

---

# INTERESSE PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NAS TERCEIRIZAÇÕES TRABALHISTAS

## Public Interest and Management's Responsibility in Outsourcing Labor

Bernardo Vassalle de Castro<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo trata da responsabilização subsidiária do Estado enquanto tomador de serviços nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas pelos prestadores, nas terceirizações. Aborda o conceito de interesse público nos diversos paradigmas de Estado para demonstrar que hoje não se pode afastar a responsabilidade da Administração tão somente com fundamento no art. 71 da Lei de Licitações, mas de igual forma, não se pode imputar tal responsabilidade simplesmente em razão do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelos prestadores de serviço.

**Palavras-chave:** Interesse Público. Terceirização. Trabalhista.

**Abstract:** This article deals with the state's subsidiary responsibility as policyholder services in cases of breach of labor obligations by providers in outsourcing. It discusses the concept of public interest in the various state paradigms to show that today one can not rule out the Administration's responsibility solely on the basis of art. 71 of the Bidding Law, but equally, we can not impute such liability simply by reason of breach of labor obligations by service providers.

**Keywords:** Public Interest. Outsourcing. Labor.

### POR UM NOVO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

O conceito de interesse público remonta à distinção entre a esfera individual e a esfera coletiva. Essa oposição, intrínseca à liberdade individual é inerente à própria existência da sociedade; não uma característica típica do Estado de Direito. Contudo, com o advento do Estado Moderno a dicotomia público-privado passou a assumir posição fundamental no estabelecimento e funcionamento do poder político.<sup>2</sup>

Nas palavras de José Eduardo de Faria:

A separação entre o Direito Público e o Direito Privado, que consiste numa das características mais importantes do Estado Moderno e que está na essência da noção de liberdade como atributo inseparável do indivíduo, trata o Estado como organização institucionalizada de poder.<sup>3</sup>

---

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - IEC-PUC Minas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Município de Contagem. Professor Universitário. Advogado.

2 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

3 FARIA, José Eduardo. Direito e Economia na Democratização Brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 64.

---

No Estado Absolutista, a vontade do soberano era a fonte de todo o Direito e determinava a vontade do Estado, confundindo-se com ela. O público e o privado se imiscuíam na figura do rei.

A partir do desenvolvimento do capitalismo e do crescente deslocamento do eixo de poder no sentido da sociedade civil<sup>4</sup>, a sociedade se estabelece não mais como mero agrupamento de indivíduos indistintamente submissos ao poder soberano e sua vontade deixa de ser a vontade da sociedade. Surge o Estado Liberal e a afirmação da vontade coletiva como soma das vontades individuais.

Afirma-se e admite-se um conjunto de interesses distintos da vontade do soberano e o Estado agora mínimo, ao se distanciar da órbita da atividade privada, reduz seu âmbito de atuação ao poder de polícia.

No modelo proposto pelo ideal de Estado Liberal garante-se a autodeterminação como princípio capaz de assegurar o desenvolvimento social e econômico da burguesia capitalista da época.

Observa-se a necessidade de um espaço de atuação livre dos agentes econômicos e a consequente delimitação clara da ordem pública em cotejo com a esfera individual.

Não obstante a regra do livre exercício dos direitos individuais, a concepção da álea pública, apesar de bastante restrita, apresenta contornos bem definidos. Como a esfera do público implica necessariamente na redução do espaço e da liberdade absoluta da vida privada, o poder que se estabelece deve constantemente se legitimar.

Todo poder é a autoridade legitimada para a definição e imposição de interesses e valores e, nestes termos, é imprescindível a delimitação da finalidade deste poder e as restrições que ele acarreta.

Dessa necessidade de legitimação racional dos limites do poder político advém a forçosa fixação das finalidades do Estado.

Verifica-se, portanto, a limitação da soberania estatal a partir da delimitação do poder decisório. O poder centralizado do Estado Liberal só se justifica se orientado por um interesse geral, pertencente à totalidade social.

É dessa forma que se difunde a expressão universalizante “interesse público” como sinônimo de vontade geral e bem comum, e como forma de legitimação do exercício do poder.

Contudo, já em meados do século XIX o Estado Liberal mostrou-se insuficiente para debelar a desigualdade social que se agigantara. A abstenção da intervenção do Estado gerou consequências terríveis no âmbito social e econômico porque a ordem pública e o interesse comum não se resumem à soma dos interesses individuais.

Após a derrocada do modelo liberal, ressurgiu a ideia do primado do público sobre o privado sob a fórmula da irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Confia-se novamente ao Estado a atuação direta na economia de modo a regular as relações e garantir um mínimo de

---

4 MARQUES NETO. op. cit. p. 31.

---

igualdade.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade.”<sup>5</sup>.

No mesmo sentido, a célebre frase de Henri Dominique Lacordaire: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.”<sup>6</sup>

Dessa forma, a partir da intervenção do Estado na ordem social e econômica, desloca-se a primazia da esfera individual, submetendo-a ao primado da soberania estatal.

Segundo Norberto Bobbio:

A ideia do primado do público se desenvolveu como forma de reação contra a concepção liberal do Estado. A irredutibilidade do bem comum pode assumir diversas formas segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo - a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia. Uma ideia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana segundo a qual a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes.<sup>7</sup>

Substitui-se a ideia do homem como fim último do Direito pelo princípio da supremacia dos interesses públicos sobre os individuais. No Estado Social a concepção de interesse estatal é utilizada como sinônimo de interesse público.

As consequências negativas do modelo social do Estado ultrapassam o plano econômico e atingem a esfera social e jurídica. A burocracia estatal dificulta o desenvolvimento e o próprio Direito é desvirtuado dos ideais de justiça.

A assunção prática da afirmação da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais possibilita a emergência de uma política autoritária de realização constitucional. Os direitos, liberdades e garantias fundamentais sucumbem aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.<sup>8</sup>

Em oposição a esse modelo, surge o Estado Democrático de Direito com a missão de compor a dicotomia entre liberdade e autoridade, interesse público e privado. Nas palavras de Augustin Gordillo “como ideal, o equilíbrio racional dos dois elementos essenciais do mundo livre contemporâneo: indivíduo e sociedade, indivíduo e Estado.”<sup>9</sup>

Essa posição de equilíbrio é a finalidade do Estado Democrático de Direito.

Tem-se muito claramente que os interesses da sociedade não se confundem com a soma dos

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 20.

6 LACORDAIRE apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 59.

7 BOBBIO, Norberto apud DI PIETRO Maria Sylvia op. cit., p. 153.

8 SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 01.

9 GORDILLO, Augustin, *apud*, DI PIETRO Maria Sylvia op. cit., p. 22.

---

interesses individuais e muito menos com o interesse do Estado.

É nesse sentido que se questiona, no novo paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito, a afirmação, sob o fundamento da supremacia do interesse público, de prerrogativas e direitos *a priori* inerentes ao Estado.

No Brasil, os direitos sociais e individuais, bem como o princípio fundamental da dignidade humana e o ideal de igualdade e justiça são expressamente proclamados valores supremos do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil se justifica como o centro do ordenamento jurídico capaz de definir e assegurar um conjunto de direitos fundamentais através do estabelecimento de limites racionais ao exercício do poder.

A Constituição expressa um conteúdo ético a ser observado por todo o ordenamento e por todos seus operadores. Nesse sentido, torna-se um contrassenso afirmar um interesse público contrário a qualquer direito fundamental do indivíduo.

O conceito de interesse público é formulação indeterminada que permite ao aplicador do Direito, no caso concreto manifestar, em determinado ato, o poder político que lhe é conferido, definido e limitado expressamente por lei.

Não existe interesse público em abstrato e, portanto, é falacioso o fundamento de qualquer prerrogativa do Estado a partir do conceito de interesse público.

É completamente desarrazoado defender qualquer privilégio do Poder se tais benefícios afrontam notadamente os valores protegidos no Estado de Direito, sobretudo os direitos individuais e sociais, como adiante demonstrado. O núcleo legitimador do Estado Democrático se estabelece a partir dos direitos fundamentais sobre os quais se estrutura a Constituição, e é em função desses direitos, que se justifica a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder.

O Poder Público não existe por si só e a ideia de interesse público só pode ser considerada em função dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Hans Peter Schneider assinala que:

A lei fundamental pode ser considerada como a Constituição dos direitos fundamentais, interpretada e desenvolvida sempre em função destes direitos fundamentais. O Estado existe para servir aos indivíduos e não o indivíduo para servir o Estado.<sup>10</sup>

Não mais prospera aquele arquétipo de Estado intervencionista e imperante, superior ao indivíduo e detentor de um poder ilimitado.

O contexto econômico e social da globalização fragmenta o poder decisório do Estado e a esfera da autoridade política inegavelmente acaba influenciada por uma constante tensão de interesses.

Nas palavras de Floriano Marques Neto:

A pressão dos interesses econômicos transnacionalizados e dos interesses organizados presentes numa sociedade complexa e multifacetada obriga o poder político a atuar longe

---

10  
1991, p. 17.

SCHNEIDER, Hans P. Democracia y constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,

---

da imperatividade e unilateralidade monocrática que modelavam o Estado originado do período absolutista.<sup>11</sup>

No mesmo sentido, Habermas teoriza sobre a privatização do Direito Público e a correspondente publicização do Direito Privado<sup>12</sup>, revelando a sobreposição do público e privado e a fragilização do modelo dicotômico das duas esferas.

Assim como no Absolutismo o público e o privado se misturam, mas ao contrário do modelo anterior, se misturam sob a égide do sistema constitucional democrático.

Nesse novo paradigma garante-se ao Estado a legitimidade de aplicar o Direito, sendo essa a única relação de verticalidade entre o público e o privado determinada constitucionalmente.

A definição do Direito, que antecede a aplicação, apesar de função do Estado, não se fundamenta na supremacia da esfera pública, mas na própria Constituição Federal e nos direitos fundamentais revelados pela Constituição.

Qualquer conceito de direito contrário aos valores fundamentais é inconstitucional e, por isso, não basta que a Administração declare o interesse público no exercício de sua função para que se caracterize como pública a manifestação de vontade.

A verificação do interesse público, além de se dar necessariamente no caso concreto, deve expressar os direitos fundamentais radicados no Texto Constitucional.

Destarte, a supremacia do interesse público é afirmação relativizada pela indisponibilidade dos direitos fundamentais e, exatamente por isto, não há que se falar em supremacia de interesse público quando se vislumbra um cerceamento de direito fundamental.

Há quem já afirme que hoje, nem mesmo os valores intrínsecos aos direitos fundamentais se concebem absolutos. A aferição e classificação de um determinado interesse como público devem ser balizadas pelos valores fundamentais e indisponíveis expressos na Constituição.

Desse modo, o que se propõe é a mudança da concepção de interesse público e sua soberania, adequando-o ao modelo constitucional do Estado Democrático.

A mudança estrutural imposta pelo novo paradigma de Estado resultou na fragmentação do núcleo do poder decisório e na consequente ampliação da influência dos múltiplos interesses particulares nas tomadas de decisão do poder público.

A real democracia reclama constante legitimação e, no mínimo, viabilidade de participação nas opções políticas de governo. É evidente que isso não se confunde com a privatização do núcleo decisório do Estado e sua submissão aos interesses individuais.

Durkheim, já no século XIX, contribuindo para a afirmação da sociologia como uma Ciência autônoma, assegurava que o estudo da sociedade não se bastava no psicologismo, sendo o corpo

11 MARQUES NETO. op. cit. p. 132.

12 HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.180.

---

social completamente distinto da soma dos indivíduos que compõem a sociedade.

Contudo, pretender resumir a manifestação política do Estado à altivez impetuosa do Poder Público é negar a própria construção Democrática. O que deve pautar o novo modelo de Estado é a composição entre os interesses públicos e privados.

A concepção de que o interesse público necessariamente se opõe ao interesse particular é resquício do paradigma do Estado interventor que não mais coaduna com o modelo pretendido pela Constituição Federal.

A nova realidade que interessa é o reconhecimento jurídico de uma pluralidade de interesses sociais diversos<sup>13</sup>.

Para Habermas:

A barreira que se punha entre a esfera estatal da realização do bem comum e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia, a Constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm de ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da Constituição.<sup>14</sup>

A Administração volta-se para a coletividade para se legitimar e atuar consoante as necessidades sociais.

Nesse sentido é que se afirma que os interesses públicos e privados em regra se harmonizam face à essência dos direitos fundamentais. A análise dos interesses públicos e privados sob o pálio dos direitos fundamentais revela uma conexão de sentido que impõem a ideia de unidade, de mútua complementação e autodelimitação. O instituto da propriedade privada e sua função social, por exemplo. Interesses privados e coletivos, nesta sede, não se excluem desde que albergados numa síntese dialética: a propriedade nem se presta apenas para satisfazer os interesses exclusivos do proprietário e nem tampouco justifica um sentido de coletivização ou funcionalização absoluta de sua utilização<sup>15</sup>.

Da mesma forma se compreende a síntese entre livre iniciativa e livre concorrência que mutuamente se limitam e se completam.

Contudo, é óbvio que em determinadas situações haverá uma antinomia aparente entre interesse público e privado. Ainda assim, mais uma vez, não será aqui que o interesse público afirmará sua suposta supremacia incondicional sobre os interesses privados.

Na hipótese supracitada a baliza da análise e definição pela prevalência de um ou outro interesse será o núcleo de direitos fundamentais disposto na Constituição. É essa a função do Estado Democrático. A composição de interesses instituída nos direitos fundamentais e a atuação positiva

---

13 MORON, Miguel Sanchez. La Participación del Ciudadano em la Administración Publica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 113.

14 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. II, p. 211.

15 GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. Problemas de Direito Civil-Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

---

na verificação dos interesses difusos.

Para que construção proposta não se resuma a mera adequação semântica e terminológica, a noção de direito fundamental apresentada como caminho essencial à justa composição entre os interesses públicos e privados, não se configura como conceito fluido e aberto, mas como o núcleo de direitos postos pelo constituinte como indissociáveis à própria condição humana. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva:

Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.<sup>16</sup>

E acrescenta Joaquim Salgado:

O conceito de direitos fundamentais apresenta, pois, dois aspectos: a) no aspecto formal, como direitos propriamente ditos, são garantidos numa constituição como prerrogativas; b) no aspecto material, como valores, são pré-constitucionais, pois que produtos das culturas civilizadas, e determinam o conteúdo desses direitos nas constituições.<sup>17</sup>

Assim, pode-se afirmar que o conceito de interesse público não se apresenta mais como símbolo legitimador para as condutas da Administração, mas como um espaço para a positivação das opções políticas do poder público, construídas com a estrita observância dos ditames constitucionais e da valorização dos direitos fundamentais.

Interesse público se consubstancia como a interpretação dada aos preceitos constitucionais, no caso concreto. É opção discricionária limitada por valores constitucionais fundamentais que devem sempre nortear todos os atos da Administração.

A nova concepção de interesse público e de sua soberania devem pautar a atuação do Estado e a análise da responsabilidade da Administração.

O argumento de dicotomia entre interesse público e privado não pode restringir direitos fundamentais e servir como justificativa para afastar a responsabilidade legal e contratual do Estado. Por outro lado, a simples busca ideológica pela afirmação de direitos sociais, não pode afrontar o princípio do devido processo previsto na Constituição e transformar o Estado em garantidor universal. É preciso que a responsabilidade da Administração seja tratada com equilíbrio, razoabilidade e, sobretudo, com respeito ao princípio da legalidade. A nova concepção de interesse público, que afasta a antiga dicotomia pressuposta entre o público e o privado, deve orientar a responsabilização do Estado nas terceirizações trabalhistas, mas não pode servir como bordão para fundamentar condenações impostas à Administração sem que os pressupostos da responsabilidade estatal se verifiquem no caso concreto.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176.

<sup>17</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Recife: Imprensa Universitária, 1996, p. 17.

---

## A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NAS TERCEIRIZAÇÕES TRABALHISTAS

A discussão sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos prestadores de serviços regularmente contratados é tema recorrente de incontáveis processos judiciais em tramitação. Muito se discutiu acerca da constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 até que o STF se posicionou sobre a matéria na ADC nº 16 – DF, julgando constitucional a previsão de que a inadimplência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, pelo contratado, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

O julgado do STF deixa evidente que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras regularmente contratadas não transfere, de imediato, para a Administração, a responsabilidade (ainda que subsidiária) pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas. Todavia, o posicionamento do STF não exclui a possibilidade, excepcional, de responsabilização do Estado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras de serviço. Isto porque o art. 71, § 1º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos deve ser interpretado de forma sistemática, conforme o ordenamento e os preceitos constitucionais. Entendimento diverso importaria no reconhecimento da generalizada irresponsabilidade da Administração, na afronta ao interesse público e no retrocesso ao modelo Absolutista, no qual “*the king can do no wrong*”, em prejuízo aos princípios da proteção e da dignidade do trabalhador, direitos fundamentais e tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, pretender imputar à Administração (ainda que de forma subsidiária) responsabilidade objetiva ou integral pelo descumprimento das obrigações trabalhistas das prestadoras de serviço regularmente contratadas significa afrontar diretamente a constituição, que só previu a responsabilização objetiva do Estado por conduta comissiva, nos termos do § 6º, do art. 37.

O tema responsabilidade do Estado vem experimentando constantes inovações teóricas, sobretudo quando acompanhadas dos conceitos modernos de responsabilidade civil. Sylvio Capanema de Souza<sup>18</sup> ao fazer um apanhado da evolução histórica da responsabilidade do Estado remonta sua análise ao paradigma de Estado Absolutista, no qual as pretensões reparatórias que porventura se desejasse deduzir contra o Estado deveriam ser feitas exclusivamente perante os agentes administrativos que diretamente causassem o dano, já que o rei, na condição de representante de Deus na Terra, não cometia nenhum erro. O reconhecimento da responsabilidade do Estado teve como marco relevante o caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos da França em 1º de fevereiro de 1873, em que se consagrou a teoria da culpa pela “*faute de service*”. Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, a tendência foi ampliar as hipóteses de sua deflagração, evoluindo o conceito de responsabilização subjetiva para a responsabilização objetiva, fundada na simples relação de causa e efeito entre o agir administrativo e o dano causado<sup>19</sup>. Posteriormente, chegou-se à teoria do risco administrativo e hoje já se fala até

---

18 SOUZA, Sylvio Capanema de. Novos aspectos da responsabilidade civil da Administração Pública. In TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional, São Paulo: Atlas, 2008, p. 182-190.

19 BANDEIRA DE MELLO. op. cit. p. 946.



---

em responsabilidade integral do Estado.

Ocorre que todo este caminhar histórico das teorias de responsabilização administrativa retratam construções doutrinárias, em sua maioria de origem estrangeira, não necessariamente adequadas ao nosso contexto político, econômico, cultural e social, e até por isto, ainda não reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico.

O art. 37, § 6º da Constituição de 1988 prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Consagra, portanto, a responsabilidade objetiva nos casos em que o Estado agir (conduta comissiva) e causar dano indenizável a alguém. Contudo, em se tratando de dano causado por conduta omissiva do Estado, deve-se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup> se manifesta sobre a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de conduta omissiva, nos seguintes termos:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma que o constituía em dada obrigação (dolo). (...) Seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. (...)

Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos, na responsabilidade por comportamentos omissivos a questão não se examina nem se decide pelo ângulo passivo da relação (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), mas pelo pólo ativo da relação. É dizer: são os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade.

No mesmo sentido já se posicionou o STF:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. RE 382054 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Publicação 01/10/2004.

O TST ao tratar, na súmula 331, da responsabilidade da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos prestadores de serviços nas terceirizações adotou claramente a teoria da responsabilização subjetiva:

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.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

É claro o posicionamento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de exigir a comprovação de culpa da Administração Pública para sua responsabilização subsidiária. Assim, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pelas prestadoras de serviços regularmente contratadas pelo Estado não transfere para a Administração a responsabilidade trabalhista, salvo se evidenciada sua conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. É imprescindível a comprovação de culpa da Administração para sua responsabilização subsidiária, que é excepcional e não decorre da simples menção, em tese, de que o ente público deixou de manter-se vigilante em relação à satisfação dos créditos trabalhistas assumidos pela prestadora de serviços regularmente contratada.

A redação da Súmula 331 do TST afasta por completo a presunção de culpa da Administração e a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas nas terceirizações lícitas.

Neste sentido é esclarecedor o trecho, abaixo transcrito, do voto da ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADC 16:

Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público tenha como autor agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

(...)

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa. (...)

A aplicação do art.71, §1º da Lei 8.666/93 não exige a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.

Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por

---

ela contratadas.

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Não se discute que o princípio da valorização do trabalho se afigura como de extrema importância para nortear a interpretação de normas trabalhistas; mas, nem mesmo o princípio da proteção pode ensejar a injustificada e ilegal imputação de obrigações ao Estado, responsabilizando-o por débitos trabalhistas que são encargos dos empregadores da iniciativa privada. Diante da inegável limitação orçamentária dos entes públicos é certo que a transformação do Estado em verdadeiro seguro das relações trabalhistas, longe de representar um avanço social provoca o desequilíbrio financeiro da Administração e compromete os investimentos em áreas prioritárias.

## CONCLUSÃO

É fundamental que reflexão sobre o novo conceito de interesse público e responsabilização da Administração nas terceirizações se pautem por um ideal de Estado republicano, capaz de viabilizar a realização da justiça, da igualdade material e do bem comum, com fundamento na valorização do homem e em sua dignidade. Se por um lado o novo conceito de interesse público estabelecido sob as premissas constitucionais dos direitos fundamentais não afasta a possibilidade de responsabilização do Estado e até reforça a necessidade de se atribuir à Administração a obrigação de fiscalizar o cumprimento destes preceitos; por outro, não pode transformar o Estado em garantidor universal e, de forma pueril, sob um pretensível argumento de justiça social, imputar a toda sociedade o dever de assumir prejuízos causados por particulares. A criação de uma jurisprudência libertária, fundada em sentimentos particulares de justiça e equidade, dissociados do ordenamento constitucional posto, revela o que o Ministro Gilmar Mendes chamou de capitalismo à brasileira, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos socializados<sup>21</sup>. Para a responsabilização do Estado pelo descumprimento das obrigações trabalhistas das prestadoras de serviço regularmente contratadas é indispensável a comprovação da conduta culposa da Administração, que não pode ser presumida ou referenciada de maneira genérica e abstrata nos julgados. Espera-se que o STF, na apreciação das inúmeras Reclamações Constitucionais propostas pelos entes federativos, corrija a distorção na aplicação da teoria de responsabilidade subjetiva e as afrontas praticadas contra a ordem constitucional verificada em diversas decisões que presumem a culpa da Administração e reestabeleça a interpretação pertinente do princípio da responsabilidade estatal com viés no adequado conceito de interesse público. A concepção de um sentimento de justiça desvinculado de uma profunda análise das funções e capacidades do Estado é um passo atrás na evolução dos modelos de organização político-jurídicos de poder.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

21 MENEZES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? Revista Jurídica Virtual, v.2, n.13, jun. 2000.

- 
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed, Coimbra: Almedina, 1991.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade. Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. II.
- \_\_\_\_\_. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”?**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.13, jun. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-13/capa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/capa.htm). Acesso em: 06 de abril de 2015.
- MORON, Miguel Sanchez. **La Participación del Ciudadano em la Administración Publica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **Os direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Recife: Imprensa Universitária, 1996.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.