

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**VALDETE CARDOSO CICHELLA SARTOR**

**HIPÓTESES CARACTERIZADORAS DA RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS  
INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO  
NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CRICIÚMA**

**2013**

**VALDETE CARDOSO CICHELLA SARTOR**

**HIPÓTESES CARACTERIZADORAS DA RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS  
INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO  
NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

**CRICIÚMA**

**2013**

**VALDETE CARDOSO CICHELLA SARTOR**

**HIPÓTESES CARACTERIZADORAS DA RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS  
INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO  
NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 28 de Junho de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Msc. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto - (UNESC) - Orientador

Prof. Esp. Maicon Henrique Aléssio - (UNESC)

Prof. (a) Esp. Morgana Cardozo de Farias - (UNESC)

**Ao meu esposo, Fabiano Delfino Sartor, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem para seguir em frente, e mesmo nos momentos mais difíceis permaneceu ao meu lado. Pela demonstração diária de amor, carinho, incentivo e paciência.**

**À minha filha, Millena Cichella Sartor, presente de Deus em minha vida, razão maior dessa jornada. Que mesmo ainda criança me enche de palavras cativantes e de incentivo que me fortalece diariamente. Pela compreensão nos momentos de ausência.**

**Porque essa conquista não é só minha!**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pelo dom da vida, presença constante em minha caminhada. Por me carregar no colo nos momentos de cansaço, desânimo e desespero, fortalecendo-me a cada dia para seguir em frente.

Aos meus pais, Otávio Cichella e Albertina Cardoso Cichella, meus eternos professores, que me ensinaram os reais valores da vida. Pelo amor incondicional, pelo carinho e incentivo ao longo da minha vida, principalmente nos momentos mais difíceis pelos quais passei até chegar à conclusão deste trabalho.

Ao meu irmão, Alberto Cardoso Cichella, exemplo de luta e superação ao qual eu me espelho, grande incentivador dessa minha jornada. Pela atenção e conhecimento ofertado a mim desde criança, especialmente no decorrer do curso.

Ao meu irmão, Eberton Vitor Cardoso Cichella (*in memoriam*), presença constante em minha vida. Pela amizade, pelas brincadeiras, por compartilhar comigo 19 anos de sua vida. Saudades eternas!

À minha irmã, Vanilda Cichella Minatto, pelo carinho e atenção com que sempre me cuidou desde minha infância. Por acreditar em mim e estar sempre pronta a me ajudar. Pelo ombro amigo nos momentos difíceis.

A toda minha família MUITO OBRIGADA, porque sem vocês nada disso seria possível!

Agradeço, ainda, em especial ao Professor Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto, meu orientador, pela paciência e cordialidade com que sempre me recebeu, principalmente pela receptividade quando o procurei para me orientar.

Aos professores que de forma especial contribuíram para minha formação, meu eterno agradecimento pelos ensinamentos transmitidos.

Agradeço também a todos os meus colegas da turma que fizeram as aulas parecerem menos cansativas e tornaram os dias mais alegres nestes cinco anos de curso.

A todos aqueles que acreditaram e contribuíram, mesmo que indiretamente, para a concretização desse sonho.

Meus sinceros agradecimentos a todos!

**“Aferra-te à instrução, não a soltes, guarda-a, porque ela é a tua vida”.**

**(Provérbios 4, 13)**

**"Há muitos planos no coração do homem, mas é a vontade do Senhor que se realiza".**

**(Provérbios 19,21)**

## RESUMO

Tendo em vista a crescente demanda judicial acerca da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora do serviço, o elevado índice de terceirizados contratados pela Administração Pública e a ampla inadimplência de encargos trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviço, é que o presente trabalho, partindo dessas questões, segue uma sequência lógica de assuntos relevantes ao entendimento da responsabilidade subsidiária do Estado e a atuação da Administração Pública nos contratos por ela firmados. A pesquisa se justifica pela discussão em torno do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e a súmula nº 331 do TST, que muito embora o STF já tenha decidido sobre a questão, a contenda está longe de terminar, já que inexistente lei que regule a responsabilidade subsidiária do Estado por débitos trabalhistas inadimplidos por particular em contrato de terceirização. Dessa forma, o trabalho em tela consiste num estudo sistemático de conceitos e teorias, com base em leis, doutrinas e jurisprudências, na busca pelos requisitos ensejadores da responsabilidade subsidiária do Estado que se funda no dever fiscalizador do Ente Público.

**Palavras chave:** Responsabilidade Subsidiária. Administração Pública. Súmula nº 331 do TST.

## **SIGLAS**

TST: Tribunal Superior do Trabalho

STF: Supremo Tribunal Federal

CCB: Código Civil Brasileiro

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

Art: Artigo

TCU: Tribunal de Contas da União

MPOG: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

FGTS: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

LLCA: Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública

RDC: Regime Diferenciado de Licitação

PAC: Programa de Aceleração do Crescimento

SUS: Sistema Único de Saúde

Inc: Inciso

OJ: Orientação Jurisprudencial

SDI: Seção de Dissídios Individuais

AC: Apelação Cível

TJSC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina

DES: Desembargador (a)

IN: Instrução Normativa

INPI: Instituto Nacional da Propriedade Industrial

CLT: Consolidação das Leis Trabalhistas

RAIS: Relação Anual de Informações Sociais

CAGED: Cadastro Geral de Empregados e Desempregados

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

MIN: Ministro (a)

AIRR: Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....</b>	<b>14</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	14
<b>2.1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva .....</b>	<b>17</b>
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: TEORIAS E EVOLUÇÃO .....	18
<b>2.2.1 Teoria da irresponsabilidade.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.2 Teorias civilistas.....</b>	<b>20</b>
2.2.2.1 Atos de império e de gestão.....	20
2.2.2.2 Culpa civil ou da responsabilidade subjetiva .....	22
<b>2.2.3 Teorias publicistas .....</b>	<b>23</b>
2.2.3.1 Culpa administrativa.....	23
2.2.3.2 Risco administrativo .....	24
2.2.3.3 Risco integral.....	24
2.3 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	25
<b>2.3.1 Atos comissivos e omissivos .....</b>	<b>25</b>
<b>2.3.2 Nexo de causalidade .....</b>	<b>26</b>
<b>2.3.3 Causas excludentes da responsabilidade do Estado .....</b>	<b>27</b>
<b>3 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE PARTICULAR PELO ESTADO.....</b>	<b>28</b>
3.1 LICITAÇÃO.....	28
<b>3.1.1 Conceito, natureza jurídica e princípios licitatórios .....</b>	<b>28</b>
<b>3.1.2 Hipóteses de dispensa e inexigibilidades licitatórias .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1.3 Modalidades e tipos de licitação .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1.4 O regime diferenciado de licitação (RDC) .....</b>	<b>37</b>
3.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	39
<b>3.2.1 Conceito, natureza jurídica e características .....</b>	<b>39</b>
<b>3.2.2 Formalidades obrigatórias ao contrato administrativo .....</b>	<b>41</b>
<b>3.2.3 As cláusulas exorbitantes do contrato administrativo .....</b>	<b>42</b>
<b>3.2.4 Extinção do contrato administrativo e consequências jurídicas .....</b>	<b>44</b>
<b>4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM</b>	

<b>CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	46
4.1 O REGIME JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO TERCEIRIZADA DE SERVIÇO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	46
4.2 HIPÓTESES ENSEJADORAS DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA, SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	51
4.3 O DEVER DE FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	54
4.4 REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	57
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	65
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	67

## 1 INTRODUÇÃO

A busca pela efetivação dos direitos sociais, o aumento da máquina administrativa, a diminuição de custos, são motivos pelos quais o Estado buscou descentralizar certas atividades a fim de concentrar esforços na finalidade para o qual foi criado.

Diante disso, a Administração Pública cada vez mais tem firmar contrato com empresas especializadas para a realização de atividades consideradas acessórias, tais como obras e serviços.

Insurge, então, a questão da terceirização no âmbito da Administração Pública, um dos pontos relevantes do presente trabalho, uma vez que tais atividades são realizadas por trabalhadores pertencentes ao quadro de funcionários da empresa contratada.

A prática da terceirização pela Administração Pública tem sido bastante comum. Todavia, tal fenômeno, a tempo, tem ocasionado uma crescente demanda judicial em desfavor do Ente Público por verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado. Insurgindo, inclusive, em discussão jurisprudencial acerca do entendimento do TST e dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que tange a responsabilidade subsidiária da Administração.

Vale ressaltar que no direito privado, a inadimplência de verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, gera, automaticamente, à tomadora do serviço a responsabilidade subsidiária por tais verbas. O que difere da Administração Pública.

Por outro lado, os encargos trabalhistas são direitos sociais do trabalhador, garantidos em nossa Constituição, devendo o Estado ficar atento ao seu cumprimento.

Dessa forma, surge como o problema de pesquisa a ser esclarecido no trabalho em tela, a busca de resposta à pergunta: **quais os requisitos ensejadores da responsabilidade subsidiária do estado em razão de verbas trabalhistas inadimplidas por particular em contrato de terceirização no âmbito da Administração Pública?**

O objetivo geral a ser alcançado decorre da realização de um estudo ordenado, a fim de perceber o conhecimento necessário acerca dos requisitos capazes de ocasionar ao ente público a responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas inadimplidas pelo particular nos contratos terceirização.

Para tanto, o presente estudo percorre os seguintes objetivos específicos: apresentação da responsabilidade civil do Estado; a demonstração do procedimento de contratação pela Administração Pública, analisando o instituto da licitação e dos contratos administrativos; versando, ainda, acerca terceirização pela Administração Pública, até a identificação dos requisitos pertinentes à responsabilidade subsidiária do Estado.

O estudo do tema é motivado pela necessidade de regulamentação da responsabilidade subsidiária do Estado, tendo em vista a controvérsia existente entre a súmula 331 do TST e a lei nº 8.666/93. Ademais, os direitos sociais do trabalhador não podem estar sujeitos à inadimplência da empresa prestadora do serviço e o descumprimento dos deveres da Administração.

Muito se debate acerca das obrigações do contratado. Todavia, não podemos nos descuidar das obrigações da Administração ao que se refere à execução do contrato. Embora o Ente Público possua prerrogativas não conferidas ao particular, aquele tem o dever de zelar pelo cumprimento dos direitos constitucionais, bem como aos princípios inerentes à Administração Pública.

Ao atingir o objetivo de esclarecer a responsabilidade subsidiária do Estado, o estudo buscará demonstrar qual o papel da Administração Pública nos contratos por ela firmados, oportunizando o mínimo de conhecimento necessário sobre o assunto.

Dessa forma, o tema se reveste de avultosa importância à sociedade, na medida em que os assuntos que abrangem a Administração Pública são de interesse comum. Ademais, o valor gasto pelo Estado, com obras e serviços, trata-se de verba pública, devendo ser empregada de forma responsável, de modo a devolver à sociedade o que por ela foi confiado.

Para esclarecer e desenvolver o tema, o presente trabalho procura apontar os requisitos ensejadores da responsabilidade subsidiária da Administração Pública utilizando-se de métodos e técnicas para a solução do problema proposto.

Sendo assim, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo de um estudo geral, por meio de conceitos e teorias. Enquanto que na técnica de pesquisa, o estudo baseou-se em análise teórica bibliográfica, prescritiva e qualitativa, acerca da responsabilidade civil do Estado, do procedimento de contratação pela Administração Pública, a fim de chegar ao objetivo proposto, a saber os requisitos ensejadores da responsabilidade subsidiária do Estado.

Ao expor o tema, “hipóteses caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do Estado em razão de verbas trabalhistas inadimplidas por particular em contrato de terceirização no âmbito da Administração Pública”, o trabalho segue uma estrutura lógica de assuntos a fim de alcançar o objetivo pretendido.

Dessa forma, para melhor situar o leitor, o trabalho em tela divide-se em três capítulos. De modo que o primeiro capítulo percorre o histórico da responsabilidade civil, apresentando os conceitos até a exposição das teorias da responsabilidade civil do Estado. O segundo capítulo demonstra o processo licitatório e as formalidades atinentes ao contrato administrativo, identificando o procedimento de contratação utilizado pela Administração Pública. Enquanto isso, o terceiro capítulo busca um estudo acerca da terceirização no âmbito da Administração, do dever fiscalizador do Estado nos contratos administrativos, apresentando, por fim, os requisitos que ensejam a responsabilidade subsidiária do Estado por verbas trabalhistas inadimplidas pelo particular em contrato de terceirização.

## 2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil está relacionada ao dever de reparar o dano ocasionado a outrem, como forma de indenização pelo dano sofrido, seja ele material ou moral. Atualmente, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, bem como no Código Civil de 2002.

Para Maria Helena Diniz (2005, p. 40),

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

No entanto, tal entendimento nem sempre foi assim. O instituto da responsabilidade foi se moldando com o passar do tempo e de acordo com as civilizações.

Nos primórdios, a idéia de responsabilidade, era conhecida como forma de vingança, inicialmente coletiva, pelo qual o grupo reagia contra a ofensa sofrida por um de seus membros. (GANDINI e SALOMÃO, 2003)

Nesta fase da história inexistia um poder central que regulassem as relações sociais, a intervenção do Estado era nula e os conflitos eram resolvidos coletivamente, de forma violenta e desproporcional. “Não se cogitava em fator culpa. O dano provocava uma reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava ainda o direito”. (GONÇALVES, 2008, p. 4)

Tempos depois, o Estado, timidamente, passou a intervir nas relações sociais, pela Lei de Talião, de forma que os conflitos eram agora resolvidos privativamente. Entretanto, o emprego da violência ainda persistia. Aqui o Estado apenas se manifestava para decidir como e quanto ocorreria a represália.

Os homens faziam justiça pelas próprias mãos, fundamentados na Lei de Talião, que é conhecida até hoje pela expressão "olho por olho, dente por dente". O poder público, neste caso, intervinha apenas para ditar como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, ensejando no lesante dano idêntico ao que foi produzido. (GANDINI E SALOMÃO, 2003)

Na visão de Roberto Senise Lisboa (2004, p. 422),

Impossibilitava-se, de fato, qualquer consideração sobre a noção jurídica de culpa leve ou *lata*, uma vez que se equiparava a prática de um delito a outro, fundada na lei de talião (*tálio*), que limitava a represália da vítima sobre o

agressor à proporcionalidade do dano causado [...]. Mesmo assim, a represália ocorria muitas vezes de forma injusta e desmedida.

Todavia, a evolução da responsabilidade civil se deu a partir do Direito Romano. Primeiramente, com a Lei das XII Tábuas<sup>1</sup> (*Lex Duodecim Tabularum*) em 450 a.C., que instituiu a pena pecuniária ao ofensor, possibilitando a intervenção do poder público nas soluções de conflitos. “O ofensor paga um tanto ou quanto membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações.” (GONÇALVES, 2008, p. 4, 5)

Posteriormente, com o surgimento da *Lex Aquilia de Damno*<sup>2</sup>, momento crucial do instituto no direito romano, a responsabilidade civil passou a ser regulada de maneira mais restrita. “Fortaleceu-se a sistemática da *Lex Aquilia de Damno*, conjugando-se o sentido religioso cristão conferindo à culpa como pecado. E tal situação praticamente perdurou por toda a era medieval.” (LISBOA, 2004, p. 425)

De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 16), “o sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente”.

Sobra a *Lex Aquilia* salienta Maria Helena Diniz (2004, p.11),

*A Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.

Assim, a *Lex Aquilia* representa a maior evolução do instituto no direito romano, de onde surgiu a noção de culpa e estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual. (DINIZ, 2004, p.11)

Contudo, embora o direito romano represente o divisor de águas da responsabilidade civil, foi o direito francês que, aperfeiçoando as idéias romanas, influenciou e inspirou o instituto no direito moderno. De início concretizou-se por intermédio da doutrina figurada pelos juristas franceses Domat e Pothier, responsáveis pelo Princípio da Responsabilidade Civil. (GANDINI e SALOMÃO, 2003)

<sup>1</sup> “Tábua VII, lei 11ª: ‘si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto’ (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se existiu acordo).” (DINIZ, 2004, 648 p.)

<sup>2</sup> “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, 2007, 321 p.)

O direito francês representa o maior avanço dogmático da responsabilidade civil, a partir do Código de Napoleão, servindo de base para os demais países do globo, inclusive o direito brasileiro. (GONÇALVES, 2008)

A noção de culpa in abstracto e a distinção entre a culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no código de napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1383. [...] Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios. (GONÇALVES, 2008, p. 6)

A evolução do instituto aconteceu principalmente pelo surto progresso dos povos e o desenvolvimento da indústria, fazendo surgir teorias visando à proteção da vítima. (GONÇALVES, 2008)

### 2.1.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Como visto, a responsabilidade civil possibilita a reparação de um dano sofrido em determinada relação jurídica. Tal relação pode advir tanto de um contrato preestabelecido entre duas ou mais partes, da qual decorre a responsabilidade civil contratual, ou pela relação obrigacional imposta pela lei, sendo esta geradora da responsabilidade civil extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2008)

O contrato, por sua vez, representa um acordo de vontades no qual se estabelece direitos e deveres. De modo que o descumprimento destes gera ao ofensor o dever de indenizar. Trata-se, portanto, da responsabilidade civil contratual.

Na compreensão de Cavaliere Filho (2008, p. 15), “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo”.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade Aquiliana, é regulada pelo Código Civil como resultado da prática de um ato ilícito<sup>3</sup>, ou seja, da violação de uma lei ou ordem jurídica.

Conforme dispõe o CC, art. 927, *caput*, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (grifo meu)

---

<sup>3</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, CCB, 2011)

Nas palavras de Gomes (2000, p. 29), a responsabilidade civil extracontratual “é a que resulta da violação de um dever genérico de abstenção ou de um dever jurídico geral”.

Rizzardo explica claramente a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Senão vejamos:

Na responsabilidade contratual, já existe um liame ou um vínculo previamente estabelecido. As partes celebraram uma relação, em torno de um bem, com a especificação de obrigações e direitos. Sendo extracontratual a responsabilidade, não existe alguma ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito nasce a relação obrigacional. Realmente, o dever de indenizar, que aparece com a ofensa, cria a relação entre o obrigado e o titular do direito. (RIZZARDO, 2007, p. 43)

Urge ressaltar que tanto a contratual como a extracontratual, “no fundo, sempre se dá a desobediência à lei, inclusive na violação contratual, porquanto a lei é que determina a obrigatoriedade de suas cláusulas.” (RIZZARDO, 2007, p. 41-42)

### **2.1.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva**

A teoria subjetiva e objetiva da responsabilidade civil está ligada, respectivamente, à idéia de culpa e risco. Visto que tais pressupostos implicarão ou não na reparação do dano causado pelo agente.

Nesta concepção, a responsabilidade civil subjetiva, amparada pelo Código Civil de 2002, fundamenta-se na culpa do agente, que por sua vez implicará na comprovação desta para obter a reparação do dano. (CAVALIERI FILHO, 2008)

No tocante a culpa leciona Diniz:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um direito. (DINIZ, 2005, p. 46)

De acordo como a autora, não importa a intenção daquele que praticou o dano, basta estar presente o elemento culpa para aplicar a responsabilidade civil subjetiva àquele que incidiu no erro.

Em relação à culpa Cavaliere Filho conceitua “como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 34)

Desse modo, enfatiza Gonçalves, “diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.” (GONÇALVES, 2008, p. 22)

Ocorre que em determinadas situações a culpa é presumida, não necessitando a comprovação desta para que a reparação do dano. Neste caso, é necessário, tão somente, comprovar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta. De forma que o autor da conduta incidirá em responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco<sup>4</sup>. (GONÇALVES, 2008)

Na responsabilidade objetiva, imposta pela lei, o prejuízo deverá ser ressarcido não importando a prova da culpa do agente. Tal responsabilidade “funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens delas resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*).” (DINIZ, 2005, p. 56)

Vale ressaltar que o direito brasileiro determina a aplicação da responsabilidade civil objetiva para determinados casos, mantendo a responsabilidade civil subjéitiva nas demais hipóteses. (DINIZ, 2005)

Em suma, a reparação de um dano importa, inicialmente, saber se este se fundamenta na idéia de culpa ou risco, sendo que a este implicará o nexo entre o dano e a ação ou omissão, enquanto que aquela dependerá da comprovação de culpa pelo lesado.

## 2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: TEORIAS E EVOLUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é compreendida como um dever imposto ao Ente Público de indenizar o terceiro prejudicado por seu ato. (CAHALI, 2007)

Tal instituto é conceituado por Gasparini (2005, p. 896) “como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável.” (grifo no original)

---

<sup>4</sup> Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema de reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 136)

Atualmente a responsabilidade civil do Estado é reconhecida e aceita universalmente. Segundo Mello, “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”. (MELLO, 2006, p. 937)

Todavia, esta não é a origem do instituto, já que para chegar à concepção hoje aplicada, passou por uma diversidade de teorias, cada qual com suas peculiaridades, que o fizeram surgir no decorrer da história e dos diferentes povos.

Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada, por muito tempo, foi a da irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva. (DI PIETRO, 2005, p. 562)

São teorias definidas por doutrinadores como a teoria da irresponsabilidade, civilista e publicista, que passaremos a expor.

### **2.2.1 Teoria da irresponsabilidade**

A Teoria da Irresponsabilidade, vivenciada num Estado absolutista, representado pela pessoa do rei, refere-se à ausência da responsabilidade do Estado diante do dano causado por seu agente. Segundo Gasparini (2005, p. 898), esta teoria “era expressado pelas fórmulas: “Le roi ne peut mal faire” e “The King can do no wrong”, ou, em nossa língua: “O rei não pode fazer mal” e “O rei não erra””.

A severidade desta teoria era afastada pela possibilidade de indenização em casos específicos pelo funcionário. “Admitia-se a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele.” (GASPARINI, 2005, p. 898)

Cahali defende que por ser um Estado soberano, inexistia a idéia de reparação, vez que o Estado gozava de imunidade total. Tal teoria representava a própria negação do direito. (CAHALI, 2007)

Na visão do autor,

A teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: 1) na soberania do Estado, que, por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação [...]; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados

atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados nomine próprio. (CAHALI, 2007, p. 20- 21)

A responsabilidade era toda do agente causador do dano, nunca do Estado, uma vez que a responsabilização da Administração era considerada como um entrave na realização de seus serviços. (CAVALIERI FILHO, 2008)

Aos poucos essa teoria foi se dissipando, já que o Estado defensor do direito não poderia ele mesmo se esvair de suas obrigações. A idéia de submissão do Estado ao direito fez com que a irresponsabilidade já não predominasse. (MEDAUAR, 2006)

Segundo Di Pietro, os Estados Unidos e a Inglaterra foram os últimos países a abandonar a teoria da irresponsabilidade, respectivamente no ano de 1946 por meio do *Federal Tort Claim Act* e em 1947 pelo *Crown Proceeding Act*. (DI PIETRO, 2011)

Para a maioria dos doutrinadores, a teoria da irresponsabilidade nunca foi aplicada no Brasil. Por outro lado, Gasparini defende que tal teoria foi vivenciada no Brasil-colônia. (GASPARINI, 2005)

Segundo o autor, “nesse período vigoraram, em nosso território, as leis portuguesas, e estas aceitavam os postulados da teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, a única compatível com o governo monárquico português da época”. (GASPARINI, 2005, p. 911)

Do mesmo modo, as Constituições de 1824 e 1891, não dispunham da responsabilidade do Estado, o funcionário era quem respondia pelos atos praticados no exercício da função. Enquanto isso a Constituição de 1934 foi a primeira a responsabilizar o Estado, ainda que de forma solidária com seus agentes, possibilitando o direito de regresso contra o causador do dano. (MEDAUAR, 2006)

A responsabilidade objetiva do Estado adveio somente com a Constituição Federal de 1946 que marcou a consagração do risco administrativo no ordenamento jurídico brasileiro. (MEDAUAR, 2006)

## **2.2.2 Teorias civilistas**

### **2.2.2.1 Atos de império e de gestão**

A teoria civilista deu início à responsabilização do Estado, no século XIX. Fundada na idéia de culpa do agente público. Tal teoria é dividida em atos de gestão e

atos de império<sup>5</sup>, incidindo a responsabilidade do Estado tão somente em relação ao ato de gestão. (MORAES, 2007, p. 249)

Os atos de gestão, ou *jure gestionis*, eram aqueles praticados pelo agente público, nesta qualidade, de modo que o Estado era equiparado ao particular no tocante aos atos praticados por seus representantes. Todavia a indenização incidia somente se comprovada a culpa, caso contrário não haveria de se falar em responsabilidade. (CAHALI, 2007)

Nas palavras de Medauar, “ao praticar atos de gestão, o Estado teria atuação equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos: como vigorava a regra da responsabilidade, [...]” (MEDAUAR, 2008, p. 366)

Em suma os atos de gestão eram aqueles praticados “para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços”, aplicando o direito comum, vez que não havia distinção entre a Administração e a do particular. (DI PIETRO, 2011, p. 645)

Quanto aos atos de império, ou *jure imperii*, estes eram exercidos pelo Estado de modo soberano e incontestável, que somente a ele caberia praticar.

Nas palavras de Di Pietro,

Seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoria e impostos unilateralmente e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regido por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes.

Gandini e Salomão ao distinguir os atos de gestão dos atos de império lecionam:

Só pelos atos de gestão cabe ação indenizatória, pois não se pode questionar a soberania do Estado. Por outro lado, é imprescindível a ocorrência da culpa do funcionário, explicitada na imprudência, negligência ou imperícia, como condição para responsabilização daquele. (GANDINI e SALOMÃO, 2003)

A teoria civilista, baseada nos atos de império e de gestão, muito embora nem sempre o Estado responsabilizava-se por seus atos, representou um avanço em direção à responsabilidade civil do Estado.

---

<sup>5</sup> “Em fins do século XVIII, logo após a Revolução Francesa, em que as revoltas provocaram vários danos a bens particulares, surgiu a diferenciação entre atos de gestão e atos de império, como uma técnica jurídica com a finalidade de minimizar os prejuízos que poderia ter de arcar o tesouro francês, já praticamente insolvente.” (GANDINI e SALOMÃO, 2003)

### 2.2.2.2 Culpa civil ou da responsabilidade subjetiva

Abandonada a prática dos atos de império e atos de gestão, o Estado, equiparando-se ao particular, passa a aceitar a responsabilidade a partir da demonstração de culpa pelo ofendido, consagrando a teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva do Estado. (DI PIETRO, 2011)

Segundo esta teoria, aquele que sofresse dano proveniente de um ato praticado pelo agente público teria direito a reparação. Todavia, a responsabilidade do Estado submetia-se a culpa ou dolo do Agente, sem o qual a obrigação de indenizar não existia. (GASPARINI, 2005)

Nas palavras de Gasparini (2005, p. 899), “o estágio da responsabilidade com culpa civil do Estado, também chamada de responsabilidade subjetiva do Estado, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelha, para fins de indenização, o Estado ao particular”.

No Brasil, a teoria civilista da culpa civil foi agasalhada pelo Código Civil de 1916, art. 15 (atual art. 43), e posteriormente recepcionada pela Constituição Federal de 1946. (GASPARINI, 2005)

Conforme dispunha o art. 15 do CC/1916,

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Em suma, pela teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva o Estado é responsável pelos atos praticados por seus agentes, desde que comprovado a culpa pelo dano sofrido.

Na visão de Di Pietro (2011), o marco relevante para o reconhecimento da responsabilidade do Estado ocorreu na França em 1873, com o famoso caso Blanco<sup>6</sup>, que segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 946), “Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado “não é nem geral nem absoluta” e que se

---

<sup>6</sup> A menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. [...] o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. (DI PIETRO, 2011)

regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei”.

### 2.2.3 Teorias publicistas

Em última análise, temos as teorias publicistas, voltada inteiramente ao direito público. Entendida pelas teorias da culpa do serviço ou administrativa e a teoria do risco, baseando-se na falta ou deficiência do serviço público prestado, razão pela qual o Estado deveria recompor o dano sofrido por terceiro. Não importando aqui a comprovação da culpa ou dolo do agente. (DI PIETRO, 2011)

#### 2.2.3.1 Culpa administrativa

A teoria da culpa administrativa ou da *faute du service* (falta do serviço), retira a culpa do agente e a transfere ao Estado, que por sua vez, responde pela falta de serviço público ou por sua ineficiência. (MORAES, 2007)

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. (DI PIETRO, 2011, p. 646)

Dessa forma, a culpa administrativa firma-se pela falta do serviço, quando o Estado deveria fazê-lo e não o fez, ou quando realizou de maneira defeituosa ou atrasada. Devendo a vítima comprovar a ineficiência ou a falta do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2008)

Na visão de Meirelles (2005, p. 645), “esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização”.

Tal teoria representa a passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva, levando em conta a insuficiência do serviço prestado, ou não, para que o Estado seja responsabilizado.

### 2.2.3.2 Risco administrativo

Conhecida também como responsabilidade civil objetiva do Estado. A teoria do risco administrativo baseia-se no ato lesivo e injusto sofrido pela vítima. Bastando a demonstração do nexos causal entre o dano e a ação ou omissão do Estado, sem necessidade de comprovar culpa. (MEIRELLES, 2005)

Acerca do risco administrativo salienta Meirelles, “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva.” (MEIRELLES, 2005, p. 645)

Por esta teoria o Estado torna-se responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, de modo que estará incólume de qualquer ato praticado por terceiro, pela própria vítima, ou por fenômenos a Natureza, estranhos à sua atividade. (CAVALIERI FILHO, 2008)

A teoria do risco administrativo foi acolhida pelos Estados modernos, inclusive pelo Brasil, tratando especificamente da responsabilidade civil do Estado, pela primeira vez, no art. 15 do Código Civil de 1916. (CAVALIERI FILHO, 2008)

Atualmente, a teoria do risco administrativo encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, art. 37, §6º, de modo que o “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.” (BRASIL, CRFB, 2011)

Portanto, com base na teoria do risco administrativo o Estado é obrigado a reparar o dano, se comprovado o nexos de causalidade entre dano sofrido e o ato praticado.

### 2.2.3.3 Risco integral

Seguindo os mesmos parâmetros da responsabilidade objetiva, a teoria do risco integral, assim como a do risco administrativo, não há necessidade de comprovar a culpa do serviço público, tampouco de seu agente.

O risco integral representa “um sentido absoluto da responsabilidade da Administração, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado a suas atividades.” (MEDAUAR, 2006, p.368)

Esta teoria diferencia-se da teoria do risco administrativo visto que não se fala em causas que possibilitam a exclusão da responsabilidade do Estado. A Administração Pública fica obrigada a indenizar danos causados por terceiros ou mesmo pela própria vítima. (MEIRELLES, 2005)

Tal teoria, no entanto, jamais ganhou respaldo no direito brasileiro uma vez que sua aplicação certamente produziria graves consequências em nosso ordenamento jurídico. (MEIRELLES, 2005)

## 2.3 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 2.3.1 Atos comissivos e omissivos

A responsabilidade civil do Estado encontra-se intimamente relacionada a um ato praticado pelo agente público e/ou a administração pública, seja ele comissivo ou omissivo.

Celso Antonio Bandeira de Mello exemplifica o ato comissivo em duas situações: legítimo e ilegítimo. Segundo o autor, “o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público”. Todavia, em razão do princípio da isonomia, deverá reparar o ato lesivo a fim de satisfazer o interesse coletivo. (MELLO, 2006, p. 955)

Se o ato legítimo, quando causador de dano, gera responsabilidade civil objetiva ao Estado, a conduta ilegítima não cabe, senão, a mesma aplicação. “É que tanto numa como noutra hipótese o administrador não tem como se evadir à ação estatal. [...] Sabe-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante.” (MELLO, 2006, p. 955)

Se por um lado o ato comissivo não se discute quanto à responsabilidade civil objetiva do Estado, por outro lado, o ato omissivo gera divergências, quanto à aplicabilidade da responsabilidade objetiva. (DI PIETRO, 2011)

Conforme Di Pietro (2011, p. 654), “segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público.”

Cavaliere Filho ao discorrer sobre o assunto enfatiza, “o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade *comissiva* do Estado; pelo contrário, a

ação a que alude *engloba tanto a conduta comissiva como omissiva*”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 239)

Na visão de Gandini e Salomão o legislador teria retroagido se abarcasse tão somente os atos comissivos.

Entender-se que o legislador brasileiro, muito bem informado, à época, da evolução do instituto, teria recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, retroagindo, no que tange à omissiva, aos tempos da culpa civilística ou da *faute du service*, seria demasiado. Aliás, a responsabilidade objetiva já vinha consagrada no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1946 [art. 194] <sup>[38]</sup>. Por que, então, o legislador constitucional, ao invés de avançar, teria preferido recuar, distinguindo as duas condutas? Qual o fundamento, legal e político, para a distinção? (Gandini e Salomão, 2003)

Em contrapartida, Di Pietro defende a teoria da responsabilidade subjetiva, ao entender que o Estado não responde por todo e qualquer ato de omissão. Segundo a doutrinadora, para ensejar responsabilidade ao Estado, tal ato deve ser ilícito, diferentemente do que ocorre nos atos comissivos que não importa ser lícito ou ilícito. (DI PIETRO, 2011)

Para a autora, “não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável”. (DI PIETRO, 2011, p. 655)

Na mesma concepção, leciona Mello (2006, p. 957),

Caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito.

Seja o ato comissivo ou omissivo, importante se faz primeiramente analisar qual a relação entre o dano e o ato causador deste. Razão pela qual o nexo de causalidade merece especial atenção.

### **2.3.2 Nexo de causalidade**

Outro fundamento da responsabilidade civil do Estado encontra-se pautado na causalidade, com o objetivo de relacionar o dano sofrido pelo lesado com o ato danoso, sendo desnecessário provar a culpa do agente público. (CAHALI, 2007)

Segundo Venosa, “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o

nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.” (VENOSA, 2005, p. 42)

Assim, para aplicação da responsabilidade civil, seja entre particulares ou entre este e o ente público, é necessário o nexo de causalidade que segundo Rizzardo resume-se no dano, na antijuridicidade e na imputação. (RIZZARDO, 2007)

### **2.3.3 Causas excludentes da responsabilidade do Estado**

Conforme visto até aqui, o Estado é responsável pelo dano sofrido à vítima quando demonstrado o nexo com a atividade da Administração Pública. A inexistência do nexo entre o ato omissivo ou comissivo com o dano, afasta total ou parcialmente a obrigação de indenizar do Estado. (DI PIETRO, 2011)

O nexo de causalidade inexistente quando a causa do dano não for provocada pelo serviço público. “Em suma, diz-se que não cabe responsabilidade do Estado quando não se lhe pode atribuir a autoria do ato danoso.” (GASPARINI, 2005, p. 902)

Gasparini apresenta duas hipóteses que afastam a responsabilidade do Estado: a primeira refere-se ao caso fortuito e força maior, quando o acontecimento é imprevisível e irresistível. Enquanto que na segunda hipótese a vítima é quem deu causa ao evento danoso. São, portanto, causas excludentes da responsabilidade civil do Estado. (GASPARINI, 2005)

Por caso fortuito, entende-se um ato humano ou falha da administração, quando estes não puderam ser evitados. Enquanto que por força maior refere-se aos fatos da natureza. (AMORIM)

Para Di Pietro, o caso fortuito, uma vez consubstanciado no ato humano ou na falha da administração não há que se falar em causa excludente da responsabilidade do Estado. (DI PIETRO, 2011)

Por outro lado, ao discorrer sobre força maior a autora enfatiza, “é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado”. (DI PIETRO, 2011, p. 652)

Além da força maior e caso fortuito, outra excludente da responsabilidade civil do Estado está na culpa de terceiros ou da própria vítima, podendo ser exclusiva ou concorrente, de modo que desta resultará na responsabilidade parcial da Administração. (MEDAUAR, 2008)

### **3 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE PARTICULAR PELO ESTADO**

#### **3.1 LICITAÇÃO**

##### **3.1.1 Conceito, natureza jurídica e princípios licitatórios**

Sabe-se que a Administração Pública<sup>7</sup> direta ou indireta, independente da esfera de poder, realiza atividades, necessárias ao atendimento do interesse público, de obras e serviços, compras e alienação de bens. Para tanto, depende de prévia licitação. (MEIRELLES, 2007)

A licitação é um procedimento preliminar, rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade com a lei, por meio do qual a Administração Pública abre espaço ao particular, interessado em contratar com o Poder Público, a fim de escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (MELLO, 2006, p. 492)

O TCU, na obra *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU* esclarece:

Licitação é procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. (BRASIL, TCU, 2010, p. 19)

O instituto da licitação encontra-se previsto no art. 37, XXI, da CF/88, e regulamentado pela Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública).

Conforme dispõe o art. 37, XXI, da CF/88:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

---

<sup>7</sup> Sobre Administração Pública enfatiza Márcio Fernando Elias Rosa (2011, p. 23): “A Administração Pública pode ser conceituada, em sentido amplo, como o conjunto de entidades e de órgãos incumbidos de realizar a atividade administrativa visando à satisfação das necessidades coletivas e segundos os fins desejados pelo Estado.”

Em suma, a licitação é um procedimento obrigatório, ressalvado os casos estabelecidos pela Lei, à Administração Pública direta, indireta e às entidades privadas que estejam no exercício de função pública.

Importa ressaltar que a expressão ‘Administração Pública’ é aqui associada, não como poder executivo, mas à função administrativa exercida nas três esferas de poder. Dessa forma, “os órgãos do Poder Judiciário e do Poder legislativo, quando efetivam contratação com terceiros, desempenham atividade de natureza administrativa”, submetendo-se ao procedimento licitatório. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 15)

O emprego da licitação tem como principal objetivo possibilitar ao ente público a realização do negócio mais vantajoso e oportunizar ao particular disputar a participação nos negócios. (MELLO, 2006, p. 494)

Sobre o objetivo da licitação enfatiza o TCU (2010, p. 19):

Objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e a possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca ainda três impostergáveis exigências públicas que objetivam o procedimento licitatório: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; e obediência aos reclamos de probidade administrativa. (MELLO, 2006)

Nas palavras de Meirelles (2007, p. 27):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro de padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios jurídicos.

Para Di Pietro (2011, p. 357), “a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital”, cabendo a Administração escolher a proposta mais conveniente, de modo a resguardar o interesse público.

Sendo assim, a licitação depende da observância de determinados atos e princípios que formam o processo licitatório e dão validade e eficácia ao negócio, compreendendo as seguintes fases: publicação do edital ou convite, o recebimento das

propostas, habilitação, classificação, adjudicação, além de outras que possam surgir no decurso do processo. (DI PIETRO, 2005)

Marçal Justen Filho divide o processo licitatório em duas etapas distintas: a interna, atos necessários que visam definir a licitação e o contrato que seguirão, desenvolve no âmbito exclusivo da Administração e se conclui com a edição do ato convocatório da licitação; e a externa, atos destinados a selecionar a proposta mais vantajosa e produzem efeitos perante terceiros. (JUSTEN FILHO, 2005)

Sobre a fase interna salienta o autor:

Sob um certo ângulo, é uma etapa “gestacional”. Durante seu decurso, são estabelecidas as condições que nortearão e regerão todo o desenvolvimento subsequente do procedimento administrativo. [...] O desenvolvimento regular dessa etapa preliminar é condição para o êxito da atividade posterior da Administração. Todos os demais atos praticados pela Administração, no curso da licitação, são reflexos das decisões e dos atos praticados na fase interna. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 371)

Enquanto isso, o procedimento externo inicia-se com a publicação do edital ou o convite, instrumento convocatório que visa tornar público a existência da licitação, define o objeto e as regras impostas aos interessados. Para Di Pietro, o edital representa a lei da licitação ou lei do contrato, do qual “nem a administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação respectivamente.” (DI PIETRO, 2011, p. 357)

Ademais, como forma de resguardar a Administração Pública de eventual responsabilização pela inadimplência de encargos trabalhistas do contratado, o art. 19-A da Instrução Normativa do MPOG dispõe,

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, [...];

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração;

e

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

De acordo com Justen Filho (2011, p. 449), “ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração Pública exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor”.

A habilitação compreende a qualificação necessária dos licitantes, como por exemplo, a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista. Enquanto isso, na etapa de classificação são dispostas as propostas admitidas. E finalmente, o ato de adjudicação trata-se da seleção da proposta havida como satisfatória pela Administração e a convocação do vencedor para firmar o contrato. (MELLO, 2006)

Segundo Meirelles, na seleção da proposta mais vantajosa, em regra, dá-se preferência à proposta de menor preço, mas em determinados casos poderá prevalecer a proposta de melhor técnica. (MEIRELLES, 2007)

O procedimento licitatório, seja ele interno ou externo, tornam-se indispensáveis para que a escolha não aconteça de forma subjetiva, vencendo aquele que satisfazer os critérios objetivos. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 449)

Além das fases a serem seguidas, dando validade ao procedimento licitatório, faz-se necessário atentar-se aos princípios peculiares da licitação, não cabendo apenas escolher a proposta mais vantajosa.

Conforme dispõe o art. 3º, caput, da Lei 8.666/93:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Além dos princípios expostos pela lei, a doutrina faz referência a outros também importantes ao processo licitatório. Entretanto, não há entre os doutrinadores uniformidade na indicação dos princípios.

Marçal Justen Filho ao definir licitação reporta ao princípio da isonomia como forma de se evadir de possíveis abusos. Segundo o autor,

Se prevalecesse exclusivamente a idéia da “vantajosidade”, a busca da “vantagem” poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. (2011, p. 450-451)

Di Pietro cita o princípio da indisponibilidade do interesse público como base para a própria licitação, considerada pela doutrinadora como princípio a que se vincula a Administração pública, uma vez que a escolha da proposta deve atender ao interesse público. (DI PIETRO, 2011)

Outro importante princípio exposto pela doutrina é o da competitividade que, segundo Gasparini, trata-se da vedação de qualquer condição que comprometa, restrinja ou frustre o caráter de competição entre os interessados à licitação. Submetendo inclusive, a Administração Pública à ação popular caso o processo licitatório não atenda ao princípio da competitividade. (GASPARINI, 2005)

Dessa forma, cabe a Administração ao licitar atentar-se não apenas as fases do processo, mas aos princípios que envolvem a licitação, sobretudo ao interesse público.

### **3.1.2 Hipóteses de dispensa e inexigibilidades licitatórias**

Como regra a licitação é um procedimento indispensável nos contratos da Administração Pública com o particular. Porém, há casos em que a própria lei permite a contratação direta. Trata-se da dispensa e da inexigibilidade licitatória.

A própria Constituição prevê a possibilidade de a legislação fixar hipóteses de contratação direta ao dispor em seu art. 37, XXI, da CF/88: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]” (grifo meu)

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 506), “são licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes”.

No entanto, é preciso ter cautela ao decidir pela contratação direta, vez que somente a lei pode autorizar. Conforme dispõe o TCU:

Agente público que dispensar ou inexigir licitação sem fundamentação legal ou deixar de observar as formalidades pertinentes, ou aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder

Público, sujeita-se à pena de três a cinco anos de detenção e multa, sem prejuízo de outras cominações legais. (BRASIL, TCU, 2010)

A dispensa de licitação poderá acontecer de duas formas, dispensada ou dispensável. A diferença está no fato de que na dispensada a própria lei declarou-a como tal. São os casos elencados nos incs. I e II, do art. 17, da LLCA, relacionados aos casos de alienação de bens móveis e imóveis pela Administração. Enquanto isso, na licitação dispensável a lei enumera os casos em que, mesmo possível a licitação, é facultado a Administração deixar de realizar, se assim lhe convier, em razão do princípio da eficiência. São os dispostos no art. 24 da LLCA. (BRASIL, TCU, 2010)

Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre dispensa de licitação acentua:

Toda licitação envolve uma relação de custo e benefício. [...] Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra-individuais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 233-234)

Outra hipótese de contratação direta é elencada no art. 25 da lei. Trata-se da inexigibilidade licitatória, quando a competição torna-se impossível por haver somente um fornecedor capaz de satisfazer as características do bem ou serviço que a Administração pretende adquirir.

Acerca da inexigibilidade de licitação enfatiza o TCU,

Caracteriza-se inexigibilidade de licitação por haver apenas um determinado objeto ou pessoa que atenda as necessidades da Administração. Na inexigibilidade, a licitação não é possível pela inviabilidade de competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório. Na contratação de serviços, o objeto deve ter natureza singular, ser técnico especializado e o futuro contratado possuir notória especialização. (BRASIL, TCU, 2010)

Importa ressaltar que mesmo nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, não pode a Administração Pública contratar diretamente com o particular da forma que bem entender. Mesmo nestes casos é indispensável atentar-se aos princípios administrativos. Segundo o TCU, “em qualquer caso de contratação direta deve sempre ser negociada a proposta para que seja a mais vantajosa possível para a Administração”.

Neste sentido salienta Justen Filho (2010, p.234), “não há como justificar que, estando subordinada a realizar interesses indisponíveis e a obedecer ao princípio da isonomia, a Administração efetive contratação abusiva”.

Em suma, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível, mas por não satisfazer as necessidades coletivas, possibilita a Administração contratar diretamente com o particular, sem submeter-se ao processo licitatório. Por outro lado, a inexigibilidade ocorre pela impossibilidade de competição, tendo em vista a singularidade do objeto ou do ofertante. (MELLO, 2011)

### **3.1.3 Modalidades e tipos de licitação**

A licitação, como visto, é imprescindível nos contratos realizados entre o ente público e o particular, seja para obras, serviços, compras, entre outros. Para isso, é importante ressaltar que o procedimento licitatório deverá ser aplicado de acordo com a modalidade, “forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei.” (BRASIL, TCU, 2010, p. 38)

A lei de licitações e contratos prevê em seu art. 22, cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Além destas, outra modalidade admitida é o pregão, instituído pela lei nº 10.520/2002, aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios. (DI PIETRO, 2005)

Celso Ribeiro de Bastos classifica as modalidades em função de dois critérios. O primeiro pelo valor do objeto a ser licitado, que por sua vez exige maiores formalidades. São as modalidades de concorrência, tomada de preços e convite. O segundo critério, leva em conta a particularidade do objeto, trata-se das modalidades concurso e leilão. (BASTOS, 2002)

A modalidade concorrência é a mais complexa, caracteriza-se pela ampla possibilidade de participação, podendo concorrer qualquer interessado, cadastrado ou não, desde que atendido os requisitos mínimos exigidos pelo edital. Tal modalidade é a que melhor atende ao princípio da universalidade. (BASTOS, 2002)

Segundo Justen Filho (2011, p. 463), “a concorrência se caracteriza pela amplitude de participação e pela existência de maior complexidade procedimental. Ademais disso, a concorrência pode ser utilizada para qualquer tipo de licitação”.

Conforme dispõe o art. 23, §4º, da LLCA, “nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”.

A modalidade tomada de preço é utilizada para valores inferiores ao da concorrência, podendo participar o interessado previamente cadastrado ou que atenda as

condições para cadastramento até três dias antes da data que antecede o recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. (MEDAUAR, 2010)

Tanto na modalidade concorrência como na tomada de preço a apresentação das propostas depende de prévia publicação de edital. Enquanto que na modalidade convite, tal requisito não é obrigatório. Nesta o participante é convidado pela Administração a participar do processo, devendo ser convidado, no mínimo, três competidores, cadastrados ou não.

Sobre a modalidade convite salienta o TCU:

Convite é modalidade de licitação mais simples. A Administração escolhe entre os possíveis interessados quem quer convidar, cadastrados ou não. A divulgação deve ser feita mediante afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação, conforme a Lei de Licitações.

Dessa forma, vale ressaltar que tal modalidade permite a participação de interessados não convidados, desde que esteja cadastrado no ramo específico e manifeste o interesse 24 horas antes da apresentação das propostas. Conforme disposto no art. 22, §3º, da LLCA, “estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”.

No entanto, a faculdade de escolha pela Administração deve ser exercida com cautela e em atenção aos princípios a ela inerentes. A preferência meramente subjetiva por determinado licitante acarretará desvio de finalidade e ofensa à moralidade e à isonomia, levando a invalidade do ato. (JUSTEN FILHO, 2005)

Neste sentido, enfatiza o TCU,

Para evitar que no convite participem sempre os mesmos licitantes, deve ser convidado, no mínimo, mais um interessado para cada repetição do certame e para convites de objeto idêntico ou assemelhado a licitações anteriores.

Na modalidade concurso a escolha é feita mediante apresentação de trabalho técnico, científico ou artístico, de cunho intelectual. Nesta modalidade não há exigências quanto a qualificação ou cadastramento, visto que à Administração cabe tão somente a seleção do melhor trabalho realizado. Sendo que este receberá mediante premiação ou remuneração. (BASTOS, 2002)

Segundo Meirelles,

É a modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência. [...] O

concurso exaure-se com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios.(MEIRELLES, 2004, p. 313)

Enquanto isso, o leilão é a modalidade de licitação utilizada pela Administração Pública especialmente para a venda de imóveis inservíveis, além de produtos legalmente apreendidos ou penhorados. Trata-se de um ato negocial instantâneo, sem necessidade de contrato formal, pelo qual o bem é apregoado, os lances são verbais, a venda realizada à vista ou em curto prazo e a entrega imediata. (MEIRELLES, 2004)

De acordo com a lei de licitação, “é vedada a criação de outras modalidades de licitação” (art. 22, § 8<sup>a</sup>), ressalvado a disposição em lei federal específica. É o caso da modalidade pregão previsto pela lei nº 10.520/02, utilizada exclusivamente na aquisição de bens e serviços comuns<sup>8</sup>, por meio de propostas escritas ou por lance, verbais ou escritos, independente do valor estimado da contratação. (BRASIL, TCU, 2010)

Para Meirelles (2007, p.104), na modalidade pregão “o que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital”.

Sobre tal modalidade acentua o TCU,

Pregão é modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, ainda que virtual. Os licitantes após apresentação das propostas com os preços escritos têm a faculdade de reduzi-los mediante lances verbais ou via internet.

Ao contrário do que ocorre nas demais modalidades, em pregão a escolha da proposta é feita antes da análise da documentação, razão maior da celeridade que envolve o procedimento. (BRASIL, TCU, 2010, p. 46)

Vale ressaltar que no processo licitatório, além de determinar a modalidade adequada à pretensão da Administração, deve ainda estabelecer o tipo de licitação que visa orientar na seleção da proposta. (JUSTEN FILHO, 2005)

Os tipos de licitação, previstos no §1º, art. 45 da lei 8.666/93, constituem o de menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance.

O critério de ‘menor preço’ é utilizado geralmente para compra de bens, execução de obras ou prestação de serviços. A classificação se dá pela ordem crescente dos preços propostos, devendo a Administração verificar se as propostas estão de acordo com as especificações do ato convocatório. (BRASIL, TCU, 2010)

---

<sup>8</sup> Conforme dispõe o art. 1º, §1º, da lei nº 10.520/02, “consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Os tipos de licitação ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’, conforme art. 46 da lei de licitação, são utilizados exclusivamente aos serviços de natureza intelectual. Segundo o TCU, no tipo ‘melhor técnica’ “a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida após negociação das condições ofertadas com a proponente melhor classificada”, enquanto que no tipo técnica e preço, “serão classificadas e avaliadas as propostas técnicas de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório, mediante ponderação da nota e peso atribuídos a cada um dos fatores estabelecidos”. (BRASIL, TCU, 2010, p. 114-115)

Ainda em relação ao tipo ‘técnica e preço’, o §4º, art. 45 da lei 8.666/93, dispõe que será obrigatório nos casos de contratação de bens e serviços de informática.

Por outro lado, o ‘maior lance’ será utilizado para nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. “Será vencedora a proposta que oferecer a maior vantagem econômica para Administração”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 335)

Dessa forma, a modalidade e o tipo de licitação não se confundem, enquanto este trata dos critérios de seleção da proposta, aquela refere-se a estrutura do procedimento licitatório. (JUSTEN FILHO, 2005)

### **3.1.4 O regime diferenciado de contratações (RDC)**

Além das modalidades expressas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e do Pregão acima elucidadas, outra recente modalidade instituída pela lei nº 12.462/2011 é o Regime Diferenciado de Contratações.

Tal modalidade foi instituída a fim de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. (Lei nº 12.462/2011, art. 1º, §1º)

O Regime Diferenciado de Contratações, é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais, das ações

integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (art. 1º, *caput* e incs. I a V)

Segundo Rodrigo Krawczyk,

O motivo essencial de sua criação deve-se preponderantemente ao fato da Administração desejar instrumentalizar-se com maneiras mais céleres, econômicas e eficientes de contratação pública. A criação de um diploma destinado especificamente a atender obras infraestruturais de grandioso vulto representam a consolidação de uma política nacional [...]. (KRAWCZYK, 2012)

Pelo RDC é conferido à Administração Pública, seja no processo de licitação ou em contratação direta, algumas faculdades até então vedadas pela lei nº 8.666/93, como por exemplo: a possibilitada de indicar marca ou modelo, tal faculdade é, em regra, vedado pela lei de licitação e contrato, salvo exceções, conforme disposto no §5º, art.7º da lei; exigir amostra, esta possibilita à Administração verificar se o objeto cotado pelo licitante está de acordo com as exigências estabelecidas no edital; solicitar a certificação da qualidade ou do processo de fabricação, tal certificação poderá ser exigida na fase de apresentação da proposta e utilizada como critério de pontuação; bem como solicitar carta de solidariedade emitida pelo fabricante, a fim de assegurar a execução do contrato em caso de ser contratado revendedor ou distribuidor. (DOTTI e PEREIRA JUNIOR, 2013)

No entanto, tal faculdade não afasta a Administração de justificar a escolha. Segundo Dotti e Pereira Junior, a decisão que escolhe o produto ou o serviço deverá ser motivada e integrará o processo administrativo da licitação ou da contratação direta. (DOTTI e PEREIRA JUNIOR, 2013)

Além destas, outra importante distinção entre o RDC e a Lei nº 8.666/93, está na contratação integrada, pelo qual a Administração poderá contratar com uma única empresa para realizar todas as etapas, desde a elaboração do projeto, a execução da obra ou serviço e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. (KRAWCZYK, 2012)

Importa ressaltar que o emprego de tal modalidade não exime a Administração aos princípios constitucionais a ela inerentes, principalmente no que diz respeito ao interesse público.

## 3.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 3.2.1 Conceito, natureza jurídica e características

Contrato é um acordo de vontades estabelecido entre as partes, que dispõe de direitos e obrigações. Caracteriza-se pela liberdade e capacidade jurídica das partes.

Como em todo contrato, seja ele público ou privado, é indispensável atentar-se a certos princípios. E neste sentido leciona Meirelles:

Todo contrato – privado ou público – é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do que pactuaram (*pacta sunt servanda*). Pelo primeiro torna-se imutável o que as partes convencionaram; pelo segundo devem ambas cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente. (MEIRELLES, 2007, p. 194)

O contrato administrativo, regulado pela lei nº 8.666/93, refere-se a um acordo firmado entre o ente público e o particular, formando obrigações recíprocas. No entanto, tal contrato apresenta algumas peculiaridades, as quais não aparecem nos contratos firmados entre particulares.

Neste sentido enfatiza o TCU:

Contratos celebrados entre a Administração e particulares são diferentes daqueles firmados no âmbito do direito privado. Isso ocorre porque nos contratos celebrados entre particulares vale como regra a disponibilidade da vontade, enquanto que naqueles em que a Administração é parte deve existir a constante busca pela plena realização do interesse público. (BRASIL, TCU, 2010, p. 645)

Importa ressaltar que a maioria dos doutrinadores defendem a existência de dois tipos de contratos celebrados pela Administração Pública, os contratos administrativos propriamente ditos, regido pelo regime jurídico de direito público, e os contratos regidos pelo direito privado.

Nas palavras de Meirelles (2007, p. 197), “ao lado dos contratos administrativos propriamente ditos a Administração Pública (direita ou indireta) pode realizar ajustes com os particulares, cuja natureza os submete mais acentuadamente ao Direito Privado”.

Segundo o autor, nos contratos administrativos consubstanciados pela supremacia do poder, possui certa peculiaridade, resultado das chamadas cláusulas exorbitante, que visa estabelecer uma prerrogativa em favor da Administração para o perfeito atendimento ao interesse público que se sobrepõe aos interesses particulares. “Enquanto nos ajustes privados a liberdade contratual é ampla, sendo permitido a

qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprouver”. (MEIRELLES, 2004, p. 215)

Celso Antonio Bandeira de Mello distinguiu-os em contratos de direito privado da administração e contratos administrativos, citando como exemplo dos primeiros, a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, e dos segundos, a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, etc. (MELLO, 2006)

No entanto, não pode a administração realizar contratos, seja público ou privado, sem finalidade pública ou contra o interesse público, vez que são pressupostos necessários de toda atuação administrativa. (MEIRELLES, 2007)

Ademais, a fato de a administração possuir prerrogativas não conferidas ao particular, não pode essa deixar de lado direitos individuais do contratado. De acordo com o TCU,

Prevalece no contrato administrativo o interesse da coletividade sobre o particular. Essa superioridade, no entanto, não permite que a Administração ao impor vontade própria ignore direitos do particular que com ela contrata. A Administração tem o dever de zelar pela justiça. (BRASIL, TCU, 2010, p. 645)

A lei 8.666/93 conceitua o contrato administrativo como:

Todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (art.2º, Parágrafo único)

Por conta da particularidade do contrato administrativo, há uma divergência quanto a natureza jurídica. Há doutrinadores que defendem a natureza contratual, tendo em vista o acordo de vontades celebrado entre o Ente Público e o particular. Outros defendem a natureza unilateral, estes se baseiam no fato da administração poder modificar ou extinguir unilateralmente o contrato. (JUSTEN FILHO, 2011)

Marçal Justen Filho defende a natureza contratual dos contratos administrativos dispondo que: “Ainda que seja reconhecida à Administração Pública a competência para unilateralmente introduzir modificações ou extinguir a contratação, a constituição do vínculo depende desse acordo de vontades.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 435)

Em síntese, o contrato administrativo será sempre bilateral, respeitado a supremacia de poder outorgada à Administração para fixar as condições iniciais. Será ainda, formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*, uma vez que depende da pessoa

do contratado para sua execução. Devendo estar presente as cláusulas exorbitantes, as quais coloca a Administração Pública em posição privilegiada, possibilitando-a, em determinadas situações alterar ou extinguir unilateralmente o contrato de acordo com o interesse público. (MEIRELLES, 2007)

### 3.2.2 Formalidades obrigatórias ao contrato administrativo

Como visto, o contrato administrativo reuni certa peculiaridade que o diferencia do contrato celebrado entre particulares. E assim como estes, exige certa formalidade inerente a tais contratos.

O contrato administrativo deverá ser escrito, salvo os de pequenas despesas de pronto pagamento; lavrados nas repartições interessadas, sob a forma de termo, ou levado a registro no cartório de notas em casos de direitos reais sobre imóveis; antecedido de licitação, com exceção à dispensa e inexigibilidade; além da obrigatoriedade das cláusulas exorbitantes. (MELLO, 2006)

Meirelles faz referência ainda ao conteúdo do contrato que deve ser o mesmo do edital de licitação e o da proposta aceita pela Administração, não podendo o contrato divergir do edital sob pena de nulidade. Segundo o autor, nos casos de dispensa seu conteúdo deve ater-se ao despacho que autoriza sua realização. (MEIRELLES, 2007)

Conforme dispõe o Art. 61 da lei 8.666/93, todo contrato deverá necessariamente mencionar “*os nomes das partes e seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais*”. (grifo meu)

Meirelles aduz que a ausência de requisitos formais podem viciar a manifestação de vontade das partes e comprometer o ajuste. Para o autor,

*A forma, em Direito Administrativo, é uma garantia para os administrados e para a própria Administração: garantia de eficácia e de moralidade nos negócios públicos, os quais devem atender aos requisitos necessários à sua efetivação e ficar documentalmente comprovados nas repartições que os realizam, [...]. (MEIRELLES, 2007, p. 220)*

Outro requisito essencial está na publicação do contrato, formalidade exigida pelas normas administrativas, que será publicado de forma resumida, constando o nome das partes, o objeto do contrato e o valor ajustado. (MEIRELLES, 2007)

Importa ressaltar que o contrato administrativo será sempre obrigatório nas modalidades de concorrência, tomada de preço e pregão, ou nos casos de dispensa e inexigibilidade com preço no limite das modalidades concorrência e tomada de preço, para contratações com obrigações futuras. Nos demais casos o termo de contrato será facultativo, podendo ser substituído por outros instrumentos hábeis, tais como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (BRASIL, TCU, 2010)

Dessa forma, entende-se que, salvo nos casos de dispensa e inexigibilidade, todo contrato será antecedido de licitação, mas nem toda licitação será precedida de contrato.

### **3.2.3 As cláusulas exorbitantes do contrato administrativo**

Como característica do contrato administrativo, as cláusulas exorbitantes são as que conferem ao Ente Público prerrogativas, colocando-o em posição de supremacia, em relação ao contratado. (DI PIETRO, 2005)

No direito privado a imposição de cláusulas exorbitante é considerada ilícita, por apresentarem dissonância entre as partes. Enquanto isso, no contrato administrativo tal prerrogativa decorre da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, são, portanto, válidas. (MEIRELLES, 2007)

Tais cláusulas estão dispostas na lei 8.666/93 em seu art. 58, como por exemplo, a possibilidade para modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público; acompanhar e fiscalizar a execução do contrato; aplicar sanções em caso de inexecução total ou parcial; e possibilidade de rescindir o contrato. Tudo isso observado os direitos do contratado.

A alteração unilateral do contrato visa possibilitar a melhor adequação às finalidades de interesse público (art. 58, inc. I). No entanto, tal prerrogativa não é absoluta. Conforme dispõe o inc. I, art. 65, da Lei de licitação e contratos, a alteração unilateral do contrato poderá ocorrer nos seguintes: quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos, ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

No entanto, deve a Administração Pública, quando da alteração contratual, atentar-se ao equilíbrio econômico-financeiro. Conforme Di Pietro,

Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o direito do contratado, de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração. (DI PIETRO, 2007, p. 257-258)

Enquanto isso, na rescisão do contrato pela Administração, esta deve obedecer ao disposto no inc. I, art. 79, da LLCA, que decorre do princípio da continuidade do serviço público, e resumiu-se pela inadimplência do contrato e pelo interesse público. (MEIRELLES, 2007)

Contudo, não pode a Administração rescindir o contrato sem justa causa, visto que não se trata de ato discricionário, mas vinculado a uma justificação legal. Segundo MEIRELLES (2007, p. 206), “quando a Administração pretender rescindir unilateralmente o contrato, deverá cientificar o contratado, indicando os motivos da rescisão e dando-lhe oportunidade de defesa. Sem essa cautela o ato rescisório poderá expor-se a invalidação.”

Outra importante prerrogativa, talvez a mais importante no presente trabalho, é o acompanhamento e fiscalização do contrato pela Administração Pública, “medidas poderosas colocadas a disposição do gestor na defesa do interesse público”. (BRASIL, TCU, 2010, p. 780)

O objetivo é assegurar a fiel observância das cláusulas contratuais e a realização da obra ou serviço dentro do estabelecido no contrato, a saber: os aspectos técnicos, de qualidade e cronológico. (MEIRELLES, 2007)

Além das regalias, conferidas à Administração, até aqui elucidadas, outra prerrogativa está na imposição de sanção em caso de inadimplência pelo contratado. Nas palavras de Gasparini (2005, p. 602), “ocorrida a inadimplência do contratante particular, surge para a Administração Pública o dever-poder de impor a pena, inclusive de rescisão, sem necessidade do auxílio do Poder Judiciário”, ressalvados os casos de resistência do contratado, resguardado o direito de defesa do particular.

É importante ressaltar que tais prerrogativas consubstanciam em deveres-poderes da Administração Pública, visto que a não observância de tais cláusulas, explícita ou implícita, por parte daquela, poderá acarretar responsabilidade a Administração. (GASPARINI, 2005)

### 3.2.4 Extinção do contrato administrativo e consequências jurídicas

Vimos acima que uma das prerrogativas da Administração Pública é a rescisão unilateral do contrato em razão da inadimplência do contratado ou por interesse público. No entanto, a extinção do contrato administrativo poderá ocorrer por razões diversas do ato unilateral.

Acerca da extinção do contrato salienta Meirelles (2007, p. 244), “é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes, pela conclusão de seu objeto ou término do prazo, ou, ainda, pelo seu rompimento através da rescisão ou da anulação”.

De acordo com o autor, na conclusão do objeto, as partes cumprem integralmente o acordo, tanto a realização do objeto pelo particular, como o pagamento pela Administração. Enquanto isso, na extinção do contrato pelo término do prazo, ocorre depois de expirado o prazo determinado no ajuste. (MEIRELLES, 2007)

Por outro lado, a extinção do contrato poderá acontecer pela rescisão. Conforme dispõe o art. 79 da Lei 8.666/93, esta poderá ser determinada por ato unilateral, amigável ou judicial.

A rescisão unilateral, também conhecida por alguns doutrinadores como rescisão administrativa, cuida-se de uma prerrogativa da Administração que pode ocorrer por culpa, no caso de não cumprimento de cláusula contratual, ou sem culpa do contratado, por motivo de interesse público, respeitado o direito de defesa. (MEIRELLES, 2007)

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, em caso de rescisão por interesse público, sem falta do contratado, este fará jus a indenização pelos prejuízos comprovados. Quando por falta do contratado, a este acarretará o ressarcimento da Administração e a retenção dos créditos até o limite dos prejuízos que haja causado à Administração. (MELLO, 2006)

Sobre a extinção unilateral do contrato por falta do contratado enfatiza Mello (2006, p. 591),

Acarretando, ainda, se o motivo houver sido o descumprimento de cláusulas contratuais, a imediata assunção do objeto, ocupação e utilização do local, instalações e equipamentos, materiais e humanos, necessários à continuidade da execução do contrato[...].

Todavia, a Lei de Licitações e Contratos, possibilitou ao particular contratado rescindir unilateralmente o contrato ou suspender o cumprimento de suas obrigações em caso de inadimplência por parte da Administração Pública.

Trata-se da *exceptio non adimpleti contractus* ou exceção do contrato não cumprido, direito conferido ao contratado, por atraso no pagamento superior a 90 (noventa) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação a ordem interna ou guerra. (GASPARINI, 2005)

Conforme dispõe o art. 78, inc. XV,

O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Por outro lado, a extinção do contrato por rescisão amigável ou consensual acontece quando as partes de comum acordo resolvem por fim ao ajuste celebrado. Devendo, entretanto, ser precedida de autorização escrita e fundamentada pela autoridade competente. (BRASIL, TCU, 2010)

Importa ressaltar que embora amigável tal rescisão deverá obedecer aos ditames legais, sob pena de invalidação, por meio de ação popular, caso comprovada ilegalidade ou lesão ao patrimônio público. (MEIRELLES, 2007)

Outra extinção do contrato administrativo é a rescisão judicial. Esta é decretada pelo poder judiciário em ação específica, geralmente proposta pelo particular, visto que a Administração tem prerrogativa para rescindir unilateralmente. (MEIRELLES, 2007)

Acerca da rescisão judicial leciona Meirelles (2007, p. 273-274),

A ação para rescisão do contrato é de rito ordinário e admite pedidos cumulados de indenização, retenção, compensação e demais efeitos decorrentes das relações contratuais em discussão, processando-se sempre no juízo privativo da Administração interessada. (MEIRELLES, 2007, p. 273-274)

Porém, é importante ressaltar que a rescisão contratual será formalmente motivada em processo, assegurada a ampla defesa e o contraditório. (Lei nº 8.666/93, art. 78, parágrafo único)

Além das possibilidades elucidadas, outra forma de cessação do ajuste firmado poderá ocorrer pela anulação. Esta será declarada caso verificado ilegalidade, seja na licitação ou no contrato, uma vez que, segundo Meirelles (2007, p. 247), “a nulidade da licitação induz à do contrato [...], ressalvado o dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada [...]”.

Dessa forma, poderá o contrato administrativo ser extinto a qualquer tempo, desde que respeitado as condições estabelecidas pela lei ou, ainda, pelo ajuste firmado, bem como os direitos ao ressarcimento tanto pela Administração como pelo contratado.

#### **4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

##### **4.1 O REGIME JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO TERCEIRIZADA DE SERVIÇO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Como forma de reduzir a contratação direta para determinadas atividades, a terceirização nasce a partir de um contrato estabelecido entre duas empresas, a fornecedora e a tomadora de serviços. (DI PIETRO, 2005)

Sobre o tema Sergio Pinto Martins enfatiza:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. (MARTINS, 2011, p. 10)

No entanto, o instituto da terceirização não se esgota na simples contratação de terceiros, abrange questões políticas, econômicas e sociais que há tempos tem sido discutido por juristas e doutrinadores de diversos países.

Martins defende o surgimento da terceirização a partir do desemprego, quando passamos por crises econômicas, e empresários buscam diminuir os custos, principalmente com mão de obra. Mas, segundo o autor, o objetivo principal não está somente em limitar os custos, mas na agilidade, flexibilidade e competitividade de mercado. (MARTINS, 2011)

O ponto de partida para o ramo esta na Segunda Guerra Mundial, quando empresas produtoras de armas buscam na contratação de serviços de terceiros a possibilidade de atender a crescente demanda de material bélico. (MARTINS, 2011)

Para Wilson Alves Polonio o processo de terceirização foi resultado da busca incessante da redução de custos e melhoria de qualidade. O autor realça ainda:

O desenvolvimento da economia mundial e a conseqüente e gradativa flexibilização do protecionismo comercial, algumas vezes predadora, presente, máxime, nas economias em desenvolvimento, impuseram o entrincheiramento dos países mercantilistas em alinhamento a uma competição acirrada, transformando culturas e lapidando as exigências dos povos consumidores por produtos de melhor qualidade e a preços mais competitivos. (POLONIO, 2000, p. 15)

A partir daí, empresas encontram na terceirização a possibilidade de ampliarem a produção, concentrando-se em atividade fim, para a qual foi criada. Além de reduzir os custos, o quadro pessoal e encargos trabalhistas.

Para Di Pietro (2011, p. 229) a terceirização está relacionada com a idéia de parceria. Trata-se da contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividades-meio. A doutrinadora acrescenta:

Suas principais vantagens seriam a especialização de empresa contratada, a possibilidade de a empresa tomadora do serviço concentrar-se na execução de suas atividades-fim, a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários, com a conseqüente redução do preço do produto ou serviço, a simplificação da estrutura empresarial.

Tal segmento foi trazido ao Brasil, nas décadas de 50 e 60, por empresas multinacionais ligadas ao setor automobilístico, mas foi nos anos 70 que o ramo ganhou impulso, com o surgimento de empresas direcionadas a prestação de serviços de limpeza e conservação. (RAMOS, 2001)

A primeira referência normativa, o Decreto-lei n. 200/67, é direcionada ao setor público, quando o Estado adota a terceirização, muito embora o uso do termo não apareça expressamente no texto, como forma de descentralização administrativa. Tal Decreto possibilitou a Administração Federal descentralizar a execução de certas atividades para a iniciativa privada mediante contrato ou concessão. (DELGADO apud Silva, 2011)

Conforme dispõe o §7º, art. 10, do referido decreto,

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

Ocorre que, o decreto por si só não bastava, o aumento de serviços terceirizados no âmbito da Administração pública fazia-se necessário estabelecer quais serviços poderiam ser prestados por terceiros. Sendo assim, foi publicada a lei nº 5.645/70 prevendo quais atividades poderiam ser desempenhadas por terceiros. Dessa

forma, a lei previa em seu art. 3º, parágrafo único, que atividades relacionadas a transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas seriam objeto de execução indireta (o parágrafo foi posteriormente revogado pela Lei nº 9.527, de 1997).

Com a Constituição Federal de 1988, a possibilidade da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública gerou certa dúvida, uma vez que o inc. II, art. 37, da CF/88 dispõe que a investidura de cargo ou emprego público se dará por meio de concurso público. (MARTINS, 2011)

Todavia, o inc. XXI do mesmo artigo prevê a possibilidade de contratação de obras e serviços, mediante licitação, conforme:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por outro lado, a súmula 256 do TST estabelecia que a terceirização de serviços era ilegal, sendo lícita tão somente nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância. Senão vejamos:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**  
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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.

Na visão de Martins, a terceirização lícita é aquela que atende os preceitos legais em relação aos direitos trabalhistas, será exercida na atividade meio, sem que haja elementos capazes de comprovar a relação de emprego com a tomadora do serviço. Enquanto que na terceirização ilícita, o trabalho é exercido na atividade fim, ou mesmo na atividade meio, de forma permanente, ensejando fraude e prejuízos aos trabalhadores. “A terceirização ilícita busca apenas o menor preço”. (MARTINS, 2011, p. 159)

O autor expõe algumas regras capazes de determinar a licitude da terceirização, tais como:

(a) Idoneidade econômica da terceirizada; (b) assunção de riscos pela terceirizada; (c) especialização nos serviços a serem prestados; (d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; (e) utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza

serviço, evitando-se a terceirização da atividade-fim; (f) necessidade extraordinária e temporária de serviços. (MARTINS, 2011, p. 161)

Gustavo Filipe Barbosa Garcia ao tratar da terceirização lícita e ilícita faz uma explanação acerca da pessoalidade e da subordinação. A primeira tem em vista a pessoa do empregado, ou seja, “sem que seja substituído constantemente por terceiro”, sendo que pela subordinação “a prestação do serviço é feita de forma dirigida ao empregador, o qual exerce o poder de direção”. (GARCIA, 2013, p. 45)

Contudo, a necessidade do Estado em transferir à terceiro a tarefa dos serviços secundários e conseqüentemente concentrar esforços em sua finalidade, fez com que o TST revisasse o entendimento, resultando na súmula nº 331.

O enunciado possibilitou à Administração Pública a contratação de serviços de terceiros, sem que gerasse vínculo empregatício. Senão vejamos:

331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade  
 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).  
 II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional. (art. 37, II, da CF/1988).  
 III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. [...]. (grifo meu)

No mesmo sentido também, a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, no âmbito Federal, dispõe no Decreto nº 2.271/97, a contratação de serviços, preferencialmente, às atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. (Decreto nº 2.271/97, art. 1º, §1º)

Conforme estabelece o *caput*, art. 1º, do referido Decreto, “*poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade*”.

Ainda assim, a lei de licitação e contratos administrativos prevê em seu art. 10 a possibilidade de execução indireta em casos de obras e serviços no âmbito da Administração. Tornando possível a terceirização pela referida lei. (DI PIETRO, 2005)

Por serviços a lei entende como,

Toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. (Lei nº 8.666/93, art. 6º, inc. II)

Outra importante consideração encontra-se no art. 18, §1º, da Lei Complementar nº 101/2000, ao dispor que os valores dos contratos de terceirização referente à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “outras despesas de pessoal”, o que demonstra a possibilidade de terceirização no âmbito da Administração Pública. (MARTINS, 2011)

Além destas, outras leis foram publicadas visando a contratação de serviços de terceiros a determinados ramos de atividade, tais como: a lei nº 6.019/74 que dispõe sobre o trabalho temporário, a lei n. 7.012/83 prevendo sobre o serviço de vigilância em estabelecimento financeiro, a lei n. 8.987/95 da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a lei 9.472/97 que trata da organização dos serviços de telecomunicações.

Segundo Martins (2011, p. 142),

O Estado, todavia, beneficia-se também da terceirização, ao destinar atividade que não lhe é essencial a outras pessoas mais competentes na prestação de serviços, podendo fazê-la por um custo menor, sendo até mesmo uma forma de diminuir o déficit estatal, racionalizando sua estrutura.

Porém, vale ressaltar que o contrato deve ser de prestação de serviço não de fornecimento de mão de obra, visto que este é ilegal, configurando burla à exigência de concurso público. (DI PIETRO, 2005)

Para Di Pietro, na prestação de serviço “o objeto é o resultado [...] ou atividade [...], enquanto no fornecimento de mão de obra é a pessoa física, o empregado, em relação ao qual a empresa é meramente intermediária”. (DI PIETRO, 2005, p. 237)

Por outro lado também, não se pode olvidar que todo ato administrativo deve obedecer aos princípios regedores da Administração Pública. Dora Maria de Oliveira Ramos elenca três princípios de especial relevância ao processo de terceirização: o princípio da legalidade, da eficiência e da economicidade. (RAMOS, 2001)

Ao conceituar a terceirização pela Administração Pública a autora enfatiza,

É aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público. Não se cuida de transferência de gestão do serviço público, mas de mera prestação de serviços. (RAMOS, 2001, p. 122)

Não obstante, por força da OJ 321 da SDI-1, do TST, a terceirização no âmbito da Administração Pública é considerada legal tão somente em contratos celebrados após a CF/88. Antes disso, com exceção ao trabalho temporário e o serviço de vigilância, o trabalhador será vinculado ao ente público. Senão vejamos:

321. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.  
PERÍODO ANTERIOR À CF/1988

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.

Em suma, a terceirização no âmbito da Administração Pública é plenamente aceita pela legislação em vigor, desde que inexistindo a pessoalidade e a subordinação, e observados os preceitos fundamentais ao contratar com a empresa prestadora de serviços. (GARCIA, 2013)

#### 4.2 HIPÓTESES ENSEJADORAS DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA, SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Uma vez firmado um acordo de vontade, este produzirá direitos e obrigações às partes envolvidas. Entretanto, nem sempre estes direitos e obrigações são fielmente cumpridos, razão pela qual a responsabilidade pela inadimplência do contrato se faz necessária, tal como ocorre nos contratos administrativos.

Muito embora a Administração Pública possua certas prerrogativas em relação ao particular, esta não se exime de suas obrigações, sob pena de responder exclusiva, solidária ou subsidiariamente, na forma da lei.

Meirelles ao falar dos direitos e obrigações das partes no contrato administrativo ensina,

O contrato administrativo, como, de resto, qualquer contrato, deve ser executado fielmente, segundo suas cláusulas e normas pertinentes, exercendo cada parte os seus direitos e cumprindo suas obrigações. Na execução do contrato a Administração se nivela ao particular contratante. É decorrência do princípio de que o contrato é lei entre as partes – *lex inter partes* – e que suas disposições devem ser observadas igualmente por todos os contratantes – *pacta sunt servanda* (Lei 8.666, de 1993, art. 66). (MEIRELLES, 2007, p. 230)

A lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de a Administração alterar unilateralmente o contrato. Todavia, a mesma lei faz uma ressalva, ao dispor em seu art.

65, § 4º, que havendo supressão de obras, bens ou serviços, a Administração deverá ressarcir o particular pelos custos de materiais já adquiridos, cabendo indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão. (Lei nº 8.666/93, art. 65, § 4º)

Para Justen Filho, a prerrogativa da alteração unilateral não elimina o dever de indenizar os prejuízos sofridos pelo contratante. Segundo o autor, “a supressão da obra não pode ofender a equação econômico-financeira da contratação”. Da mesma forma será em caso de atraso ou recusa de pagamento. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 558)

Acerca da recusa de pagamento o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido no sentido de que havendo a comprovação da execução do serviço e/ou o fornecimento do material, à Administração Pública caberá o pagamento dos valores devidos. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA CONTRA O MUNICÍPIO DE ITAPIRANGA. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE REFORMA E PINTURA DE GINÁSIOS ESPORTIVOS PARA A REALIZAÇÃO DOS JOGOS ABERTOS DE SANTA CATARINA DE 2003. COMPROVAÇÃO, POR VIA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL, DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. INADIMPLÊNCIA COMPROVADA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR INARREDÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"[...] Comprovadas a prestação de serviços e o fornecimento das mercadorias, ainda que não tenha havido licitação, contrato ou empenho, impõe-se a condenação do ente público ao pagamento dos respectivos valores, sob pena de enriquecimento ilícito à custa do trabalho e dos bens de outrem, sendo irrelevante o fato de o compromisso ser originário da administração anterior." (AC n. 2006.035487-7, de Catanduvas, rel. Des. Jaime Ramos).

(TJSC - Apelação Cível n. 2009.075010-2 - Relator: Des. Carlos Adilson Silva – julgado em 14.02.2012)

Gasparini acrescenta, “os valores devidos e pagos depois dos respectivos vencimentos devem ser acrescidos de juros de mora e de correção monetária [...]. O pagamento, observe-se, em atraso superior a noventa dias pode ensejar suspensão do contrato”.

Outra prerrogativa conferida à Administração está na rescisão unilateral do contrato, hipótese de rompimento do ajuste sob justa causa. Também neste caso, não havendo culpa do contratado, este fará jus a indenização devida. Ademais, “se a rescisão for ilegal e lesiva ao patrimônio público, poderá ser anulada mediante ação popular, por qualquer cidadão”. (MEIRELLES, 2007, p. 272)

No mesmo sentido leciona Justen Filho, “não se faculta que a Administração decrete a rescisão unilateral por sua conveniência e simplesmente se recuse a indenizar o particular, remetendo-o ao Poder Judiciário”. Para o doutrinador caso a rescisão envolver ônus ao particular, como fiança bancária e seguro, deverá o

Ente Público indenizar o período faltante para a extinção do contrato. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 603)

Além da alteração e da rescisão unilateral do contrato, outra hipótese capaz de gerar responsabilidade exclusiva do Estado está no ato de anulação do contrato por ilegalidade. Por sua vez, de acordo com o parágrafo único, art. 59, da lei 8.666/93, a nulidade não exonera a Administração de indenizar o contratado pelo que já tenha executado, bem como por eventuais prejuízos que tenha sofrido por conta do ajuste.

Sobre a responsabilidade do Estado pela nulidade do contrato leciona Justen Filho (2005, p. 517), “a contrapartida das competências e prerrogativas públicas é a responsabilização do Estado por atos indevidos ou defeituosos”.

De acordo com o doutrinador,

O fundamento basilar para a responsabilização civil do Estado encontra-se na natureza funcional de suas competências. Atribuem-se certos poderes em favor do Estado, aos quais corresponde o dever de realizar o bem comum e satisfazer as necessidades coletivas. Sempre que o Estado fizer mau uso de seus poderes, impondo danos injustos a terceiros, estará configurada uma infração ao Direito. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 517)

Porém, nem sempre a responsabilidade será exclusiva do Estado, há situação em que este será responsável solidariamente com o contratado, como é o caso dos encargos previdenciários em razão da execução do contrato. Conforme dispõe o §2º, art. 71, da lei, “*a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*”. (grifo meu)

Sergio Pinto Martins (2011, p. 135) afirma,

Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

A solidariedade não se presume. Decorre da lei ou da vontade das partes.

Para Justen Filho a responsabilidade de que trata o §2º do art. 71 tem natureza subsidiária, uma vez que a Administração somente será responsabilizada caso o pagamento não seja efetuado pelo contratado. (JUSTEN FILHO, 2005)

Para o TCU (2010, p. 742), “por força de lei, a Administração responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato”. Acrescentando ainda,

Dai sobressai a importância da orientação contida na Decisão 705/1994 Plenário, que determina que a documentação relativa a regularidade com a Seguridade Social e exigência obrigatória nas contratações e pagamentos

decorrentes de qualquer procedimento de licitação, inclusive de dispensa e de inexigibilidade de licitação, qualquer que seja o objeto. (BRASIL, TCU, 2010, p. 742)

Por outro lado, a responsabilidade subsidiária, diferente da solidária, não se encontra previsto no ordenamento brasileiro. Tal expressão está disposta no enunciado nº 331 do TST, conforme:

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.

Trata-se da responsabilidade secundária que visa suprir eventuais garantias inadimplidas pelo devedor principal. Nas palavras de Plácido e Silva (2010, p. 1332), “entende-se a que vem a reforçar a responsabilidade principal, desde que não seja esta suficiente para atender os imperativos da obrigação assumida”.

Todavia, a responsabilidade subsidiária é aplicada tão somente no âmbito trabalhista. Segundo Rodrigo Coimbra Santos “a Responsabilidade Subsidiária é a garantia do adimplemento das obrigações trabalhistas criada pelo modelo jurisprudencial pátrio”. (SANTOS, 2006, p. 188)

Embora a Lei de Licitação e Contratos Administrativos prevê em seu art. 71, §1º, que a Administração não responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, há hipóteses em que a Administração Pública responderá subsidiariamente, as quais serão objeto de análise.

Contudo, mesmo o Ente Público possuindo prerrogativas em relação ao contratado, sempre que atuar mal responderá pelos danos produzidos a outrem. (JUSTEN FILHO, 2005)

#### 4.3 O DEVER DE FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma das cláusulas exorbitantes, a fiscalização do contrato administrativo é vista não apenas como prerrogativa conferida à Administração, mas como um dever do Ente Público. Conforme prevê o art. 67 da lei 8.666/93, “a execução do contrato **deverá** ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. (grifo meu)

Trata-se de um dever, não de mera faculdade, imposto à Administração a fim de verificar o fiel cumprimento das disposições contratuais, técnicas e Administrativas, para melhor atender os interesses fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2005)

Conforme dispõe o art. 31 da IN nº 2/2008 do MPOG,

Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

Para o INPI a fiscalização do contrato compreende,

Atividade exercida de modo sistemático pelo Contratante e seus representantes, objetivando a verificação do cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus aspectos. É a atividade de maior responsabilidade nos procedimentos de Gestão contratual, em que o Fiscal deve exercer um acompanhamento zeloso e diário sobre as etapas/ fases da execução contratual, tendo por finalidade verificar se a Contratada vem respeitando a legislação vigente e cumprindo fielmente suas obrigações contratuais com qualidade. (BRASIL, INPI, 2010, p. 15)

Para tanto, compete à Administração designar um representante do seu quadro de funcionários, preferencialmente, com experiência no objeto contratado, para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, podendo ainda contratar um profissional habilitado para assistí-lo e subsidiá-lo. (MEIRELLES, 2007)

Ao fiscal designado cabe anotar em registro próprio toda e qualquer ocorrência pertinente à execução, e determinar, quando necessário, a regulamentação ao seu cumprimento, transferindo ao responsável superior em caso de decisão ou providência fora de sua competência. “Anotações efetuadas constituem importante ferramenta de acompanhamento e fiscalização da execução contratual”. (BRASIL, TCU, 2010, p. 781)

Desse modo, a Instrução Normativa de nº 2/2008 do MPOG, coloca acerca do acompanhamento e fiscalização dos contratos, que o instrumento de controle deverá fazer alusão sobre: os resultados alcançados em relação ao contratado, tendo em vista os prazos de execução e a qualidade demandada; os recursos humanos empregados, em função da quantidade e formação profissional exigida; a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados; a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida; o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; bem como a satisfação do público usuário. (BRASIL, MPOG, IN nº 2/2008, art. 34, I a VI)

### Sobre o dever de fiscalização do Estado enfatiza Gasparini,

Compreende as atribuições de *orientar* (estabelecer normas, diretrizes; dar informações sobre a execução do contrato), de *fiscalizar* (verificar o material utilizado e a forma de execução do objeto do contrato, confirmar o cumprimento das obrigações comerciais, trabalhistas e tributárias a cargo do contratado), de *interditar* (paralisar a execução do contrato por estar em desacordo com o pactuado) e de *intervir* (assumir a execução do contrato). (GASPARINI, 2005, p. 601-602)

Importa ressaltar que tal imposição não se restringe apenas às especificações técnicas em relação à obra ou ao serviço, mas também a fiscalização quanto ao cumprimento, pelo contratado, dos encargos trabalhistas, fiscais, previdenciárias e comerciais, consoantes à execução do contrato.

Dessa forma, a Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG, dispõe, em seu art. 34, § 5º, acerca da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, de modo a exigir, das empresas regidas sob o regime da CLT, as seguintes comprovações:

- a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição federal<sup>9</sup> sob pena de rescisão contratual;
- b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;
- c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
- d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
- e) pagamento do 13º salário;
- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;
- i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
- k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato. (BRASIL, MPOG, IN nº 2/2008, art. 34, § 5º, I)

Ademais, conforme prevê o § 4º, art. 34, da referida Instrução Normativa,

O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão

---

<sup>9</sup> Conforme dispõe o § 3º, art. 195, da CF/88, “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993. (BRASIL, MPOG, IN nº 2/2008, art. 34, § 4º)

Contudo, é dever do ente público a fiscalização do contrato, exigindo do contratado o pagamento e a demonstração de quitação das obrigações trabalhistas e previdenciárias. (MARTINS, 2011)

Na visão de Amorim, Delgado e Viana,

[...] 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.

Daí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que fundamentalizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e que alicerçam a ordem social no primado do trabalho (art. 193). (AMORIM, DELGADO e VIANA, 2011, p. 76/77)

De acordo com o INPI, “o acompanhamento e a fiscalização eficiente e eficaz do contrato são instrumentos imprescindíveis ao gestor na defesa do interesse público”. (BRASIL, INPI, 2010, p.6)

Sendo assim, cabe à Administração a gestão do contrato, a fim de acompanhar, controlar e fiscalizar o seu fiel cumprimento, atentando-se sempre aos princípios da eficiência e eficácia, bem como aos demais pertinentes à Administração. (BRASIL, INPI, 2010)

#### 4.4 REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO EM RAZÃO DE VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PARTICULAR EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, a terceirização de serviços é bastante comum no âmbito da Administração Pública. Ocorre que em muitos casos a empresa contratada deixa de

cumprir com suas obrigações trabalhistas, razão pela qual o trabalhador na busca por seus direitos ajuíza ação trabalhista contra a empresa prestadora do serviço e o Ente Público para o qual efetuou o serviço.

Todavia, conforme dispõe o §1º, art. 71, da lei 8.666/93, “*a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]*”. (grifo meu)

Na opinião de Tereza Aparecida Asta Gemignani,

Acertadamente dispôs o preceito legal, pois cabe mesmo ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas em decorrência de sua situação de empregador, condição que não se transfere ao ente público, porque, nestes casos, a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do art. 37 da CF/88 de atuar como empregadora [...]. (GEMIGNANI, 2011, p. 45)

Por outro lado, o TST ao editar a súmula 331, equiparou a Administração Pública ao particular, embora não tenha declarado inconstitucional o dispositivo da lei, entendeu que o ente público responde subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado. Senão vejamos:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (grifo meu)

Tal disposição gerou uma crescente demanda em desfavor do Estado, além de uma série de discussões acerca da contrariedade da lei federal e a constitucionalidade do §1º, art. 71, da lei 8.666/93. Razão pela qual o Distrito Federal ingressou com Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 16) a fim de declarar a validade do dispositivo de lei federal.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADC 16 declarou, por maioria dos votos, constitucional o §1º, art. 71, da lei 8.666/93. Conforme:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº

8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (STF – ADC16 – Relator: Min. Cezar Peluzo – julgado em 24.11.2010)

Todavia, o STF não afastou totalmente a responsabilidade subsidiária do ente público. Se assim fosse estaria negando direitos fundamentais do trabalhador resguardado pela própria CF/88. Segundo o Ministro Ayres Britto no julgamento da ADC:

Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

Por outro lado também não pode a Administração Pública ficar a mercê do contratado, que simplesmente deixa de pagar seus empregados e transfere ao ente público tais obrigações. Para o Ministro Cezar Peluso (Presidente e relator) da ADC,

Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência das obrigações da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a justiça do trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei. (grifo meu)

Contudo, o STF decidiu no sentido de que na ausência de fiscalização por parte do órgão público responsável, ou seja, demonstrado a culpa *in vigilando*, poderá este responder pelos encargos devidos ao trabalhador. (MARTINS, 2011)

Em seu voto o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltar,

Cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachadas, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Está claramente configurada a culpa *in vigilando* e *in eligendo* da Administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, §1º, da Lei 8.666.

No mesmo sentido enfatiza o Ministro Gilmar Mendes, “reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar”. E acrescenta:

De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.

Com isso, a partir da decisão do STF, o TST revisou o texto da súmula 331, especificamente o item IV, acrescentando ainda o item V e VI. Conforme:

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.**

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

Sendo assim, a Administração é responsável subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas por particular em contrato de terceirização somente em caso de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, e desde que esteja relacionada no polo passivo da ação.

Por culpa *in eligendo* entende-se a que se origina da escolha errada, enquanto que a culpa *in vigilando* é proveniente da ausência de fiscalização, ambas se fundam na ideia de culpa presumida. (SANTOS, 2006)

Nas palavras de Rodrigo Coimbra Santos (2006, p. 191-192),

Há culpa *in eligendo* quando a responsabilidade é atribuída aquele que escolheu mal a pessoa que praticou o ato. Escolhe quem nomeia, ou contrata, ou quem escolhe por outrem. Há culpa *in vigilando* quando a responsabilidade é imputada àquele que descuroou da obrigação de vigiar a conduta de outrem.

Segundo o autor, “incide-se em culpa quando se comete um erro de conduta, ou seja, quando não se age como seria necessário”. (SANTOS, 2006, p. 190)

Importa ressaltar ainda que a responsabilidade subsidiária do ente público depende da presença do nexo de causalidade entre o dado sofrido pelo empregado e a omissão da Administração Pública em fiscalizar o contrato de terceirização. A importância desta pode-se verificar no seguinte julgado,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, VI, DO TST. Do quadro fático delineado pelo TRT extrai-se que a condenação decorre da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando* da tomadora dos serviços. Com efeito, consta do v. acórdão recorrido que "A hipótese presente é a de culpa da recorrente derivante de má escolha da empresa prestadora de serviços e da omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela

contratada.(...)**Demonstrado o nexo de causalidade entre o contrato havido entre as reclamadas e o dano sofrido pela empregada, lícito é a ela vir a Juízo solicitar ser a tomadora de seus serviços responsabilizada pelas consequências do inadimplemento de obrigações trabalhistas básicas**". (grifei). Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. No tocante ao tema "Limitação da Condenação", a v. decisão regional está em consonância com o disposto na Súmula nº 331, VI, do TST. **Agravo de instrumento a que se nega provimento.** (grifo no original) (TST – 3ª Turma - AIRR-72000-56.2006.5.01.0059 – relator: Min.ALEXANDRE AGRA BELMONTE – julgado em 05.06.2013)

Nas palavras de Cavalieri Filho, “Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 17-18)

Contudo, há uma questão relevante sobre o tema que é, ainda, motivo de reiterada discussões, a saber, a quem incumbe o ônus de provar se houve ou não a adequada fiscalização pela Administração Pública.

De fato, o STF ao decidir a ADC 16 determina que o Estado responda subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado se comprovada a culpa da Administração. Porém, não estabeleceu quem deve provar a culpa, tampouco a súmula prevê.

De acordo com o art. 818 da CLT, “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.” Segundo este artigo é do autor da ação o dever de provar o que por ele foi alegado na inicial.

Todavia, no Tribunal Superior do Trabalho é possível identificar certas divergências acerca da incumbência da prova. De modo que, há decisões favoráveis pela inversão do ônus da prova, levando em conta a hipossuficiência da parte autora em produzir a prova devida, incumbindo à Administração comprovar a existência da fiscalização do contrato. Conforme se verifica nos seguintes julgados,

**RECURSO DE REVISTA. 1.RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO.**

Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010.

Na hipótese dos autos, presume-se a culpa in vigilando do ente público, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado previstas na Lei nº 8.666/93, ante a ausência de comprovação de sua efetiva realização, **aplicando-se, ao caso, a inversão do ônus da prova, em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova.**

Presente a culpa do ente público, correta a condenação em sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331, IV e V. Recurso de revista de que não se conhece. (grifo meu) (TST - 2ª Turma – Recurso de revista 74600-12.2009.5.08.0201 - relator: Min. Caputo Bastos – julgado em 22.08.2012)

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

[...]

Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*, o que é suficiente para reformar a decisão e condenar o ente público a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos devidos ao reclamante. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – 2ª Turma - RR-97600-96.2009.5.08.0118 – relator: Min. José Roberto Freire Pimenta – julgado em 22.08.2012)

Tal entendimento aplica por analogia o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo o Ministro Caputo Bastos,

Deve-se ter em mente que o empregado é parte hipossuficiente, desprovida de condições de realizar determinadas provas. E nesse sentido, tem-se o princípio processual da proteção, consagrado por diversos doutrinadores. Ainda, o reclamante teria de provar a "ausência" de fiscalização, ou seja, fato negativo, praticamente impossível de comprovação.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro já sinalizou no sentido de se aplicar a inversão do ônus da prova, nos casos de hipossuficiência, consoante o artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90 ("*São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*"), que embora trate sobre relações de natureza civil, já demonstra a intenção do legislador quanto à proteção dos hipossuficientes. (grifo no original) (BASTOS, 2012, in Recurso de revista 74600-12.2009.5.08.0201, julgado em 22.08.2012)

Por outro lado, há entendimento da 4ª Turma do TST no sentido de que os débitos trabalhistas da empresa contratada não transferem ao ente público a

responsabilidade, sem a comprovação processual pelo autor da existência de culpa, sendo esta imputada ao reclamante. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da ofensa ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que, constatada a culpa "in vigilando", gera-se a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. **Não estando comprovada a omissão culposa do ente em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não há de se falar em responsabilidade subsidiária.** Recurso de Revista conhecido e provido. (grifo meu) (TST – 4ª Turma – AIRR 321-18.2010.5.02.0062 – relatora: Min. Maria de Assis Calsing – julgado em 05.06.2013)

Posição diversa pode-se encontrar, ainda, em decisão da 4ª Turma do TST, quando pelo princípio da aptidão da prova transfere à Administração Pública o encargo de provar a existência da adequada fiscalização do contrato firmado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA "IN VIGILANDO". ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. A condenação do órgão público, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, uma vez que a Infraero, ao alegar em contestação fato impeditivo de sua condenação subsidiária, atraiu para si o ônus de demonstrar a ausência de culpa "in vigilando" de sua parte, em consonância com o entendimento atual do STF sobre a matéria, proferido no julgamento da ADC 16/DF. Ademais, a decisão que confirmou a responsabilização subsidiária do órgão público calcada no princípio da aptidão para a prova está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TST – 4ª Turma – AIRR 284-64.2010.5.01.0079 – relatora: Min. Maria de Assis Calsing – julgado em 05.06.2013)

Na visão Machado Junior (2001, p. 156), “a inversão do ônus da prova não é automática, mas dependente de cada caso concreto, a ser analisado pelo juiz, que dará ciência às partes, no início da instrução processual”.

Por outro lado, salienta Vasconcellos (2011), “parece-nos claro que, no ponto, deve incidir a inversão do ônus da prova, em favor do trabalhador, indiscutivelmente a parte hipossuficiente dessa relação triangular: Administração/Empresa Contratada/Trabalhador”.

Na visão de Tereza Aparecida Asta Gemignani,

Em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no art. 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato de esta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do art. 186 do Código Civil quando o comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que atuou em seu benefício.

Sendo assim, não à dúvida quanto a possibilidade de a Administração Pública responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas de terceiro, quando inadimplidas por particular em contrato de terceirização, desde que demonstrado a incidência do ente público em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, pela falta de fiscalização ou negligência ao contratar com o particular, visto que o mero inadimplemento do contratado não basta para configurar a responsabilidade do Estado. Tal entendimento já está pacificado.

Todavia, é possível concluir que o assunto ainda não esgotou, tendo bem vista as discussões e divergência jurisprudencial acerca do ônus de provar se houve ou não a adequada fiscalização do contrato por parte do ente público. Sendo que tal comprovação ora é incumbida ao requerente, ora é transferida à Administração Pública. E neste sentido, tanto a legislação quanto a jurisprudência muito tem a caminhar, a fim de se adequar ao cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais.

## 5 CONCLUSÃO

É perceptível que o presente trabalho não exauriu a totalidade do assunto. Todavia, buscou reunir um arcabouço teórico de modo a identificar a atuação da Administração Pública nos contratos por ela firmados, atingindo os objetivos propostos.

Sendo assim, o trabalho percorreu diversos pontos relevantes a fim de encontrar a resposta ao problema principal, alcançando uma ampla compreensão sobre o tema.

Ao expor sobre a responsabilidade do Estado, o estudo conduz a um breve histórico da responsabilidade civil, demonstrando a evolução deste instituto ao longo do tempo. Todavia, não poderia ser diferente, visto que suas transformações foram necessárias para acompanhar o desenvolvimento do homem.

O instituto da responsabilidade civil representa um dos maiores avanços sociais da história, uma vez que visa a proteção da vítima da atuação indevida de outrem. É uma forma de concretização dos direitos do indivíduo, que tanto pode emanar de um contrato ou da lei.

O histórico da responsabilidade civil do Estado não é muito diferente. Ele é recheado de uma diversidade de teorias que evoluíram no decorrer do tempo, de acordo com a forma de governo. Contudo, a evolução maior do instituto se deu a partir da teoria publicista, especialmente do risco administrativo, acolhida pelos Estados modernos. No Brasil, tal teoria foi agasalhada pela atual Carta Magna, conhecida pela responsabilidade objetiva do Estado.

A responsabilidade civil do Estado é hoje reconhecida universalmente. Seu desenvolvimento foi necessário à efetivação de um Estado social, preocupado em atender aos anseios da sociedade, que até então era vítima de um Estado irresponsável.

Outro assunto relevante elucidado no trabalho em tela, trata-se do procedimento empregado pela Administração nas contratações com o particular, que seguiu uma sequência de atos, de modo a operar a melhor contratação possível e cumprir a finalidade essencial do Estado, o interesse público.

A licitação, fase inicial que antecede a celebração do contrato, é talvez a mais importante ao tema proposto, uma vez que possibilita ao Ente Público analisar, não apenas as propostas, mas a qualificação dos concorrentes, bem como a situação destes no mercado, identificando eventuais débitos fiscais, comerciais, previdenciários e trabalhistas.

Por outro lado, no contrato administrativo importa a sua execução e o fiel cumprimento das cláusulas pactuadas. Todavia, a lei conferiu à Administração Pública certas prerrogativas, que num contrato de direito privado seria considerado nulo. De modo que a Administração possa alterar ou até rescindir o contrato unilateralmente.

Cotidianamente a Administração firma contrato com o particular, a fim de atender as necessidades básicas ou mesmo para execução de obras e serviços. De modo que não poderia aquela estar sujeita as normas de direito privado, equiparada ao particular, quando o seu objetivo principal é o interesse comum.

Entre as regalias permitidas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos está a fiscalização na execução dos contratos, que muito embora apareça no rol das prerrogativas, é defendida por juristas e doutrinadores como obrigação do Ente Público responsável pela contratação. Dessa forma, é dever do Estado fiscalizar o contrato por ele firmado, de modo a fazer cumprir as obrigações contratuais, inclusive os direitos sociais do trabalhador. Sendo que a ausência de fiscalização do contrato poderá atribuir ao Estado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas de terceiros.

Todavia, ao discorrer sobre a responsabilidade subsidiária do Estado pelas verbas trabalhistas inadimplidas por particular, percebeu-se que a mera inadimplência não transfere à Administração Pública a responsabilidade por tais encargos, uma vez que decorre da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou seja, quando o Estado contrata mal ou deixa de fiscalizar o contrato.

Ademais, o presente trabalho fez alusão ao ônus da prova. A saber, a quem incumbe provar se houve ou não a fiscalização adequada pela Administração Pública, da qual depende a responsabilidade do Ente Público, tendo em vista a persistente discussão que permeiam os tribunais superiores.

Desse modo, há decisões aplicando o art. 818 da CLT, pelo qual o requerente fica obrigado a provar a falta de fiscalização. Por outro lado, há entendimento no sentido de atribuir à Administração Pública o encargo de provar se fiscalizou ou não o contrato, aplicando o princípio da aptidão da prova ou, por analogia, o Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inc. VIII.

Contudo, a aplicação do inc. VIII, art. 6º, do CDC, torna-se a mais adequada decisão do jurista, visto que o trabalhador é a parte hipossuficiente, não carecendo a este provar a falta de fiscalização do contrato, quando é dever da Administração Pública fiscalizar. Sendo assim, cabe a esta provar que cumpriu com seu dever.

## 6 REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques.** Disponível em <[http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/Handle/1939/22216/003\\_vianamarcio.pdf?sequence=1](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/Handle/1939/22216/003_vianamarcio.pdf?sequence=1)>. Acessado em 06 jun. 2013.

AMORIM, Paulo Henrique. **A responsabilidade civil do estado decorrente de danos ocasionados por fenômenos da natureza.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acessado em 18 de nov. de 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 200, de 25/02/1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acessado em 27 Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.271, de 07/07/1997. **Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acessado em 27 Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 01/01/1916. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acessado em: 04 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.645, de 10/12/1970. **Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm)> Acessado em 27 Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21/06/1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acessado em 04 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406 de 10/01/2002. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acessado em: 2 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.520, de 17/07/2002. **Institui a modalidade de citação denominada pregão.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)> Acessado em 15 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.462, de 04/08/2011. **Institui o regime diferenciado de contratações públicas – RDC.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)> Acessado em 20 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução normativa nº 2, de 30/04/2008. **Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.** Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>>. Acessado em 06 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta Constitucional nº 16.** Relator: Min. Cezar Peluzo, julgado em 24.11.2010. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acessado em 03 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas de União (2010). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU.** Disponível em <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes\\_institucionais/publicacoes](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes_institucionais/publicacoes)>. Acessado em 05 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2009.075010-2.** Relator: Des. Carlos Adilson Silva, julgado em 14.02.2012. Disponível em <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acessado em 17 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas nº 256 do TST.** Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-256](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256)>. Acessado em 27 Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação jurisprudencial SDI-1 nº 321.** Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_321.htm#TEMA321](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA321)>. Acessado em 27 Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas nº 331 do TST.** Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acessado em 27 Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento em recurso de revista nº 284-64.2010.5.01.0079.** Relatora: Min. Maria de Assis Calsing, julgado em 05.06.2013. Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acessado em 07 jun. de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 321-18.2010.5.02.0062.** Relatora: Min. Maria de Assis Calsing, julgado em 05.06.2013. Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acessado em 07 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 72000-56.2006.5.01.0059.** Relator: Min. Alexandre Agra Belmonte, Julgado em 05.06.2013. Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acessado em 07 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 74600-12.2009.5.08.0201.** Relator: Min. Caputo Bastos, julgado em 22.08.2012. Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acessado em 17 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº -97600-96.2009.5.08.0118**. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, julgado em 22.08.2012. Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)>. Acessado em 17 maio 2013.

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

CAVALIERI, Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DELGADO apud SILVA, Rogério Geraldo da. **A terceirização no Brasil e a súmula 331 do TST**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20331/a-terceirizacao-no-brasil-e-a-sumula-331-do-tst>>. Acessado em 08 mar. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva**. Jus Navigandi, Teresina, out. 2003. Seção Direito Administrativo. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4365>> Acessado em 07 jun. 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços**. Revista Síntese de Direito Administrativo, São Paulo, v. 8, n. 86, p.43-57, fev. 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo: De acordo com a Lei das parcerias publico-privadas (Lei n. 11.079/2004)**. 10 ed. São Paulo: Saraiva 2005.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 e súmula nº 331 do Colendo TST: poderia ser diferente?** Revista Síntese de Direito Administrativo, São Paulo, n. 61, p.39-58, Jan. 2011.

GOMES, Luiz Rodão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). **Manual de gestão e fiscalização de contratos**. 1 ed. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/downloads/pdf/manualfiscal.pdf>>. Acessado em 18.05.2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011

KRAWCZYK, Rodrigo. **Contratação pública diferenciada RDC. Entendendo o novo regime - Lei nº 12.462/11**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11678](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11678)>. Acesso em 04 abr. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 10 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 14 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Os instrumentos de certificação da qualidade nas compras sujeitas ao RDC.** Revista Síntese de Direito Administrativo, São Paulo, v. 8, n. 87, p.59-86, mar. 2013.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários.** São Paulo: Atlas, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública.** São Paulo: Editora LTR, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei n 10.406, de 10.01.2002.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção sinopses jurídicas; v. 19).

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho.** Curitiba, PR: Juruá, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **Administração pública, terceirização e responsabilidade. Sentido e alcance da decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.** Jus Navigandi, ano 16, n. 2808, 10 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18661>>. Acesso em: 9 jun. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.