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho as quais autorizam a terceirização lícita, inconcebível será qualquer tipo de contratação triangular, caso haja, configurará relação de emprego com todos seus efeitos e a responsabilidade direta do tomador de serviços.

Afinal, a licitude desejada não trata da simples constituição ou suficiência patrimonial da empresa terceirizada, mas sim da garantia do patamar civilizatório mínimo do trabalhador.

21 MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito Do Trabalho. São Paulo: Atlas S.A, 2010, p. 166.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Fernando de Noronha²² leciona que: “a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *strictu sensu*”.

Silvio de Salvo Venosa²³ complementa que: “O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso.”

Em suma, a responsabilidade civil demonstra a obrigação de alguém assumir o resultado de sua ação ou omissão quando resultar dano a outrem. Ressaltando que, tal responsabilidade independe de ser a conduta lícita ou ilícita bastando que o ato ou fato seja punível ou moralmente reprovável.

A responsabilidade civil recai sobre o autor do dano o qual em regra deve ser capaz²⁴ ou sobre o responsável pelo agente causador, destarte ensina Silvio de Salvo Venosa: “Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.”

A responsabilidade civil somente passará a terceiro quando houver previsão legal²⁵ ou na hipótese em que esse tenha contribuído para evento danoso conforme entendimento dos tribunais.

Responsabilidade civil. Desvio por terceiro de saldo de conta-corrente bancária. Hackres. Fato de terceiro não caracterizado. Culpa exclusiva da vítima não provada. Dano moral não caracterizado. Danos materiais. Ocorrência. Responsabilidade do banco. Primeira apelação prejudicada. Segunda apelação provida em parte (7252093 PR 0725209-3, Relator: Albino Jacomel Guerios, Data de Julgamento: 19/05/2011, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 644, undefined)

²² NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamento das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 429.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 13.

²⁴ Artigo 928, CC: O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

²⁵ Artigo 932, III. CC: São também responsáveis pela reparação civil: III – O empregador ou comitente, por seus empregados, serviços ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Há ainda a responsabilidade civil presumida, decorrente do risco assumido pela atividade exercida.

Utilizamos a título de exemplo o empregador que deve indenizar o dano decorrente de ato praticado por seu empregado ou preposto como dispõe a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal *in verbis*: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

A responsabilidade civil independe de culpa ou dolo, pois sua relação está diretamente ligada ao dano.

O que destoa da concepção originária em que se tinha a vinculação da responsabilidade civil somente com a ocorrência de ato ilícito, pois o objetivo da responsabilidade civil é o ressarcimento ou compensação do dano sofrido pela vítima além de buscar sancionar o causador do dano.

Nesse sentido, leciona Inocêncio Galvão²⁶:

A responsabilidade civil exerce uma função reparadora, destinando-se, como se destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função *sancionadora*, sempre que na sua base se encontra um acto ilícito e culposo, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável.

Conclui-se que a responsabilidade civil é o instituto que visa à recomposição do patrimônio lesado, cuja reparação deve ser na integralidade quando o dano for material e compensatório na hipótese de dano imaterial.

O direito de o lesado pleitear essa indenização independe se o dano adveio de ato ou fato, de conduta lícita ou ilícita seja essa, direta ou indireta ou ainda do risco assumido na atividade exercida pelo responsável de seu cumprimento.

Pois, a finalidade da responsabilidade civil não é simplesmente a busca do ressarcimento pelo dano causado independente de sua origem desde que haja o nexo de causalidade, mas também visa à prevenção a fim de que o dano não ocorra.

²⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.418.

2.1. Espécies de Responsabilidade Civil

A doutrina divide a responsabilidade civil em duas espécies quais sejam: a responsabilidade contratual a qual deriva de um contrato, e a extracontratual ou aquiliana decorrente de um ato ilícito,

Vale dizer que essa divisão serve para a dinâmica estudantil, pois quando se fala em responsabilidade civil de um modo geral, a referência está na reparação do dano independente de sua origem.

Nessa toada, leciona José Affonso Dallegrave Neto²⁷:

O fundamento de que toda responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente que, por sua vez, deriva de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta, constitui-se o principal argumento da solução unitária, a qual, por sua vez, nega a dualidade de tratamento entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.

José Affonso²⁸ diz que a responsabilidade extracontratual ou aquiliana²⁹: “(...) decorre de violação de dever geral previsto em lei ou na ordem jurídica; é o ato ilícito que, por si só, dá origem à relação jurídica obrigacional, criando para o causador do dano, o dever de indenizar a vítima.”

A responsabilidade extracontratual é fundada na culpa, representada pelo ato ilícito conforme dispõe o atual Código Civil em seus artigos 186 a 188 senão vejamos *in verbis*:

Art. 186, CC: 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, CC: 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.

²⁷ NETO, José Affonso Dallegrave. Responsabilidade Civil no Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 81.

²⁸ Ibidem, p.81.

²⁹ A Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a. C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 27.

O artigo 188 do CC prevê as hipóteses de exclusão de responsabilidade, quais sejam: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, contudo, se o agente exceder os limites necessários para evitar o perigo responderá civilmente, pelo excesso.

O artigo 927 do Código Civil prevê a hipótese de responsabilidade extracontratual quando diz que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem tem obrigação de indenizar, independentemente de culpa, nas hipóteses legais ou ainda nos danos decorrentes do risco que a atividade exercida promova.

Vale dizer que, a responsabilidade extracontratual se baseia na culpa decorrente de um ato ilícito, pois está fora de um contrato ou da hipótese do risco de uma atividade desempenhada pelo causador do dano, de seu empregado ou preposto.

Pelo fato de que a responsabilidade aquiliana se baseia na culpa, cabe à vítima provar a ilicitude do ato gerador do prejuízo a fim de que se possa pleitear a indenização.

Por outro lado, Raimundo Simão de Melo³⁰ leciona que: “A responsabilidade contratual, como o nome indica, decorre de um contrato firmado entre as partes, que pode ser por escrito ou tácito. O dever de indenizar surge quando um dos contratantes deixa de cumprir a obrigação decorrente do pactuado.”

A responsabilidade contratual visa à reparação do dano decorrente do inadimplemento do contrato, pois há um acordo prévio o qual representa lei entre as partes, assim, uma vez descumprido, com o conseqüente dano, nasce ao lesado o direito de pleitear a indenização.

Como se nota, na responsabilidade contratual há uma conexão entre as partes derivada de um contrato, o que não ocorre na responsabilidade extracontratual que se origina de um ato ilícito.

A indenização pleiteada na responsabilidade civil pelo inadimplemento contratual serve de substituição da obrigação não cumprida, devendo abranger os danos emergentes e os lucros cessantes³¹, inclusive dano moral ou estético se ofender, além do patrimônio, a dignidade da pessoa humana.

³⁰MELO Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 47.

³¹ Art. 402, CC: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Corroboram nesse sentido, os Tribunais *in verbis*:

ACIDENTE DE TRABALHO. QUEDA DE ANDAIME. ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS QUE DEMONSTRAM A RESPONSABILIDADE DA RECLAMADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. (...). Os danos morais, por sua vez, conforme doutrina nomeada, não necessitam de prova, porquanto se enquadram na modalidade "in re ipsa", sendo necessário apenas a demonstração dos demais requisitos da responsabilidade civil. Nos termos do art. 950, parágrafo único, do Código Civil, a indenização por danos materiais (emergentes e lucros cessantes) pode ser arbitrada pelo juízo e paga de uma só vez, procedimento que se afigura mais recomendável ao caso em exame, haja vista a relatividade da incapacidade laboral do empregado e a possibilidade de sua ampla recuperação (...) (44400 RO 0044400, Relator: DESEMBARGADOR CARLOS AUGUSTO GOMES LÔBO, Data de Julgamento: 04/11/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.0201, de 05/11/2010, undefined)

Nesse enfoque, há na doutrina a teoria monista, a qual defende a ideia de que a culpa é o fundamento das duas espécies de responsabilidade civil, tanto da contratual quanto da extracontratual.

Há também a teoria dualista, adotada em nosso ordenamento, que defende a existência de fundamentos distintos entre as espécies de responsabilidade civil, afirmando que na responsabilidade contratual o fundamento é o descumprimento do que fora pactuado no contrato, enquanto na extracontratual o fundamento seria a culpa.

Na responsabilidade contratual basta o lesado provar o descumprimento da obrigação e o efetivo prejuízo que terá direito à indenização, pois aqui a culpa é presumida e há inversão do ônus da prova, devendo o causador do dano provar a inexistência ou excludentes legais para se desobrigar da indenização.

Enquanto na responsabilidade extracontratual o ofendido deve provar o ato ilícito e a culpa do agente.

Como se nota, para a doutrina, a maior distinção entre os fundamentos das duas espécies de responsabilidade civil está no ônus da prova³².

³² MELO Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 47-48

2.2. Natureza Jurídica e Classificação da Responsabilidade Civil

Raimundo Simão de Melo leciona que: “A responsabilidade civil tem natureza jurídica dúplice: sanção e reparação³³.”

Como dito alhures, o objetivo da responsabilidade civil é o de ressarcir o patrimônio do lesado da forma mais completa possível.

Por essa natureza dúplice denota que a reparação deve além de retornar a situação jurídica ao estado anterior, também sancionar o causador do dano como forma de impedir a repetição do ato danoso.

O dano extrapatrimonial, em regra, não tem como fazer retornar ao *status quo ante*, por isso não há indenização e nem reparação, mas sim compensação como forma de amenizar o dano sofrido pela vítima.

Essa fixação se dá a critério do juiz, de acordo com o caso concreto, pela falta de previsão legal, contudo, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade, senão vejamos *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. Não há na legislação pátria delineamento do quantum a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, eqüitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. No caso dos autos, tem-se que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - atendeu aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade . Agravo de instrumento desprovido. (5510495492010505 5510495-49.2010.5.05.0000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 09/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011, undefined)

³³ MELO Raimundo Simão Op. cit, p.31.

Portanto, o que se busca na reparação civil, é muito mais do que saber quais são as espécies, ou se a indenização advém do descumprimento contratual ou pela prática de um ato ilícito, mas busca-se resgatar a dignidade da vítima como ser humano que o é, valor esse inestimável.

2.3. Classificação da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode ser classificada quanto à sua aplicação como responsabilidade objetiva- do risco e responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana tem fundamento na culpa, devendo ser provada a ilicitude, o dano e a culpa do agente causador e sobre esses fundamentos se baseia a teoria da responsabilidade subjetiva.

De modo que, com essa exigência, muitas vítimas ficavam sem ressarcimento pela impossibilidade de comprovação.

Dessa forma, a jurisprudência analisou que precisava mudar o foco, qual seja deixar de se ater entre a conexão do ato ilícito e a indenização, passando a se preocupar com a vítima e o seu efetivo ressarcimento.

A teoria da responsabilidade subjetiva se aplica na hipótese em que o causador do dano por ação ou omissão voluntária, violar direito, ainda que seja moral, conforme reza o artigo 186 do Código Civil, assim também aquele que por abuso de direito causar dano a outrem nos moldes do artigo 187 do mesmo código.

Aplica-se a responsabilidade civil subjetiva nos casos de indenização acidentária em que o empregador tenha dado causa³⁴.

O objetivo social é de que ninguém cause dano a outrem, e se o fizer deve responder pelo ato ou fato gerador reparando o patrimônio do lesado, assim, decorre a intenção jurisprudencial no sentido de abrir o conceito de culpa, ou até mesmo dispensá-la como elemento probatório para efeito de indenização servindo de atenuante na aplicação da teoria subjetiva.

³⁴ Art.7º, inciso XXVIII, CF: Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Resultando no acolhimento da culpa presumida o pressuposto exigido passa a ser apenas a comprovação da ação ou omissão do agente causador do dano e a existência do dano propriamente dito.

Nesse cenário, é o agente causador do dano que deve provar a legalidade de seus atos, a falta de dano ocorrido e o efetivo cumprimento das obrigações contratuais das quais lhe competiam ou a ausência de contribuição para o evento danoso.

Diante desse prisma, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, a qual não leva em conta o grau de culpa do agente causador do dano, mas tão somente os princípios da boa-fé e da equidade como forma de garantir a dignidade da pessoa humana garantia essa expressa como fundamento da República Federativa do Brasil.

Para configuração da responsabilidade objetiva, basta provar a ação ou omissão, o dano e o nexo causal e conforme leciona Raimundo Simão de Melo:³⁵ “A responsabilidade civil objetiva fundamenta-se na teoria do risco, nas modalidades de risco profissional³⁶, risco proveito³⁷ e risco criado³⁸, (...)”.

A responsabilidade objetiva não é presumida, pois não há inversão do ônus da prova, apenas facilita a reparação do dano para o hipossuficiente da relação jurídica, afinal, essa teoria somente pode ser aplicada por previsão expressa na lei ou decorrência de atividade de risco exercida pelo causador do dano.

Para Raimundo Simão de Melo: “A teoria objetiva é, na verdade, uma teoria social que considera o homem como parte de uma coletividade, o qual precisa ser reparado pelos danos que alguém lhe causar.”³⁹

Em suma, podemos dizer que a responsabilidade civil objetiva se aplica nas hipóteses de inexecução contratual, pelo risco assumido na atividade exercida, pelos danos ambientais, pelos atos praticados por empregados ou prepostos que causem danos a terceiros e por fim também se aplica nas relações de consumo.

³⁵MELO Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p.44.

³⁶ ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE. A responsabilidade da parte reclamada pelo acidente sofrido pelo reclamante decorre da assunção do risco do empreendimento, ao auferir lucro do trabalho desempenhado pelo autor, não podendo se eximir da indenização devida, quando da ocorrência de acidente inserido no risco da atividade que empreende, como no caso em tela. Recurso não provido. (...) (1022004720095040030 RS 0102200-47.2009.5.04.0030, Relator: ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ, Data de Julgamento: 02/06/2011, 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, undefined)

³⁷ Art. 2º, CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

³⁸ Art. 927, CC: 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.

³⁹MELO Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 45.

O conceito de risco veio como substituição à culpa, contudo, ainda que não haja o risco, ocorrendo o dano haverá o dever de indenizar.

É importante frisar que as duas teorias se completam, pois em regra deve ser aplicada a teoria subjetiva, afinal, cada um deve responder por suas ações, omissões, atitudes dolosas ou culposas, contudo, não se pode perder de vista a necessidade da aplicação da teoria objetiva nas hipóteses em que há atividades de risco, ou risco proveito como dito alhures.

Nesse rumo, têm entendido os Tribunais, senão vejamos *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. DOLO OU CULPA DO EMPREGADOR NÃO COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. O entendimento que vem sendo firmado por esta Turma é no sentido de que a responsabilidade do empregador para reparação do dano pleiteado, depende da comprovação de dolo ou culpa no acidente sofrido, por aplicação da responsabilidade subjetiva prevista no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. No caso em análise não houve prova da culpa ou do dolo da reclamada. Ao contrário, visto que após o equipamento ter sido submetido à assistência técnica não foi constatado nenhum defeito. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece. 7º XXVIII Constituição Federal (775008920065020087 77500-89.2006.5.02.0087, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 11/05/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2011, undefined).

Na aplicação da teoria objetiva, em determinadas situações, deve se abrir a oportunidade de o causador do dano provar se agiu dentro dos ditames legais, se cumpriu o contrato ou se nada contribuiu para o evento danoso como forma de impedir o locupletamento ilícito da vítima.

2.4. Efeitos da Responsabilidade Civil

Quanto aos efeitos podemos dividir a responsabilidade civil em principal, solidária e subsidiária.

A responsabilidade principal está relacionada ao responsável direto, ou ainda que indiretamente pelo fato de não existir corresponsável, conforme leciona Raimundo Simão de Melo⁴⁰: “Principal é a responsabilidade única de alguém, que responde sozinho por uma obrigação.”

Por outro lado, na responsabilidade solidária, há multiplicidade de sujeito passivo, responsável pela obrigação.

O efeito da solidariedade é de que, qualquer devedor sozinho é responsável pela dívida toda, e se um devedor pagar sozinho poderá se voltar em face aos outros codevedores e receber a diferença que pagou a mais, considerando esse direito de se voltar aos outros devedores via regressiva⁴¹.

Solidariedade não se presume, pois somente decorre da lei, chamada de obrigações puramente solidárias ou da vontade das partes denominadas de solidariedade perfeita.

A solidariedade tem caráter subjetivo, pois leva em conta a pessoa, ou seja, o sujeito da obrigação, e ainda que haja transformação da obrigação em perdas e danos, a solidariedade continua existindo⁴².

Quando houver transmissão hereditária na obrigação solidária, ocorrendo a morte do codevedor, a obrigação desaparecerá.

Já na hipótese de transmissão hereditária, a solidariedade se dá com o devedor original, portanto, ocorrendo à morte deste extingue aquela, porém com os demais codevedores a solidariedade permanece igual⁴³.

No caso de morte do codevedor solidário os herdeiros são responsáveis pela obrigação no limite de sua cota parte, com exceção se a obrigação for indivisível.

⁴⁰MELO Raimundo Simão, Op. cit p.49.

⁴¹ Art. 275, CC: O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

⁴² Art. 271, CC: Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade.

⁴³ Art. 276, CC: Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, (...)

Na solidariedade os atos bons se espalham aos outros, contudo os atos negativos só afetam o que o praticou, dessa forma, a vinculação do ato somente se dá quando trazer benefícios aos demais codevedores.

Na solidariedade não há benefício de ordem e sua extinção se dá com o pagamento.

A aplicação da responsabilidade solidária tem previsão legal nas hipóteses de grupo de empresa⁴⁴, e nos atos de terceiros⁴⁵.

Quanto à responsabilidade subsidiária, Raimundo Simão de Melo, leciona que:
⁴⁶ “(...) tem aplicação quando o devedor principal não tem condições de arcar com as obrigações inadimplidas, sendo chamado a responder o devedor subsidiário, que se responsabilizará pelo pagamento da quantia devida ao credor.”

A responsabilidade subsidiária embora seja uma espécie de responsabilidade solidária somente ocorre no pólo passivo, diferente da solidariedade que pode ser tanto no pólo passivo quanto no ativo.

Trata-se de uma obrigação supletiva, admitindo-se o benefício de ordem, qual seja a possibilidade de esgotar todos os meios de cobrança do devedor principal para depois de exaurida todas as possibilidades de receber a obrigação cobrar o devedor subsidiário.

Ocorrendo o pagamento pelo devedor subsidiário este tem o direito de ação regressiva contra o devedor principal.

Raimundo Simão de Melo⁴⁷ aponta clara distinção dizendo que: “Na solidariedade, as responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente os corresponsáveis, enquanto que, na subsidiariedade, há uma estratificação vertical, implicando o chamamento sucessivo dos responsáveis, sendo chamado primeiro o principal e depois o subsidiário, num benefício de ordem.”

Assim, podemos concluir que o efeito de tais tipos de responsabilidade se baseia no sentido de que se houver apenas o devedor principal como único não há que se falar em solidariedade ou subsidiariedade.

⁴⁴ Art. 2º, § 2º, CLT: Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

⁴⁵ Art. 942, § único, CC: São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

⁴⁶ MELO Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 49.

⁴⁷ Ibidem, p.50.

Em contrapartida, na hipótese de solidariedade a obrigação pode ser cumprida por um, por todos ou qualquer um que o credor escolha, sem que isso demonstre renúncia⁴⁸.

Por fim, quando se fala em responsabilidade subsidiária há que se respeitar a ordem preferencial de cobrança, ou seja, o benefício de ordem cobrando primeiro o devedor principal e somente após a impossibilidade do pagamento da obrigação por este que se acionará o devedor subsidiário.

2.5. Excludentes da Responsabilidade Civil

Há excludentes da responsabilidade civil objetiva, da responsabilidade civil subjetiva, como também há situações que exoneram o responsável pela indenização não por previsão legal, mas pela vontade das próprias partes envolvidas na relação jurídica, como no caso em que a vítima renuncia ao direito de receber a indenização e na hipótese de existir a cláusula de não indenizar.

Começemos pelas excludentes da responsabilidade civil objetiva. Nesse rumo, Sílvio de Salvo Venosa⁴⁹ “leciona que: São excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.”

Vale dizer que, uma das hipóteses de extinção do nexo causal se dá quando houver culpa exclusiva da vítima.

Na hipótese de culpa concorrente, o valor da indenização poderá ser atenuado⁵⁰ se a lei não trouxer ressalva, mas quando a lei trouxer como no caso do dano nuclear, ainda que seja culpa exclusiva da vítima o responsável deverá indenizar.

No que tange a força maior, o artigo 501 da legislação trabalhista conceitua como todo acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador, e para a

⁴⁸ Art. 275, § único, CC: Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 55.

⁵⁰ Art. 945, CC: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor.

realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente, enquanto podemos dizer que o caso fortuito são situações imprevisíveis que não podem ser controladas pelo homem.

Quanto à indenização o artigo 393 do Código Civil reza que:

Art.393, CC: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Já o artigo 502, inciso II da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que:

Art. 502, II, CLT: Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte: II- não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa;

É de se observar a distinção, pois no regramento civil o devedor é liberado totalmente da indenização no caso de força maior, por outro lado, na legislação trabalhista somente se permite a redução pela metade e quando comprovado que a força maior tenha afetado substancialmente a situação econômica do empregador, pois o empregado não pode assumir os riscos da relação contratual.

No fato de terceiro, há que se observar se este agiu sozinho para a ocorrência do dano, pois caso tenha a contribuição do responsável direto pela indenização não deve ser utilizado como excludente da responsabilidade civil.

Silvio de Salvo Venosa⁵¹ leciona que: “O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal.” Segundo o mesmo autor o fato de terceiro deve ser equivalente a força maior.

Na esfera trabalhista há que se analisar se o ato praticado por terceiro não decorreu de causador concorrente, preposto ou até mesmo colega da vítima.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 65.

Nesse rumo, têm entendido os tribunais, senão vejamos *in verbis*:

RECURSO DO RECLAMANTE. REFAP S/A - RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO. TERCEIRO No entender da Turma Julgadora, vencida a Relatora, aquele que, ainda na condição de dono da obra, firmou contrato de empreitada com empresa que contratou o demandante, é responsável, de forma subsidiária, pelos créditos reconhecidos na sentença, com base na responsabilidade mínima por ato de terceiro. Recurso parcialmente provido. (...) (429006020085040202 RS 0042900-60.2008.5.04.0202, Relator: TÂNIA MACIEL DE SOUZA, Data de Julgamento: 16/06/2011, 2ª Vara do Trabalho de Canoas, undefined)

Quanto à cláusula de não indenizar, diz ser parte integrante de um negócio jurídico, a qual possibilita a exoneração total ou parcial da responsabilidade por indenização caso ocorra o prejuízo nos limites avençado pelas partes.

Nessa toada, leciona José Affonso Dallegrave Neto⁵²: “Diante de tais considerações, conclui-se que as chamadas excludentes de ilicitude abrangem atos que causam danos a terceiros, mas que o legislador o justifica mediante juízo de ponderação que leva em conta o real interesse do agente.”

No que tange às hipóteses de exclusão de responsabilidade civil subjetiva as mesmas estão previstas na legislação, quais sejam, a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, também o caso fortuito e a força maior.

⁵² NETO, José Affonso Dallegrave. Responsabilidade Civil no Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 169.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Diógenes Gasparine⁵³ conceitua a Responsabilidade Civil do Estado: “como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável.”

A Responsabilidade Civil do Estado se distingue da responsabilidade contratual, da qual deriva suas cláusulas de responsabilidade, ou até mesmo a responsabilidade criminal, por cometimento de crimes ou contravenção penal.

A Responsabilidade Civil do Estado trata da responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, uma vez que, sua configuração se dá pela prática de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, material ou jurídico, conforme conceito supracitado independentemente de contrato ou criminalidade praticada.

O ordenamento pátrio prevê a obrigatoriedade da recomposição do patrimônio daquele que foi prejudicado por ato lesivo de outrem da maneira mais completa possível, senão vejamos o que o artigo 402 do Código Civil dispõe *in verbis*:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Na mesma toada, visando à inteira recomposição do patrimônio lesado, o Supremo Tribunal Federal determina inclusive o índice de correção monetária por intermédio da Súmula 562, senão vejamos *in verbis*:

Súmula 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária.

A base da Responsabilidade Civil do Estado está na prática de ato lícito ou ilícito fundada na legislação vigente, inclusive com amparo expresso pela Carta Magna, senão vejamos *in verbis*:

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

⁵³ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.896

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Diante do exposto, observamos que a responsabilidade civil do Estado se pauta na obrigação do Poder Público responder pelos danos que causar a terceiros no exercício da função pública, pois todo agente que gerar dano induzirá a uma indenização do particular pelo Estado.

3.1. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado

Quanto à evolução da Responsabilidade Civil do Estado houve acontecimentos distintos em que num deles o Estado absolutista era totalmente irresponsável civilmente diante dos prejuízos que causasse aos administrados, ainda que nesse período houvesse um abrandamento de tal irresponsabilidade por previsões esparsas.

Nessa época imperava o seguinte brocardo “O rei não pode fazer mal” e “o rei não erra”, período esse considerado Brasil - colônia.

Leciona ainda Diógenes Gasparini que:⁵⁴ “O princípio da responsabilidade dos agentes públicos, em lugar da responsabilidade do Estado, foi consagrado, entre nós, na Constituição de 1824, no item 29 do art. 179, ressalvado o Imperador, que não estava submetido a qualquer responsabilidade (...)”.

Num segundo momento, houve o Estado liberal o qual tinha a responsabilidade por culpa civil do Estado, obrigando ao mesmo indenizar toda vez que um de seus agentes causasse dano por meio de culpa ou dolo, caracterizando assim a responsabilidade subjetiva do Estado prevista hoje em nosso Código Civil artigo 43, conforme abaixo transcrito:

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 causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Corroborando nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho leciona que⁵⁵:

⁵⁴ GASPARINI, Diogenes. Op. cit p.898

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237.

(...) o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Como pessoa jurídica que é, o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria. Estas, só os seres físicos as possuem. Não podendo agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, a vontade e a ação do Estado são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos. Pela teoria do órgão (ou organicista) o Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções. Tal como o ser humano, é dotado de órgãos de comando (políticos) que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes humanos que neles atuam, mas sim do próprio Estado (...).

A evolução da responsabilidade do Estado pode ser considerada frágil à primeira vista, uma vez que, o administrado tinha a necessidade de provar a culpa do Estado diante da prática culposa ou dolosa do agente causador do dano além de ter o administrado que provar o dano sofrido propriamente dito.

Por esse motivo, surge à culpa administrativa, qual seja a denominada culpa anônima e segundo o ensinamento de Hely Lopes Meirelles⁵⁶:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da administração.

Nesse raciocínio, não se fala apenas da culpa na ação ou omissão do agente, pois se acrescenta a falta de serviço prestado pela Administração Pública como causa geradora da debatida responsabilidade.

Na culpa administrativa, o administrado tinha o ônus de provar a culpa do serviço, também chamada de teoria *faute du service*, o que deu ensejo à teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa, sinônimo da teoria patrimonial objetiva ou do risco administrativo, uma vez que, o serviço deve ser realizado com eficiência e qualidade, inclusive com proteção no Código de defesa do Consumidor em seu artigo 22, senão vejamos *in verbis*:

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 626.

Art. 22, CDC: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único – Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e reparar os danos causados, na forma prevista neste Código".

Destarte, comprovada a necessidade da teoria do risco administrativo, ou seja, a responsabilidade de natureza objetiva do Estado, ainda que a conduta seja omissiva se dessa resultar danos a terceiros e havendo o nexo causal; o Estado deve reparar.

Não fora assim, dificultaria ademais ao administrado a recomposição de seu patrimônio, pela dificuldade em angariar provas satisfatórias para demonstrar a ineficiência ou falta do serviço prestado, bastando, portanto, a comprovação do nexo causal entre o dano e a deficiência ou ausência do serviço pela Administração, quando essa tinha a obrigação de realizá-lo.

Não obstante, ainda hoje haja divergência doutrinária no sentido de se considerar a responsabilidade subjetiva nas condutas omissivas que causarem danos a terceiros como leciona Diogenes Gasparini⁵⁷:

Em suma, o Estado responde hoje, subjetivamente, pelos danos advindos de atos omissivos se lhe cabia agir (responsabilidade determinada pela teoria da culpa do serviço) e responde objetivamente, com fulcro no art. 37, §6º, da Constituição Federal, por danos causados a terceiros decorrentes de comportamentos lícitos, enquanto o seu agente causador direto do dano responde, sempre subjetivamente, consoante prescreve a parte final desse parágrafo.

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.913

Em contrapartida, o Colendo Supremo Tribunal Federal, declina no sentido de o Estado indenizar na hipótese de atos comissivo ou omissivos independentemente da comprovação da falta de serviço quando se tratar de risco administrativo⁵⁸.

Nessa toada, complementa Flávia Cristina Moura de Andrade que: ⁵⁹“(...) se o dano, independentemente de ter sido causado por uma ação ou omissão estatal, ocorreu em razão da guarda de pessoas ou coisas perigosas, a responsabilidade será objetiva. Ex.: detento morto em presídio em razão de briga (...)”

Em consonância ao disposto pelo Supremo Tribunal Federal, podemos concluir que, basta ao administrado comprovar o dano sofrido e o nexos causal da atividade administrativa, que o Estado já é tido como responsável pelo pagamento da indenização.

Afinal, o administrado não poderia continuar desamparado pelo ordenamento jurídico quando não conseguisse provar a culpa do agente causador do dano pelo fato de ser a parte mais frágil dessa relação jurídica.

Sendo assim, basta à comprovação do dano causado ao terceiro e o nexos da atividade administrativa ou omissão do serviço o qual deveria ter sido prestado pelo Estado e não o foi, com o consequente prejuízo ao administrado que surge para este, a obrigação de indenizar por àquele.

A teoria do risco administrativo se baseia tão somente na possibilidade do risco de que a atividade administrativa represente, não obstante, permita ao Estado colher provas a fim de demonstrar a culpa exclusiva da vítima, ou a inexistência de sua atuação para a configuração do resultado danoso a fim de ter excluída sua responsabilidade⁶⁰.

Por outro lado, a teoria do risco integral, não permite qualquer tipo de prova cuja intenção seja de excluir a responsabilidade estatal, bastando apenas à atuação do

⁵⁸ Agravo regimental em agravo de instrumento.2. Morte de detento, dentro de penitenciária, por colega de carceragem.3. Responsabilidade objetiva do Estado. Configuração do nexos de causalidade em razão do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Precedentes.4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada.5. Agravo regimental a que se nega provimento.(838889 GO , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 29/03/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00258, undefined)

⁵⁹ ANDRADE, Flávia Cristina Moura. Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2010, p. 209.

⁶⁰ “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la. Precedentes” (STF, AI 636.814- AgR, rel. Min. Eros Grau, J. 22.05.2007, DJ 15.06.2007).

Estado da qual gere dano ao administrado para que esse último tenha direito à indenização.

Corroborando nesse sentido, Flávia Cristina afirma que: “Aqui o Estado não poderá se eximir da obrigação de indenizar de forma alguma, pois não são admitidas quaisquer excludentes de responsabilidade”.⁶¹

Vale dizer que, a teoria do risco integral não foi aceita em nosso ordenamento jurídico, com exceção das questões de acidente decorrente de material bélico, questões ambientais e questões nucleares conforme dispõe o artigo 4º da Lei n. 6.453/77 *in verbis*:

Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

Afora essas possibilidades não há que se falar na aplicação da teoria do risco integral, pois nessa teoria não há excludentes nem atenuantes de responsabilidade, equiparando o Poder Público a um segurador universal como expressa as doutrinas esparsas, permitindo que qualquer dano seja indenizado.

Tangível aos olhos, a impossibilidade de sua aplicação porque inviabilizaria a própria razão de ser do Estado, motivo pelo qual se adotou a teoria do risco administrativo.

3.2. Conseqüências e Espécies de Responsabilidade Civil do Estado

Para a maioria da doutrina existem distintas teorias na evolução histórica da Responsabilidade Civil do Estado, no sentido de que ao falar na teoria da culpa o Poder Público somente indenizava quando o terceiro comprovasse o dolo ou a culpa do agente causador do dano.

Já na responsabilidade por culpa ou anônima, denominada teoria do acidente administrativo, não se individualizava a conduta do agente causador do dano, pois nem sempre conseguia identificá-lo ou definir a amplitude da conduta, se agiu com

⁶¹ ANDRADE, Flávia Cristina Moura. Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2010, p. 207.

dolo ou culpa, dispensando-se então a identificação do agente bastando para tanto a falta do serviço.

A teoria do acidente administrativo foi intermediária entre a teoria subjetiva civil e a publicista objetiva. Ensejando assim, as teorias do risco integral, mencionada anteriormente, e a do risco administrativo da qual o Estado é obrigado a indenizar por dano causado por seu exercício independente de ser por ação ou omissão desde que, haja o nexo lógico entre o dano e a conduta praticada.

Em suma, quando falamos de responsabilidade objetiva do Poder Público tratamos de uma relação entre o administrado e o Estado, pois nesse caso para que haja a indenização não haverá julgamento entre dolo ou culpa, bastando o dano efetivo e o nexo causal da função pública.

Por outro lado, quando se trata de responsabilidade subjetiva, a relação em tela se refere entre o Estado e o agente público causador do dano, pois nessa hipótese há que se avaliar se o dano foi gerado por dolo ou culpa desse último, razão pela qual possibilitará ao Poder Público usufruir da ação de regresso.

3.3. Conseqüências e Espécies de Responsabilidade Civil do Estado

Diógenes Gasparini ⁶² cita duas espécies de responsabilidade, quais sejam:

- a) A responsabilidade com culpa, da qual se desdobra na responsabilidade do agente ou civil ou subjetiva, como também na responsabilidade do serviço ou administrativa.
- b) A responsabilidade sem culpa na qual também há desdobramento, sendo a responsabilidade do risco administrativo ou objetiva do risco integral.

⁶² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.898.

Há responsabilidade por ato legislativo, como exceção, pois em regra não se aplica em nosso ordenamento, e conforme o ensinamento de Diogenes Gasparini: “(...) a edição de lei inconstitucional pode obrigar o Estado a reparar os prejuízos dela decorrentes. Fora dessa hipótese, o que se tem é a não obrigação de indenizar.”⁶³.

Todo ato legislativo desfruta da presunção de constitucionalidade por isso há necessidade da comprovação de inconstitucionalidade no caso concreto.

No que tange a responsabilidade judicial a regra é da não responsabilização do Estado em face dos atos jurisdicionais com exceção do que determina o artigo 5º, LXXV, da Lei Maior, senão vejamos *in verbis*:

Art. 5º, LXXV. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Nesse ponto, há a implicação de um erro judiciário, tendente, inclusive, a ser reconhecido pela demora injustificada da prestação jurisdicional, até mesmo na hipótese de o magistrado errar no conteúdo a ser declarado na sentença ou ainda por indeferimento de liminar ou tutela antecipada que gere prejuízo irreparável pela não concessão quando preenchidos os requisitos para o seu cabimento.

Contudo, a responsabilidade administrativa é aquela com maior incidência.

Para a caracterização da responsabilidade com culpa do agente ou civil ou subjetiva se faz necessário a presença dos seguintes elementos: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, pois a culpa e o dolo são pressupostos específicos para a configuração desse tipo de responsabilidade.

Deste modo, na responsabilidade do serviço ou na administrativa, da qual proveio a teoria da *faute du service*, mencionada alhures, com a ideia de que a culpa se dá em razão do serviço público e não mais do agente estatal, cabe a responsabilidade ao Estado, independentemente da identificação do agente causador do dano.

Desde que comprovada a falta do serviço ou o mau funcionamento do mesmo, pois a responsabilidade do Estado sobre esse enfoque decorre da falha do serviço em si, porque este não funciona ou funciona mal ou tardiamente e não simplesmente por identificar o causador do dano.

Vale ressaltar que essa culpa não é presumida, pois o administrado deve comprovar a falha ou inadequação da prestação do serviço público.

⁶³ GASPARINI, Diógenes Op cit, p.905.

No que diz respeito à responsabilidade sem culpa da qual deriva a responsabilidade do risco administrativo ou integral convém dizer que, nessa teoria o Estado está obrigado a indenizar o dano não somente quando este resultar de culpa do agente estatal ou de falha do serviço, mas também dos decorrentes de atos lícitos ou ilícitos.

Nessa teoria, não se fala na culpa do agente público ou na falta de serviço, pois para que se responsabilize a Administração, basta tão somente o risco de que a atividade estatal proporcione aos administrados e que desse risco se resulte em dano.

Partindo dessas premissas, surge a responsabilidade objetiva, a qual basta para o administrado lesionado provar a conduta do agente estatal juntamente com o dano e o nexo de causalidade para que o Estado tenha obrigação de indenizar, independentemente de culpa ou dolo da vítima.

Em resumo, conforme as palavras de Flávia Cristina:⁶⁴

(...), na teoria do risco integral basta o dano, mesmo que justo (oriundo da culpa da própria vítima), enquanto na teoria do risco administrativo há a exigência de dano injusto, ou seja, dano ocasionado sem culpa ou dolo da vítima, em função de ato praticado por agente público nesta condição (também mesmo sem dolo ou culpa); se o dano for “parcialmente justo”, por esta última teoria, reparte-se a responsabilidade entre a vítima e a Administração.

3.5. Fundamentos e Prescrição da Responsabilidade Civil do Estado

Deve se distinguir entre as espécies de responsabilidade do Estado e o fundamento do qual enseja essa responsabilidade, e conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁵: “Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar sobre a justificativa da existência de tal responsabilização.”

⁶⁴ ANDRADE, Flávia Cristina Moura. Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2010, p. 207.

⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros Editores Ltda, 2002, p.848.

A doutrina aponta fundamentação bipartida qual seja baseada nos princípios da legalidade e no princípio da igualdade, sendo que o Poder Público responde pelos atos lícitos e ilícitos.

Dessa forma, o Poder Público ao atuar no exercício regular de sua função cuja permissão está na Constituição Federal, age de forma autorizada caracterizando-se o ato como lícito, assim, caso venha ocorrer o dano deverá indenizar, pois tem como fundamento o princípio da igualdade.

Nessa hipótese, não haverá ação de regresso contra o agente causador do dano, pois agiu esse último com base no princípio da supremacia do interesse público em que o interesse público prevalece sobre o do particular.

Por isso, há necessidade de observar que não basta ser o agente causador um agente público, mas que esse esteja a serviço da administração executando tarefa para a administração ou pela administração ou ainda por, simplesmente, ordem da administração.

Por outro lado, se a conduta praticada pelo administrador estatal decorrer de ato ilícito será violação da Lei, pois como a administração somente pode agir de acordo com a Lei e se assim não for e causar dano ao administrado irá indenizar com fundamento no princípio da legalidade.

O ato omissivo pode caracterizar um dano a terceiros, uma vez que, o Estado venha faltar com o serviço quando sua obrigação era de fazê-lo, nesse caso há divergência sobre o fundamento sendo que uma parte da doutrina entende ser responsabilidade subjetiva ensejando a necessidade de comprovar o dolo ou a culpa.

Há exemplo disso, nas hipóteses em que o Estado não se atentou ao desentupimento de bueiro, causando inundação nas residências limítrofes, não tapou buracos causando acidentes⁶⁶ etc.

Leciona Celso Antonio Bandeira de Mello que⁶⁷: “Nessas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.”

⁶⁶Constitucional. Administrativo. Acidente de trânsito. Agente e vítima: servidores públicos. Responsabilidade objetiva do estado: CF, art. 37, § 6º. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo terceiro contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não.” (AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/10/05).

⁶⁷Constitucional. Administrativo. Acidente de trânsito. Agente e vítima: servidores públicos. Responsabilidade objetiva do estado: CF, art. 37, § 6º. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo terceiro contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo

Eis o porquê da denominada responsabilidade civil, visto que não se trata de responsabilidade administrativa nem penal, mas tão somente pecuniária efetivada por meio de uma indenização que o Estado venha a realizar ao administrado o qual tenha sofrido um dano por intermédio de um exercício público.

Nesse ponto, fundamenta-se numa responsabilidade extracontratual, por não se referir a um contrato, mas a uma relação institucional a qual decorre expressamente da Lei Maior, cujas partes são o Estado e o particular.

Quanto à conduta comissiva não paira dúvida em reconhecê-la como responsabilidade objetiva, pois o Estado tem o poder dever derivado da lei, do qual pode limitar a liberdade do cidadão a fim de realizar a função pública e se dessa função causar prejuízo ao administrado deve indenizar.

Quanto à prescrição, o artigo 1º - C, da LEI Nº 9.494, DE 10-09-97, estabelece que: "prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos".

O administrado tem cinco anos para pleitear pela indenização por uma ação contra o Poder Público e extensivamente contra as pessoas jurídicas de direito privado.

Corroborando nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁸

Vale dizer que a prescrição quinquenal contra a fazenda pública, nesse caso, estendeu-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, expressão que abrange não só as entidades integrantes da Administração Indireta, como também as concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título.

O direito de regresso do Poder Público contra o agente causador do dano não prescreve conforme dispõe o artigo 37, 5º da Constituição Federal, vejamos *in verbis*:

Art. 37, § 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não." (AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/10/05).

⁶⁸ PRIETO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p.664.

A possibilidade de afastar a responsabilidade estatal deve ser analisada no caso concreto, pois se trata da ocorrência de caso fortuito, força maior ou ainda culpa da vítima.

Caso ocorra uma das hipóteses supracitadas, abre-se a possibilidade de se excluir ou mitigar a responsabilidade do Poder Público de indenizar, por ato praticado pelo agente público no exercício de sua função.

A administração não responde por atos praticados por terceiros alheios á função pública.

Nesse sentido, leciona Diógenes Gasparini:⁶⁹

Com efeito, o dever de recompor os prejuízos só lhe cabe em razão de comportamentos danosos de seus agentes e, ainda assim, quando a vítima não concorreu para o dano, embora nessa hipótese se possa afirmar que o Estado só em parte colaborou para o evento danoso. Se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso atribui se - lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição (...)

A culpa da vítima possibilita ponderar os valores da indenização ou excluir o dever de indenizar do Poder Público, conforme a intensidade de participação daquela para ocorrência do fato danoso.

O caso fortuito ou força maior decorre da teoria da imprevisão, pois se considera um evento da natureza ou da ação humana, contudo, ainda que irresistível ou resistível, continuará imprevisível, desde que não tenha contribuição de conduta culposa do Estado, o que não lhe afastaria nesse caso a responsabilidade de indenização.

Enfatiza esse entendimento, Diógenes Gasparini: “Destarte, demonstrado que o dano é decorrência de acontecimentos dessa ordem, não há o Estado que indenizar, dado não ter sido causador do dano” (...)

⁶⁹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 902.

4. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a abertura do desenvolvimento mundial econômico, cultural e político resultante da globalização, exigiu-se do Estado à necessidade de adotar novos métodos de gestão, a fim de diminuir o déficit estatal, reduzir custos e acompanhar a concorrência global.

Nesse sentido, complementa Antônio Alvares da Silva que:

A economia mundial transcende o poder político e, nos lugares em que não o ultrapassa, com ele concorre em aceitação, pois cria empregos, dinamiza a economia e produz bens e serviços que elevam o nível da vida e melhoram a situação social, enquanto os governos, sem dinheiro e exauridos pela corrupção, atuam com limitações e falta de recursos⁷⁰.

Nesse cenário evolutivo o Estado participa de uma concorrência mundial, na qual precisa evitar o crescimento descontrolado da máquina administrativa, induzindo o Ente Público a se valer da terceirização em funções especializadas ou atividades temporárias por intermédio do Decreto-Lei n. 200/67.

Pelo instituto da terceirização a administração pública passou a transferir a terceiros a prestação de serviços ou fornecimento de bens, desvinculados da sua atividade fim, terceirizando as atividades acessórias por meio de contrato administrativo com objetivo de reduzir custos e dar maior eficiência aos serviços prestados.

⁷⁰SILVA, Antônio Álvares da. Globalização, Terceirização e a Nova Visão do Tema pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: LTr, 2011, p. 18.

No decreto n. 2.271/97 encontramos a regulamentação dos serviços que podem ser realizados de forma indireta pela Administração Pública, tais como conservação e limpeza⁷¹, segurança, vigilância, transporte, informática entre outros.

Esse mesmo decreto prevê as hipóteses em que não é permitida a transferência para execução indireta, tais como as referentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, excepcionando no caso de haver previsão legal dispondo ao contrário ou na hipótese de extinção total ou parcial na esfera do quadro geral de pessoas.

O Estado terceiriza a coleta de lixo, transporte público, medição de consumo de água, gás, de energia elétrica, distribuição de contas e assistência técnica nessas áreas específicas, além do que tange a esfera de concessão e permissão.

Há terceirização de frota de veículos abrindo-se discussão até no sentido de terceirizar os presídios.

Nesse rumo, leciona Sérgio Pinto Martins:

O que se tem visto é que o Estado, ao fazer terceirização, reduzirá a burocracia estatal, procurando desenvolver apenas a atividade em que é especializado, deixando as atividades secundárias nas mãos do particular, que é mais eficiente. Mostra também uma forma de recolocação de receitas para cumprimento das reais responsabilidades, do Estado, com a diminuição de custos.

⁷¹ 29/jun/2011 . 22:53 Economia, Política **Autor: Paulo Nunes** 2 comentários O projeto de lei que proíbe o governo de “terceirizar” as atividades de natureza permanente foi aprovado hoje (quarta,29), na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado. De autoria do senador Walter Pinheiro (PT-BA), o PLS 172/11 segue agora para tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).De acordo com o projeto (PLS 172/11), que recebeu parecer favorável do relator Paulo Paim, (PT-RS), são consideradas atividades de natureza permanente os serviços de copa, vigilância, limpeza e conservação de edifícios públicos, os serviços de atendimento ao público – pessoal ou por meio eletrônico – de qualquer natureza, os serviços de varrição de vias e logradouros público e os serviços de coleta de lixo, “além de outras atividades atinentes ao objeto e funcionamento do ente da administração e que não tenham caráter eventual”. Atualmente, a lei permite a “terceirização” das atividades desde que elas não estejam vinculadas à atividade-fim do órgão em questão. Pinheiro argumenta que isso criou “um gigantesco contingente de trabalhadores de segunda classe – os terceirizados – que não dispõem, na prática, de qualquer proteção social”.O senador da Bahia afirma ainda que muitas das prestadoras de serviço contratadas pelo governo “são entidades de fachada, verdadeiras arapucas cujo único fim é o de garantir a contratação pelos entes da administração pública”. Tais empresas, de acordo com o senador, “caracterizam-se pela sistemática denegação dos direitos trabalhistas de seus empregados e pela sonegação das contribuições e impostos decorrentes do contrato de trabalho”.Entre as atividades que não estão incluídas na proibição estão as relacionadas a obras, a serviços de natureza “puramente eventual” e a serviços de coleta, processamento e comércio de lixo reciclável efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda. <http://www.blogdopaulonunes.com/v3/2011/06/29/projeto-de-pinheiro-que-proibe-a-tercerizacao-no-servico-publico-foi-aprovado-na-cas-do-senado/>

O Decreto n. 200/67 apresenta hipóteses em que a Administração pode desobrigar-se da realização de tarefas executivas repassando-as à execução indireta por meio de contrato, para que assim evite o crescimento descontrolado da máquina e, por conseguinte a Administração realize as tarefas de controle, planejamento, coordenação e supervisão de uma forma mais eficiente.

Mais um dos aspectos que Sérgio Pinto Martins menciona é no sentido de que a Lei Complementar n. 101/2000 dispõe que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra referentes à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”, comprovando mais um suporte legal para o presente instituto.

Diante disso, há mais terceirizado do que concursados propriamente ditos, pois ao terceirizar desincumbe o Estado à limitação de gastos com funcionários de 60% prevista na Lei Complementar de n. 82/92.

A terceirização é um fenômeno irreversível, decorrente da globalização, não há como excluí-la do meio social, assim, como todo desenvolvimento, econômico ou político precisa de seu aperfeiçoamento e adequação com o direito, a terceirização carece de uma regulamentação específica⁷².

⁷² 13/06/2011 Regulamentação da Terceirização é aprovada na Comissão do Trabalho da Câmara dos Deputados. Após sete anos de tramitação interrompida, o PL 4330/2004, de autoria do deputado Sandro Mabel (PL/GO), que regulamenta a terceirização, foi aprovado pela Comissão de Trabalho da Câmara dos Deputados (CTASP). Ao instituir uma base legal para o trabalho terceirizado, o projeto sana indefinição atual em que o entendimento sobre hipóteses de cabimento do contrato de terceirização e obrigações decorrentes, varia nos tribunais trabalhistas. Paralelamente, são assegurados ao trabalhador terceirizado todos os direitos e garantias trabalhistas previstos na CLT. A permissão de celebração de contratos de prestação de serviços, tanto para “atividades fim” como para “atividades meio”, confere maior flexibilidade às estratégias organizacionais, em benefício da maior competitividade das empresas nacionais. A determinação de que a empresa tomadora dos serviços responde por débitos decorrentes do trabalho terceirizado, somente se a empresa fornecedora de mão-de-obra não honrá-los, (responsabilidade subsidiária), confere maior segurança jurídica às empresas que optam por essa modalidade de contratação. A deliberação da matéria deve-se a articulação promovida pela CNI, desde o início desta legislatura, em parceria com demais confederações patronais, envolvendo principalmente: Mobilização para maior participação de parlamentares alinhados com as teses do setor produtivo na composição da CTASP; Mobilização, por meio da RedIndústria, das Federações das Indústrias e Associações Setoriais de âmbito nacional, para incentivar a presença de parlamentares dos respectivos estados na votação da matéria; e Reunião do Conselho de Assuntos Legislativos da CNI com o Presidente da Comissão, deputado Sílvio Costa (PTB/PE). O texto aprovado pela CTASP será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJC). A CNI deverá organizar mobilização junto à RedIndústria para assegurar a aprovação da matéria também nessa Comissão.

Razão pela qual, não há que se dar guarida à precarização dos direitos do trabalhador em prol do desenvolvimento econômico e social decorrente do modelo fordista da forma de produção para o toyotista, o qual ensejou a mudança da relação de trabalho bilateral para a trilateral, pois tal entendimento daria ensejo ao retrocesso social.

Resultado muitas vezes de uma efetiva relação de emprego travestida pela intermediação de mão-de-obra caracterizando-se Marchandage, cujo intuito do intermediador seja de se beneficiar do trabalho alheio, colocando a energia de trabalho como mercadoria, o que vai de encontro aos princípios e garantias fundamentais.

Não há que se aceitar de a Administração Pública, cujos interesses são secundários, se valer de legislação infraconstitucional com interpretação equivocada aos interesses primários quais sejam a garantia dos direitos trabalhistas de seus empregados terceirizados e a conseqüente valorização da dignidade humana.

Cumpra mencionar que, na prática há distinção no tratamento entre trabalhador efetivo e terceirizado o que quebra de uma forma ou de outra a igualdade entre os pares, a qual deveria existir num ambiente laboral. Sem falar na ausência de luta de classes, resultando na supressão dos direitos trabalhistas.

O referido instituto deve ser reavaliado na órbita da Administração Pública, pois embora sua origem seja pautada na evolução e economicidade, contudo, não é o que se tem mostrado efetivamente.

Observa-se que, a aparente economia dos gastos com mão-de-obra pela Administração Pública, muitas vezes tem obtido resultado inverso, frente aos inúmeros pleitos trabalhistas decorrentes das empresas intermediadoras inadimplentes.

Nota-se que, caso o valor pago à intermediadora como lucro pela transação da mão-de-obra do trabalhador, colocada como mercadoria, fosse repassado a este último, faria maior sentido em razão da proteção ao hipossuficiente trabalhador.

A Constituição da República em seu artigo 37 inciso II prevê que o ingresso em cargo ou emprego público deve ser por concurso público. Nesse enfoque, permitir a terceirização como forma corriqueira na Administração relativiza a obrigatoriedade de aplicação e respeito aos princípios constitucionais de proteção ao trabalhador.

Assim, como leciona Jorge Luiz Souto Maior:

Portanto, cabe a todos que compõe a sociedade, sobretudo aos sindicatos de servidores e às pessoas ligadas ao mundo jurídico, exigir que o Estado respeite a Constituição, mesmo que isto se faça para defesa do direito de outras pessoas, abstratamente consideradas, pois, do contrário, mais tarde, não se terá argumento da constitucionalidade para se proteger os direitos fundamentais de alguma agressão. Em outras palavras mais diretas, se o Estado não precisa respeitar a Constituição com relação aos seus servidores (“terceirizados”), por que precisaria fazê-lo com relação a cada um de nós?

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO

Pela ausência de legislação específica sobre a responsabilidade do Estado na terceirização, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com intuito de suprir a lacuna legislativa aplicava o artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho por analogia o que resultava na responsabilidade subsidiária da Administração nas causas em que a empresa contratada tornasse inadimplente.

Aludido entendimento se apresentava no verbete 331, IV, do respectivo Tribunal Laboral o qual previa a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela inadimplência da contratada, desde que fizesse parte da fase de conhecimento da ação, pela caracterização da culpa *in iligendo* e *in vigilando* por ter escolhido mal e não fiscalizado a referida prestadora de serviços.

Nesse entrosamento, o trabalhador deveria provar a prestação de serviços efetuada à empresa tomadora, por se tratar de fato constitutivo de seu direito a fim de que fosse incluído no pólo passivo da demanda o ente público como responsável subsidiário.

Por outro lado, havia um óbice legislativo quanto a essa posição no que tange ao artigo 71 parágrafo 1º da Lei 8.666/93 o qual previa que os encargos trabalhistas e previdenciários não poderiam ser transferidos à Administração Pública, excluindo-se qualquer tipo de responsabilidade quanto às verbas trabalhistas relacionadas ao contrato de terceirização.

Redação essa, modificada em 1995 pela Lei 9.032/95 passando a vigor da seguinte forma:

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.

Contrapondo o artigo supra transcrito o artigo 37, VI da Carta da República já dispunha que a Administração Pública tanto de direito público quanto de direito privado responderia pelos danos causados por seus agentes, assegurando direito de

regresso nos casos de culpa ou dolo reluzindo-se a dissonância entre tais regramentos.

Sobre esse prisma, resultou a aplicabilidade imediata da Súmula 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho toda vez que as empresas contratadas se tornassem inadimplentes quanto aos encargos trabalhistas.

Corroborando nesse sentido, a Resolução Administrativa n. 96/2000 do Tribunal citado, incluiu no enunciado alhures a responsabilidade dos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que participassem da relação processual e constassem no título executivo judicial.

Assim, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho que se tratava de responsabilidade direta da Administração e não mais subsidiária diante da *culpa in iligendo e in vigilando*.

O artigo 173 parágrafo 1º da Carta Magna prevê que as empresas públicas e as sociedades de economia mista nas relações trabalhistas se equiparam as empresas privadas, sendo responsáveis pelo adimplemento dos referidos encargos.

Nesse diapasão, era pacífico o entendimento da Corte Trabalhista no que diz a incidência da responsabilidade subsidiária⁷³ da Administração Pública quanto aos inadimplementos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços terceirizadas⁷⁴.

Contudo, diante das decisões da Justiça Laboral que condenava a Administração Pública como responsáveis subsidiárias ao adimplemento das verbas trabalhistas dos empregados terceirizados em disparidade ao artigo 71 da Lei de Licitações começaram serem proferidas várias liminares pelo Supremo Tribunal Federal em Reclamações e Agravos Regimentais em Reclamações ajuizadas pelos entes públicos condenados.

A Administração Pública utilizava o argumento de que o artigo 71 da Lei 8.666/93 não havia em momento algum sido declarado inconstitucional pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho.

⁷³ “ Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (...) IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade, subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações , inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71- da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários as Súmulas do TST. São Paulo: Atlas S.A, 2009. p. 214 – 218.

O que resultaria na obrigatoriedade do cumprimento do referido artigo da Lei de Licitações pela Justiça Laboral, a fim de não contrariar o artigo 97 da Carta da República o qual reza sobre a cláusula de reserva de plenário.

Diante desse cenário, em 24 de novembro de 2010 (informativo 610/STF) o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 por intermédio da ADC N. 16 – DF proposta pelo Governador do Distrito Federal.

Decisão essa que, reacendeu a discussão da responsabilidade da Administração Pública na terceirização.

Tecendo o argumento de que a Corte Trabalhista ao julgar em desfavor á Administração Pública, ainda de forma implícita denotava a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, o qual dispõe a não transferência dos encargos trabalhistas à Administração Pública na hipótese de inadimplência da empresa contratada.

Diante das Reclamações e Agravos Regimentais interpostos pelos entes condenados, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de os autos serem devolvidos ao juízo *aquo* com intuito de se ter proferidas novas decisões.

Nesse entendimento, reconheceu-se a violação da cláusula de reserva de plenário pelo órgão fracionário, conforme dispõe a Súmula Vinculante n. 10 do mesmo Tribunal.

E, acertadamente não se eximiu a possibilidade da responsabilidade subsidiária da Administração na hipótese da não fiscalização da empresa contratada.

O que denota na possibilidade de responsabilização extracontratual da Administração devendo o ente público responder pelas obrigações trabalhistas decorrentes de sua conduta culposa caracterizada como culpa *in vigilando* na ausência de fiscalização do devedor principal.

Segue as palavras do Ministro Relator Cezar Peluso:

Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.

É de se observar que, ao Tribunal reconhecer a constitucionalidade do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 não retirou da Corte Trabalhista a possibilidade de responsabilizar a Administração Pública subsidiariamente no caso concreto.

É certo que, referida responsabilidade não decorre do simples inadimplemento da contratada, mas sim pela possível irregularidade na contratação configurando culpa *in eligendo* ou pela ausência de fiscalização do ente tomador dos serviços denominando culpa *in vigilando* desde que comprovado.

Requisitos dos quais não se discutem na hipótese de terceirização ilícita, pois, nessa modalidade a responsabilidade da Administração Pública é subsidiária e incondicionada quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas. Nesse rumo, vejamos Helder Santos Amorim:

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, caput), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

Ante aos enfoques apresentados, a lei de licitações traz parâmetros dos quais se observados, diminui sobremaneira a possibilidade de lesão ao direito do trabalhador terceirizado.

Pois na aludida lei há imposição expressa ao ente tomador de serviços do poder-dever de fiscalização quanto às obrigações assumidas pelo contratado.

A Lei 8.666/93 em seu artigo 67 prevê ainda o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato por um representante da Administração Pública, especialmente designado ensejando inclusive na rescisão contratual caso haja descumprimento total ou parcial das obrigações, artigo 77 da lei supracitada.

A IN. n. 2/2008 do MPOG, também impõe à Administração Pública Federal a fiscalizar o cumprimento das obrigações das empresas contratadas desde a celebração do contrato, até mesmo devendo exigir a comprovação do pagamento das

contribuições previdenciárias e o depósito do fundo de garantia por tempo de serviços, bem como, de todas as obrigações antes de efetuar o pagamento mensal.

A referida Instrução Normativa coloca a obrigação de a Administração Pública fiscalizar de forma ampla, permitindo com inclusão a divisão em suas espécies, quais sejam: a fiscalização inicial, a fiscalização mensal, a fiscalização diária e a fiscalização especial.

Neste contexto, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou nova redação ao item IV da Súmula 331 e acrescentou os itens V e VI ao mesmo verbete, senão vejamos⁷⁵:

Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (...)
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. 8.666/93, 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 serviço abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

⁷⁵Na Semana do TST, jurisprudência é revista Texto Por Gáudio Ribeiro de Paula e Márcia Lovane Sott (...). Em virtude da dispersão dos temas entre os vários instrumentos de cristalização jurisprudencial e do natural processo de desatualização a que foram submetidos, com o advento de alterações legislativas supervenientes, no ano de 2003, o Tribunal houve por bem proceder a uma abrangente revisão de sua jurisprudência, o que resultou em uma ressystematização de seus verbetes, com a reunião de orientações jurisprudenciais e súmulas que versavam sobre as mesmas matérias (tal como se verificou, ilustrativamente, com a redação conferida à Súmula 6 sobre equiparação, a qual incorporou várias orientações jurisprudenciais), além de conduzir à edição e cancelamento de diversas súmulas. Após quase uma década, no dia 16 de maio deste ano, inaugurou-se a “Semana do TST”, que foi saudada como uma nova oportunidade para que os ministros pudessem fazer uma reavaliação de sua jurisprudência consolidada, desta vez de uma maneira mais pontual – em que foram debatidas apenas as questões mais polêmicas -, assim como de suas normas institucionais. (...) Entre os temas mais controvertidos no âmbito material, figurava a questão da responsabilidade trabalhista em caso de terceirização e de contrato de empreitada, a respeito dos quais versavam a Súmula 331 (...). Sobreleva notar que o mero cancelamento de uma súmula ou orientação jurisprudencial não autoriza a conclusão de que, inexoravelmente, houve a adoção de tese em sentido contrário pela Corte, mas a possibilidade de os seus órgãos jurisdicionais fracionários poderem decidir de forma mais livre, uma vez desvinculados da disciplina judiciária que os obrigava a observância da diretriz antes fixada. Gáudio Ribeiro de Paula assessor de ministro no TST, especialista e professor de Direito Material e Processual do Trabalho. Gáudio Ribeiro de Paula assessor de ministro no TST, especialista e professor de Direito Material e Processual do Trabalho. Márcia Lovane Sott analista judiciária no TST e especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Revista Consultor Jurídico, 26 de maio de 20117
<http://www.conjur.com.br/2011-mai-26/semana-tst-jurisprudencia-revista-supre-inercia-legislador>

A melhor forma de garantir os direitos do trabalhador seria em não terceirizar, mas contratar pela via constitucional qual seja por certame.

O direito do trabalhador não pode ser colocado em xeque pela negligência da Administração Pública, pois grosso modo não deve se contratar sem concurso público e, muito menos se aproveitar de uma regra quebrando a aplicação de várias outras entre elas a garantia dos direitos do trabalhador.

Contudo, diante da realidade fática em que a terceirização é um fenômeno irreversível, há de haver ponderação nos valores constitucionais garantidos ao trabalhador entre eles a valorização do trabalho e a proteção de sua dignidade.

Ao nosso sentir, a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 determinando o retorno dos autos ao juízo *aquo* acarretará ainda mais dissabor ao trabalhador num primeiro momento, pois quanto mais protelatório seja o deslinde do feito, maior será o prejuízo do obreiro.

Afinal, não há como retornar a energia de trabalho já despendida pelo trabalhador.

Mesmo por que, a probabilidade de a Administração Pública conseguir provas suficientes de que fiscalizou e cumpriu os requisitos legais a fim de retirar sua responsabilidade subsidiária será ínfima, o que poderá resultar na repetição dos conteúdos das sentenças já proferidas anteriormente a ADC N. 16.

Nesse prisma, entendemos a necessidade de haver uma ponderação nos efeitos decorrentes da declaração de constitucionalidade do referido artigo 71 da Lei de Licitações com o objetivo de não atingir as sentenças já prolatadas resguardando assim os interesses primários quais sejam precipuamente os direitos do trabalhador terceirizado.

CONCLUSÃO

No discorrer do presente trabalho procuramos enfatizar as alterações legislativas e jurisprudenciais mais importantes no que tange a responsabilidade do Estado na terceirização.

Concluimos que, uma das alterações mais importantes se deu na denominada “Semana do TST” a qual tratou de diversos temas polêmicos entre eles o da terceirização prevista na súmula 331 do respectivo Tribunal, o que para a sociedade contemporânea é considerado um fenômeno mundial sem retorno.

Observamos que, o Tribunal Superior do Trabalho dispôs no item IV da súmula 331 que a responsabilidade da Administração Pública frente à terceirização passou ser condicionada a comprovação da culpa do ente público.

E, diante do inadimplemento por parte do empregador se comprovada à culpa da Administração será essa responsável pela culpa dúplice, qual seja pelo motivo de: a) contratar uma empresa inidônea o que caracteriza culpa *in iligendo* b) culpa por não ter fiscalizado denominada culpa *in vigilando*.

Analisamos que, antes dessa alteração jurisprudencial o verbete dizia ser a responsabilidade inclusive dos entes da Administração Pública direta e indireta, ou seja, não havia nenhum condicionamento a respeito de existência ou não de culpa do ente público.

Em contrapartida, o artigo 71 parágrafo 1º da Lei 8.666/93 fala da ausência de transferência da responsabilidade das verbas trabalhistas à Administração, no sentido de que o ente público escolheu a contratada nos ditames legais por meio de licitação não cabendo a hipótese de *culpa in iligendo*.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, como dito alhures por intermédio da ADC N.16 ajuizada pelo governador do distrito federal, decidiu que o artigo 71 da Lei de Licitações é constitucional.

Sendo que, o Ministro Cezar Peluso foi bem categórico ao dizer que essa decisão não impediria a Justiça do Trabalho em situações pontuais de responsabilizar a Administração Pública pela falha na fiscalização.

Analisamos que, essa responsabilidade da Administração Pública era automática, inclusive tida por um dos Ministros durante o julgamento da ADC N.16

como um “carimbo” pronto pela Justiça do Trabalho, ou seja, toda vez que houvesse inadimplemento da contratada o ente público era incluído automaticamente na relação processual independentemente de culpa.

Completamos por fim que, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal a Justiça Laboral não pode mais generalizar nas condenações das reclamações trabalhistas, mas deve dar oportunidade de o ente público comprovar nos autos se houve ou não falha na fiscalização da contratada.

Observamos também que, o Tribunal Superior do Trabalho diante da ressalva apontada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal acrescentou o item V do verbete em discussão que a responsabilidade será caracterizada se evidenciada a conduta culposa da Administração, especialmente no que tange a fiscalização do cumprimento das obrigações da contratada.

Nesse cotejo, o Tribunal Laboral adicionou o item VI da súmula 331 enfatizando que todas as verbas decorrentes da condenação concernente ao período laboral serão alcançadas pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Vale à pena ressaltar que, em caso de descumprimento de multa no caso de convenção particular específica da empresa contratada não pode essa ser alcançada pela responsabilidade subsidiária da Administração por se tratar de punição personalíssima, a qual não se transfere.

Nesse diapasão, chegamos ao término do trabalho e observamos mais uma vez que, infelizmente, de tudo o que se discutiu e de tudo o que se inovou, a figura do trabalhador continuou fora de cena.

Comprovado no decorrer do trabalho que, enquanto a discussão se pauta na preocupação de garantir a irresponsabilidade da Administração, nada se falou da garantia do direito do trabalhador, ou seja, quem pagará a conta.

O que vai de encontro com o ideal de Justiça, o qual se funda em dar a cada um aquilo que é seu, pois em contrário senso na busca do lucro procuram cada um se aproveitar do que é do outro.

Nessa metáfora colocamos o aproveitamento de energia de trabalho dispensada pelos trabalhadores terceirizados por meio das tomadoras de serviço com a desculpa de que se fiscalizaram a contratada não têm responsabilidade quanto a garantir os direitos sociais mínimos do trabalhador.

E nesse jogo de empurra, quem acaba no buraco sempre é a parte mais fraca qual seja o trabalhador, o que denota a responsabilidade de nós aplicadores do direito

evoluirmos nos conceitos e na busca de valores imateriais entre eles a efetivação da garantia da dignidade humana do trabalhador.

Nesse diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho no dia 10 de agosto do corrente ano publicou por edital assinado pelo Ministro João Oreste Dalazen, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho a convocação de audiência pública a qual será realizada nos dias 04 e 05 de outubro do presente ano, com objetivo de se debater o tema terceirização.

Imperioso dizer que, essa atitude da Corte Trabalhista em ouvir todos os que são envolvidos ou poderão de alguma forma ser atingidos pelas futuras decisões, denota uma atitude louvável, e comprova a função da Justiça Laboral em cumprir efetivamente seu papel social, jurídico, democrático tanto enfatizado no trabalho apresentado.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Flávia Cristina Moura. Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso De Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

JOÃO, Paulo Sérgio; Manus, Pedro Paulo Teixeira et tal. ... Temas em Direito do Trabalho I Direito Material Individual. São Paulo: LTr, 2008.

MAIOR, José Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito Do Trabalho. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários as Súmulas do TST. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

MARTIN, F. Les mots latins. Paris: Haachette, 1941.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros Editores Ltda, 2002, p.848.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamento das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva 2003.

NUNES, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, José Affonso Dallegrave. Responsabilidade Civil no Direito Do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

NETO, José Affonso Dallegrave. Direito do Trabalho Contemporâneo: Flexibilização e Efetividade. São Paulo: LTr, 2003,p. 15.

PRIETO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC. 16- DF e a nova

redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo, Brasil, ano 75, p. 07/774-07/791, julho 2011.

SILVA, Antônio Álvares da. Globalização, Terceirização e a Nova Visão do Tema pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: LTr, 2011.

SOBRINHO, Zéu Palmeira Sobrinho. Terceirização e Reestruturação Produtiva. São Paulo: LTr, 2008.

TELLES, Inocência Galvão. Direito das Obrigações. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas S.A, 2005.