



Recebido em 12 fev. 2015

Aceito em 30 abr. 2015

## A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO: UM PARALELO ENTRE O DIREITO À VERBA ALIMENTAR DO TRABALHADOR E A PROMOÇÃO DO ESTADO SEGURADOR DO SEGMENTO PRIVADO

*Paulo Vitor Avelino Silva Barros\**

**RESUMO:** A responsabilidade civil do Estado pelo inadimplemento trabalhista das prestadoras de serviços públicos suscita acirrados debates. Em regra, a negligência da empresa indica, subsidiariamente, a responsabilidade estatal para a quitação dos débitos, protegendo-se o trabalhador, cujas verbas alimentares não podem ser olvidadas. Contudo, abarrotam-se indevidamente os cofres públicos, que funcionam como verdadeiro segurador do segmento privado. O presente trabalho, esmiuçando esse insubsistente quadro, estuda o instituto da responsabilidade civil do Estado na terceirização, com fulcro especial na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, expondo, finalmente, alternativas para as mazelas hodiernas desse instituto.

**Palavras-chaves:** Responsabilidade civil. Estado. Terceirização. Dívidas trabalhistas. Medidas alternativas.

### 1 INTRODUÇÃO

Se na Idade Moderna vigia a máxima de que “*The king can do no wrong*” em um período em que o Estado não se responsabilizava por qualquer ato ilícito ou ingerência indevida da Administração Pública, hodiernamente, as condutas praticadas por agentes públicos no exercício de suas atribuições devem, certamente, ser imputadas ao Estado. Isto é, o Poder Público tornou-se, em regra, objetivamente responsável – leia-se, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa – por qualquer dano advindo direta ou indiretamente da Administração, com

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Estagiário da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte (DPE/RN).

fulcro na teoria do risco administrativo.

Sem embargos, certas situações tomaram contornos distintos da regra geral. Há casos em que, para responsabilizar a Administração, é necessária a comprovação da conduta culposa do órgão público. Há também singularidades que ensejam a invocação do instituto da responsabilidade subsidiária: o Estado apenas responde pelo inadimplemento após a tentativa frustrada do cumprimento junto ao devedor principal.

Sob esse paradigma se arquiteta a responsabilidade civil do Estado por dívida trabalhista contraída por empresa terceirizada pela Administração. Essa, antes objetiva, com fulcro no artigo 37, III, § 6 da Constituição Federal de 1988, transformou-se a partir do entendimento sedimentado com o atual teor da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, passando o Estado a figurar como responsável subsidiário pelos encargos laborais, desde que constatada sua negligência na fiscalização dos pagamentos do prestador de serviços.

Nesse cenário - a despeito das vozes que criticam a opção pela responsabilidade subsidiária, afirmando que esta se afina aos ideais da teoria da irresponsabilidade – não houve severas mudanças quanto à segurança e efetividade gozadas pelo trabalhador em relação ao cumprimento das obrigações empregatícias, seja através da classe patronal ou da pessoa jurídica de direito público. Houve, na verdade, a tentativa de desonerar o Estado que, muitas vezes, sem qualquer justificativa plausível, figurava na lide pelo abuso da empresa contratada. Nada obstante, a prática forense tem demonstrado que esse fim colimado pelo Poder Público - o erário - destoava dos resultados práticos obtidos. O Estado continua a ser grande responsável pelo inadimplemento, haja vista o conceito amplo da culpa *in vigilando*<sup>1</sup> da administração, e as empresas continuam se valendo dessa prerrogativa para evitar o pagamento e, assim, esquivar-se de suas obrigações empregatícias. Em síntese, objetivando um louvável fim, qual seja o adimplemento trabalhista, a jurisprudência elegeu meios inidôneos que, concomitantemente, garantem abrigo à má-fé de empresas e dão eco a um Estado “segurador” do segmento privado.

O presente trabalho, partindo da premissa do valor substancial do crédito trabalhista, pretende debater sobre alternativas à problemática em questão, que permitam o pagamento dos trabalhadores sem a necessária intervenção estatal. Nessa esteira, será resgatado o conceito de responsabilidade civil, bem como suas ligações com o fenômeno da terceirização. Após tal exame, com fulcro no entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, serão discutidos os motivos pelos quais as empresas continuam a negligenciar seus pagamentos. Mais que isso, serão ventiladas propostas de mudança que possam, efetivamente, amenizar a sobrecarga indevida imputada ao Poder Público face ao notório abuso das empresas prestadoras de serviços.

## 2 NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

<sup>1</sup> O vocábulo “*in vigilando*” tornou-se expressão frequente na prática forense, motivo pelo qual é mister fazer menção a sua nomenclatura latina originária. Neste caso, trata-se da responsabilidade de “vigiar” do Estado em fiscalizar as atividades das prestadoras de serviços públicos, em especial no tocante as relações trabalhistas envolvidas.

Não restam dúvidas que certas condutas de agentes públicos no exercício de suas funções desembocam em danos, de natureza patrimonial, aos administrados. Trata-se de situações lesivas que merecem o devido reparo pelas vias jurisdicionais ou mesmo por meios administrativos. É sobre esse panorama que se desenvolve o tema da responsabilidade civil do Estado, estudado a seguir.

A compreensão do vocábulo responsabilidade, como explica Carvalho Filho (2014, p.551), indica a ideia de resposta. No âmbito da responsabilidade civil, essa resposta está inserida nas relações de direito privado, tendo como pressuposto um dano indenizável. Isto é, surge, a par de atitudes lesivas, a necessidade de contraprestações econômicas com o escopo de garantir o ressarcimento.

Nesse pórtico, desde já se faz também necessário tecer a diferença entre obrigação e responsabilidade. Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.3), obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. De toda sorte, ambos se relacionam intimamente, haja vista a responsabilidade surgir essencialmente da obrigação frustrada.

Com efeito, o descumprimento de uma obrigação, por um indivíduo, garante o lastro jurídico necessário e suficiente para que o lesado ingresse com uma ação indenizatória judicial. É o que prescrevem os artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, os quais contemplam o instituto da responsabilidade entre os particulares. Porém, em se tratando de uma relação entre Estado e indivíduo, o dano cometido pela Administração ensejaria a mesma resposta que o prejuízo oriundo de um particular?

De antemão, é imprescindível esclarecer que a responsabilidade estatal possui fundamentos próprios, que a singulariza em relação à responsabilidade de particulares. Haurindo a temática, explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.987):

Seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Nesse contexto, insta consignar que o instituto da responsabilidade estatal, nos moldes supramencionados, perfez longa caminhada histórica até alcançar tal padrão. Sobre o tema, José Afonso da Silva (2005, p.349) remonta as origens do instituto: “O dever de indenizar prejuízos causados a terceiros por agentes públicos foi por longo tempo recusado à administração pública. Predominava, então, a doutrina da irresponsabilidade da Administração, sendo que os particulares deveriam suportar os prejuízos.” É esse o cerne da teoria da irresponsabilidade do

Estado, em que, conforme mencionado, os reis não cometeriam erros. O Estado não seria responsabilizado por qualquer conduta, por mais que essa se mostrasse manifestadamente ilegal.

Gradativamente, a teoria da irresponsabilidade foi sendo substituída, e, ao Estado, foi imputado o dever de indenizar. Passou a vigorar a teoria da responsabilidade subjetiva, também denominada de teoria da responsabilidade com culpa ou teoria civilista.<sup>2</sup> Apesar de algumas condutas ainda tidas por absolutamente intocáveis – como os atos de império – surgiu a figura do ato de gestão, cujos danos decorrentes deveriam ser arcados pelo Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2014) No entanto, ainda mostrava-se árdua a distinção de ato de império e ato de gestão, o que, constantemente, gerava indignação dos particulares, movidos pela ânsia de verem seus direitos contemplados.

Nessa linha histórica, a partir de meados do Século XX, passou a prevalecer a teoria da responsabilidade objetiva, ou teoria da responsabilidade sem culpa. Essa, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 441), significa que, para pleitear eventual indenização pelo Estado, não há obrigatoriedade na verificação da culpa ou dolo, tampouco da licitude ou ilicitude da conduta. Basta a comprovação da relação causal entre o fato e o dano.

Não é demais ressaltar que essa teoria representa, até hoje, alicerce fundamental do Estado Democrático de Direito. Maximiza a proteção conferida aos particulares, ampliando substancialmente as prerrogativas do administrado, hipossuficiente na relação com o ente estatal. Outrossim, a responsabilidade objetiva do Estado ampara-se na teoria do risco administrativo.<sup>3</sup> Leia-se: porquanto as atividades normais da Administração gerem riscos de dano à comunidade, visto que as atividades são exercidas em favor de todos, não haveria condão em imputar a apenas alguns os ônus gerados, razão pela qual o Estado deveria suportá-los, apesar de culpa. (CAVALIERI FILHO, 2012) A culpa é crucial, apenas, para eventual ação de regresso contra o agente responsável.

Em suma síntese, a Constituição Federal de 1988 dá vazão atualmente à teoria da responsabilidade objetiva, com pontuais temperamentos. Fundamenta-se, em resumo, na posição hierárquica do administrado, inferior frente ao Estado, com fulcro na tese de que os órgãos públicos têm personalidade jurídica, sendo assim, responsáveis civilmente. Ademais, inexistência de necessidade de comprovação de dolo ou culpa do agente, devendo ser constatadas apenas a conduta, o dano e o nexo causal, ressalvado o direito de regresso contra o agente. Por fim, as condutas podem ser comissivas ou omissivas que, apesar de entendimentos em contrário do

2 Nesse contexto, o Código Civil de 1916 (Bevilacqua), em seu art. 15, aduzia: As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

3 É fundamental percebermos que a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral. Essa, independentemente da participação do lesado no dano, coloca o Estado como verdadeiro indenizador universal. Segundo os adeptos dessa teoria, em elucidativo exemplo dado por Carvalho Filho (2014, p.557) o Estado deveria indenizar até mesmo quando um indivíduo se atirasse deliberadamente em uma via pública. As gritantes injustiças dessa teoria, contudo, não conseguiram abrigo no ordenamento brasileiro, que comporta uma série de exceções, a exemplo do caso fortuito, de força maior ou culpa exclusiva da vítima. Complementando, Yussef Cahali (1995, p.40) afirma que “o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.”

Superior Tribunal de Justiça, parecem caminhar uníssonas pelos trilhos da responsabilidade objetiva haja vista os recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal.

### 3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO: PECULIARIDADES DO INSTITUTO

Notadamente, a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade objetiva do Estado. Todavia, surgem excepcionalidades em que a responsabilização da pessoa jurídica de direito público é invocada apenas subsidiariamente ao inadimplemento de um devedor principal. Em outros casos, é imprescindível que haja a conduta culposa do agente público responsável. Nessa perspectiva, exemplo claro desse panorama – e objeto de nossos estudos – é a responsabilidade do Estado no inadimplemento trabalhista por empresa terceirizada pela administração pública.

De antemão, faz-se mister esclarecer o que é o fenômeno da terceirização. No escólio de Alice Monteiro de Barros, terceirização é um fenômeno “que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividades-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim.” (*citado por* MORAES, 2003, p. 67).

Esse instituto, embora não estivesse expressamente consolidado com essa nomenclatura, já encontrava suas primeiras linhas junto ao Decreto-Lei 200/1967, tendo sido resguardado por uma série de leis esparsas nas décadas posteriores. Sua maior finalidade seria, nesse sentido, a de garantir maior eficiência e celeridade aos serviços prestados pela administração. Assim, o dogma da contratação direta foi quebrado e o Estado passou a modificar suas concepções afetas à prestação de serviços públicos.<sup>4</sup>

Nessa linha de intelecção, a contratação indireta – conquanto sejam inúmeras as críticas a seu respeito, no sentido de que solapam constantemente uma gama de direitos do empregado – se fez realidade inegável no sistema jurídico brasileiro. E, dessa relação, o Estado certamente faz parte. Assim, seria inadmissível que os entes federados responsáveis – União, Estados ou Municípios – permanecessem completamente alheios ao contrato de trabalho firmado entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador. Afinal, o Estado é o beneficiário direto dos serviços laborais prestados. Nessas sendas, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 435) doutrina sobre esse fenômeno: “O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral.”

Destarte, há um liame que vincula as três partes dessa relação: o Estado, tomador de

4 Pincelando rapidamente o instituto, é útil recordar que a terceirização tem como marco um processo de descentralização das atividades da Administração Pública, nitidamente presente a partir da década de 1980, no Brasil. Isso porque esse modo de contratação, sob o prisma do ente público, torna o aparato público, além de mais eficiente, menos custoso. É, segundo Di Pietro (2008), uma tendência à privatização, com a quebra dos monopólios estatais e delegação de serviços a particulares.

serviços; a empresa privada contratada, prestadora de serviços, e o operário, objeto de todo esse complexo jurídico. Constatada tal relação, portanto, torna-se pujante a necessidade de estabelecer precisamente até que ponto será possível responsabilizar o Estado por eventuais danos acometidos pela empresa prestadora de serviços, no fito de que o empregado não permaneça à míngua de seus proventos, de cunho eminentemente alimentar.

### 3.1 Análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A relação entre a responsabilidade do Estado e o da terceirização por muito tempo não esteve consolidada em âmbito jurisprudencial. Tinha-se uma vasta tessitura normativa afeta ao tema e diversas interpretações jurisdicionais colidentes, que impediam uma uniformização decisória sobre a matéria. Para solucionar essa celeuma, o Tribunal Superior do Trabalho fixou a Súmula de número 256, no fito de direcionar o posicionamento dos Tribunais trabalhistas brasileiros.<sup>5</sup>

De toda sorte, o pensamento sumulado não se mostrava claro quanto aos termos da responsabilidade estatal. Não delineava, sem obscuridades, em que casos e de que forma essa deveria ser compreendida. A fim de sanar tal problemática, o Tribunal Superior do Trabalho proclamou, em 1994, de melhor modo, a Súmula nº 331, cuja dicção normativa, originariamente, informava a opção jurisprudencial pela responsabilização objetiva e subsidiária do tomador de serviços.

O espírito por trás dessa modalidade de responsabilização seria o de garantir os proventos do trabalhador a despeito de qualquer circunstância particular do litígio. Não havia qualquer relevância na existência de dolo ou culpa da prestadora, pois o mero inadimplemento, por si só, já ensejava a responsabilização subsidiária. Reforçavam-se os ideais de Caio Mário (2012, p.9) que asseverava:

Em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente.

O tema, contudo, foi palco de incisivas críticas. A doutrina afirmava, com razão, que esse modelo gerava situações absurdas, em que o Estado arcaria com a desídia da iniciativa privada, assumindo a responsabilidade da má-fé, negligência e dos danos oriundos da empresa terceirizada. Dessa maneira, a matéria voltou a ser analisada, com a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/2010, de modo que a referida responsabilidade singrou do mero dano para a necessária constatação de culpa do órgão público. Assim, conforme ensina Delgado (2012,

<sup>5</sup> Súmula nº 256

p. 447): “Com a decisão do STF, afastando a responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho promoveu ajustes na Súmula 331[...] que deu resposta a alguma das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256.”

Com maior ênfase, o Min. Relator César Peluzo<sup>6</sup> decidiu ainda esclarecer:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Isto é, a Ação Declaratória de Constitucionalidade não desonerou por completo o Estado na contratação indireta. Nada obstante ter sido convalidado o artigo 71, § 1º da lei de licitações (8.666/93), que retirava da seara pública o dever de adimplemento principal, foi estabelecido que, quando o Estado fosse ausente na fiscalização, seria responsável pelos encargos trabalhistas devidos. Trata-se da reverberada responsabilidade in vigilando, a qual obriga o Estado a permanecer mais próximo ainda da prestação dos serviços e dos devidos pagamentos, fiscalizando a execução do contrato de trabalho<sup>7</sup>.

Em síntese, decidiu-se pela responsabilidade subsidiária condicionada à culpa do Estado. Porém, como mensurar essa culpa de fiscalização? Como proceder em relação ao Estado “vigia”? Não merece qualquer confiabilidade nos pagamentos da vencedora do processo licitatório? Não há medidas alternativas mais justas e coerentes?

Para melhor compreensão desses questionamentos, é necessário estabelecer, doravante, certas considerações acerca do direito ao crédito do trabalhador e sobre a promoção de um Estado segurador do segmento privado, a fim de melhor desenvolver as conclusões alcançadas.

### **3.2 Confrontes hermenêuticos entre os direitos do trabalhador e a polêmica responsabilidade subsidiária do Estado.**

O objeto de toda a controvérsia que orbita esse estudo é a prestação de um serviço fornecido por um trabalhador. Por óbvio, malgrado seja imprescindível observar o tema pela ótica do Estado, é ainda mais relevante proteger o operariado, que é, naturalmente, a parte menos favorecida na tríade estabelecida. Afinal, conforme é cediço na doutrina laboral, a Justiça do Trabalho deve verificar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. (DELGADO, 2012, p. 193)

Ora, se o trabalhador, usualmente, é vítima do poder imperial ainda arraigado na classe patronal, o solapamento de seus direitos e garantias é ampliado no processo de terceirização. O empregado é visto como uma ferramenta descartável e em abundância, cuja utilização é fruto

6 Supremo Tribunal Federal. ADC 16/DF. Pleno. rel. Min. Cezar Peluso, Julgado em 24.11.2010. Publicado no DJe em 09.09.2011

7 Súmula nº 331



único do fim lucrativo da atividade empresária. Não à toa o presidente da ANAMATRA, Renato Henry Sant'Anna, considera que a Constituição Federal de 1988, porquanto institui preceitos como a dignidade da pessoa humana e a valorização do emprego, deveria impedir o processo de terceirização. O magistrado afirma ainda que, em audiências, é usual que o prestador de serviços não mencione sequer o nome do trabalhador, limitando-se ao termo "terceirizado", o que torna clara a relação unicamente mercantil então estabelecida.<sup>8</sup>

Diante disso, é necessário proteger sobejamente o trabalhador. Melhor: é primordial compreender o direito fundamental ao salário do empregado. Afinal, trata-se de um mínimo substancial a uma vida honrosa e decente para o trabalhador. Desta feita, não estão os dizeres de Maranhão (1978, p.182), nesses termos: "o salário é a contraprestação devida pelo empregador correspondente à prestação de serviço pelo empregado. Mas, sendo meio de subsistência de um ser humano e, dada, por isso, a concepção social do salário".<sup>9</sup>

Reside nesse caráter alimentar do crédito trabalhista a necessidade de ser considerado, inclusive, um crédito preferencial. Possui prioridade em caso de falências, bem como podem ensejar a quebra dos dogmas da impenhorabilidade. Isto é, tem força para ir além dos obstáculos jurídicos que possam surgir. É um bem que deve ser priorizado, sem desprezar as demais modalidades de crédito existentes.

Em razão disso, é certo que a verba alimentar deve prevalecer em detrimento da negligência do prestador de serviços. É um direito fundamental que deve, a todo custo, ser resguardado. Trata-se de uma garantia de sotaque social, cuja ausência pode destruir vidas e famílias. A título de exemplificação, a relevância do crédito trabalhista é tamanha que, conforme se depreende de aresto do Tribunal Superior do Trabalho<sup>10</sup>, a declaração da prescrição do crédito não pode ser feita de ofício pelo juiz, cabendo tal ônus a parte, como corolário da proteção à hipossuficiência do trabalhador.

Desse modo, é assaz compreensível a preocupação do Poder Público, na esfera legislativa e judiciária, de intensificar a sua proteção, levando a efeito a responsabilização subsidiária do Estado por eventual inadimplemento. Logo, por mais que o Estado venha a segurar os prejuízos da contratada, é ainda mais relevante - no balizamento dos direitos - primar pela verba alimentar do trabalhador, cujos serviços foram fielmente prestados.

Não se nega, então, que o fim almejado é brilhante. Garantir ao operariado seus proventos é um avanço na concepção de uma Justiça laboral com força social, que possa contemplar tais direitos. Contudo, apesar de a responsabilidade subsidiária operar no desiderato de

8 BARBOSA, Rogério. Terceirizado deve ter os mesmos direitos do terceirizado. *Conjur*, São Paulo, 4 out. 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-04/terceirizado-mesmos-direitos-trabalhador-contratado>, Acesso em 30 nov. 2014

9 O termo salário será utilizado de modo amplo, abrangendo todo o crédito trabalhista.

10 TST - RECURSO DE REVISTA RR 1269002220095120012 126900-22.2009.5.12.0012

Data de publicação: 01/07/2013

Ementa: RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - ARTIGO 219, § 5º, DO CPC - INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil não é compatível com o direito processual do trabalho, em face da natureza alimentar dos créditos trabalhistas, bem como da observância do princípio da proteção ao hipossuficiente. Precedentes da SBDI-1. Recurso de revista conhecido e provido



promover maior equilíbrio na relação laboral, essa merece sérios temperamentos.

Isso porque o conceito de culpa *in vigilando* é extenso e, por consequência, desemboca quase sempre na responsabilização estatal. Em grande parte dos casos, sendo constatado o inadimplemento, de prontidão o Juízo já considera a culpa do órgão fiscalizador.<sup>11</sup> Afinal, parte-se da premissa de que se inexistente pagamento, inexistente também o zeloso acompanhamento da execução do contrato, conforme preleciona a Lei de licitações (8.666/93). Em termos pragmáticos, essa fiscalização, na verdade, reside apenas no mundo deontológico – “dever ser” – não sendo posta comumente em prática.

Entretanto, deixam de observar os juízes que há meios diversos que culminam no mesmo resultado. Há alternativas que garantem o salário do contratado e, simultaneamente, deixam de “punir” o Estado pela má prestação do serviço e por sua falta de fiscalização. Quer dizer: não se trata de uma relação bilateral de exclusividade. É possível, em termos hermenêuticos, manter ambos os interesses vivos, de modo menos oneroso ao Poder Público, que seria indicado apenas em último caso.

Por fim, é crucial reiterar: não se pretende negar, com essa exposição, a necessidade de um Estado ativo na efetivação de direitos, tampouco negar a sua responsabilização em vias jurisdicionais. O que se pretende, por ora, é demonstrar que há soluções menos onerosas aos cofres públicos, que podem evitar o abuso das prestadoras de serviços. Essas, mais do que ninguém, são responsáveis pelo inadimplemento. Sendo assim, o deslinde dessa controvérsia deve exaurir mais possibilidades para que, só então, seja possível atingir a enseada pública. Sob essa conjuntura, surge a necessidade de esgueirar-se em um estudo mais profundo sobre as medidas alternativas à responsabilidade subsidiária do Estado.

#### 4 MEDIDAS ALTERNATIVAS À RESPONSABILIDADE ESTATAL

É pragmática a decisão que chama o Estado para a lide no fito de garantir o adimplemento do trabalhador. Porém, antes de se chegar a tal ponto, é necessário extrair da prestadora de serviços o máximo possível para a quitação do débito, haja vista a sua posição de devedor principal no plano jurídico da terceirização.

Para tanto, é necessário ir além de certos obstáculos jurídicos impostos à execução dos créditos. Não deve o julgador, na análise do caso concreto, se limitar à figura da empresa prestadora de serviços cujas condutas, em muitos casos, estão eivadas de completa má-fé. Desse modo, entre as medidas alternativas mais arrazoadas, certamente, está a desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) da empresa prestadora de serviços.

<sup>11</sup> A gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente, com conhecimento técnico suficiente. Tal agente - fiscal - com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços contratos objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários, em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária. (CUNHA, 2011, p. 137).

Grosso modo, a desconsideração da personalidade jurídica é a desconstrução de uma ficção jurídica – no caso, da atividade empresária – para que, com o objetivo de adimplir com certas dívidas, a execução de um crédito possa transpassar barreiras formais entre a pessoa física do administrador e a pessoa jurídica dirigida. Assim, conforme elucida Cavalcante Koury (2003, p.86):

*A Disregard Doctrine* consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas de utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

No caso, a possibilidade de desconsideração encontraria arrimo no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que defende a Teoria Menor da *disregard doctrine*, sem a necessidade de comprovação de má-fé ou de abuso da pessoa jurídica por parte do devedor. O eixo fundante da teoria na esfera consumerista é o abuso ilegal e presumido do fornecedor face à vulnerabilidade do consumidor. Nas linhas precisas do Min. Luis Felipe Salomão, em precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup>:

É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor).

Nessa perspectiva, em sendo o elemento central da desconsideração no âmbito do Código de Defesa do Consumidor a vulnerabilidade do consumidor, reporta-se raciocínio símile à posição do trabalhador na esfera laboral. Ora, se o operário, mais do que o consumidor, sofre com a subordinação, a hipossuficiência e a vulnerabilidade, qual o motivo para que não fosse viável a desconsideração da personalidade da prestadora de serviços?

Trata-se de uma medida inovadora, brusca e, certamente, eficaz no combate à má-fé da empregada. É deveras provável que, ao sentir o ônus do inadimplemento em seu próprio bolso, o prestador de serviços, pessoalmente, tenha maior cautela para, em tempo certo, proceder ao pagamento de seus funcionários.

Com essa tese, repise-se, nada obstará que – desde que não fosse suficiente o patrimônio pessoal do empregador – o Estado surgisse subsidiariamente para o adimplemento. Porém, a ordem preferencial seria primeiramente, com razão, o patrimônio da pessoa física do

12 Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.111.153/RJ/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 06.12.2012/ Publicado no DJe em 04.02.2013

empregador. Dessa forma, a responsabilidade estatal avançaria a passos largos para, de fato, uma posição subsidiária na lide, clamando-se, previamente, que o responsável direto pelo inadimplemento fosse desprotegido do falso véu da personalidade jurídica.

A outro giro, surge outra possibilidade, menos incisiva, mas que poderia, desde que bem modelada, ensejar grandes mudanças. Atualmente, a ação regressiva é o meio cabível para que o Estado cobre do agente público culpado o dano causado. No entanto, essa ação de regresso é, de fato, suficiente?

A responsabilização pessoal do agente público, à primeira vista, poderia cultivar também benefícios. Diante dessa sanção, a atuação do funcionário estaria menos passível de conluíus com o prestador de serviços. Outrossim, caso a sistemática propusesse uma maior participação do agente público responsável, esse certamente prestaria seu serviço com mais zelo e atenção, porquanto figurar na lide fosse custoso e degradante para esse servidor.

Ademais, é necessário levar mais a fundo as sindicâncias contra os culpados pela ausência de vigilância. É imprescindível que o agente público esteja ciente da sua função, sendo eficiente, efetivo, sem, literalmente, se escorar no Estado face de eventuais prejuízos.

Derradeiramente, eleve-se mais uma vez o valor substancial do crédito trabalhista. Saliente-se a necessidade de políticas mais enérgicas na tutela dos direitos sociais. Porém, nada disso impede as mudanças no instituto da responsabilidade do Estado. É crucial que o magistrado perceba as minúcias do caso concreto e, protegendo o cofre da sociedade, evite que o Estado funcione como segurador do segmento privado ou de seus próprios funcionários.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise da responsabilidade civil do Estado em caso de inadimplemento trabalhista de prestador de serviços públicos demonstra que, a despeito da exigência da culpa do órgão público responsável, constantemente o Judiciário recorre aos cofres públicos para a quitação do débito.

Esse quadro, na verdade, decorre bastante da negligência da prestadora de serviços em relação ao pagamento de seus funcionários. Ora, cientes de que o Estado, de todo modo, arcará com os prejuízos, não há motivos para que o prestador sinta-se compelido a adimplir. Destarte, tais condutas privam, primeiramente, os trabalhadores de verbas de cunho alimentar e, posteriormente, oneram o Poder Público de modo indiscriminado.

Dessa maneira, é necessário levar a efeito discussões mais enérgicas sobre esse quadro e, simultaneamente, propor mudanças que possam, de fato, promover alterações na condição de segurador do Estado. Dentre essas medidas, conforme exposto, a adoção da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica seria fundamental para que o prestador de serviço fosse mais cauteloso com seus pagamentos, sem imputá-los ao Estado. De igual modo, a responsabilização originária do agente fiscalizador também poderia ensejar modificações nesse quadro que é, certamente, insubsistente.

Assim, a par de incisivas mudanças, o Judiciário poderia contemplar as verbas trabalhistas do operário e, ao mesmo tempo, sancionar o maior responsável pelo inadimplemento. De todo modo, em última instância, o Poder Público continuaria figurando essa relação, de modo a não privar, em nenhuma circunstância, o devido pagamento do mínimo substancial ao trabalhador.

## REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência, p. 131-138. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas**. 2 Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. 2003. Disponível em: <[www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms\\_monografia.pdf](http://www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf)>. Acesso em: 13 jan 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. vol. 3**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. Ed. São Paulo:

Malheiros, 2006.

## **THE STATE RESPONSIBILITY IN OUTSOURCING: A STUDY BETWEEN THE EMPLOYEE'S WAGES AND THE PUBLIC ROLE WITH THE PRIVATE SECTOR**

**ABSTRACT:** The civil responsibility of the State by the wages of the employees from providers of public services raises heated debates. As a rule, the company's negligence indicates, alternatively, the state responsibility for the discharge of debts, protecting the worker, whose salary cannot be forgotten. On other side, the public coffers contracts a lot of debts, which should belong to the private sector. This paper, analyzing this situation, studies the institute of the responsibility of the State in outsourcing, with special fulcrum in Precedent 331 of the TST, exposing finally alternatives for today's ills of the state responsibility.

**Keywords:** Civil responsibility. State. Outsourcing. Labor debts. Legal alternatives.