

## RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Marcel Lopes Machado\*

### 1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, em sessão plenária de 24.11.2010, na ADC 16/2010, o que, em tese, reafirma a inexistência de responsabilidade da administração pública pela inadimplência das prestadoras de serviços pelos créditos sociais do trabalho e, via de consequência, afastaria a hipótese de responsabilidade subsidiária firmada no item IV da Súmula n. 331 do TST.

Todavia, inviável a tese pretendida pelos órgãos da administração pública direta e indireta quanto à ausência de sua responsabilidade em caso de inadimplência das obrigações sociais do trabalho nos contratos de terceirização de serviços através da Lei de Licitações, em face das demais normas, princípios e da necessidade de equilíbrio do ordenamento jurídico, conforme, inclusive, ressaltado na sessão plenária do STF pelo Min. Cezar Peluso<sup>1</sup>, o que será objeto deste pretenso estudo.

Ora, se a função do direito é o equilíbrio, a razão de ser do direito também é o equilíbrio, porque é isso que o direito melhor sabe proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a serenidade e a proporção perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. [...]

O injusto não é de ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito não pode conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, da perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que se não corra este risco, é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao compromisso de não fugir do roteiro ético que o valor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, na verdade, ele é o de busca de solução ética e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em expurgar o que é injusto da solução dada. [...]

O problema é que a realidade demonstra que nem sempre nas relações privadas há igualdade entre os sujeitos e que quando ela falta os critérios de justiça hão de ser outros: ou justiça distributiva, ou justiça social; mas não comutativa. Mas os técnicos de direito privado insistem em invocar a igualdade das partes, o princípio do *pacta sunt servanda*, para exigir a necessária fidelidade ao vínculo criado pelos sujeitos,

\* Juiz do Trabalho.

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=11544&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=11544&p_cod_area_noticia=ASCS)>.

quando é tão evidente a inocorrência de hipótese verdadeira de vinculação livre e igualitária de vontades. E é essa lealdade intelectual que falta aos cientistas do direito, muitas vezes, quando se permitem olvidar da natureza verdadeira do vínculo jurídico e reconhecem a consequência jurídica dele, desprezando a desproporcionalidade de prestações, que torna, sem qualquer dúvida, impossível a realização do meio-termo, do justo.<sup>2</sup>

## 2. COMPLETEDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O DIREITO JUDICIÁRIO

Na sociedade capitalista pós-moderna, cujos valores do neoliberalismo e da globalização com suas práticas de terceirização colocam as liberdades funcionais do mercado acima das políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural e, consideram os direitos humanos como “custos sociais” das empresas, que vão suprimindo-os em nome da competitividade global e que tanto influencia o desmantelamento do welfare state, há necessidade de o Direito e de a Justiça do Trabalho promoverem o controle civilizatório de um patamar mínimo de proteção dos trabalhadores e da própria essência da legislação de proteção no Estado do Bem-Estar Social, art. 1º, IV c/c art. 7º c/c arts. 170 e 193 da CR/88, frente às mutações dos sistemas produtivos<sup>3</sup>, porquanto a tutela jurídica diferenciada para compensar a desigualdade social foi sempre, na história, a finalidade do Direito do Trabalho.

Não se pode, por uma interpretação meramente gramatical do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, afastar, de modo geral e abstrato, a responsabilidade do poder público pelos danos causados a toda uma coletividade metaindividual de trabalhadores, em face da proliferação dos contratos de prestação de serviços, decorrentes da chamada terceirização e da precarização nas relações individuais de trabalho, pena de subversão da ideia de sistema e completude do ordenamento jurídico, vulneração das interpretações lógica, sistemática e teleológica, e possível violação de toda a teoria da responsabilidade civil, arts. 186 e 942 do CC, inclusive da teoria especial da responsabilidade da administração pública fundada no risco administrativo, § 6º do art. 37 da CR/88.

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. O ponto, de

<sup>2</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juizes. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 423 e 428.

<sup>3</sup> “As principais funções do Direito do Trabalho, afirmadas na experiência capitalista dos países desenvolvidos, consistem, em síntese, na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômico-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social, deste ramo jurídico, ao lado de seu papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo [...]”. In: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p. 121.

resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.<sup>4</sup>

A interpretação meramente gramatical do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 gera uma antinomia<sup>5</sup> com as demais normas positivas do direito, inclusive com o próprio § 2º do art. 71 desta mesma Lei, que estabeleceu, especificamente, a responsabilidade solidária da Administração Pública pelos débitos previdenciários decorrentes da execução dos contratos de prestação de serviços.

Para que o ordenamento jurídico atinja a finalidade para qual existe e se transforme num todo estruturado, que dê resposta a este objetivo, é necessário que seja um sistema. Para isto, suas normas devem dispor-se de forma que entre elas se estabeleçam relações coerentes e constantes.

Para se obter esta situação, as normas, que são as partes do sistema, não podem contradizer-se. Ou seja, entre elas não pode haver antinomias.

A coerência das normas entre si forma por sua vez um sistema no todo. E, se há antinomias, cumpre à Ciência do Direito removê-las, para que o sistema adquira sua plenitude de reger, sem contradição, a conduta humana.<sup>6</sup>

O trabalho é direito fundamental do homem, de relevante significado social, inciso IV do art. 1º da CR/88, fundamento de toda ordem econômica/financeira e social da República Federativa do Brasil, art. 170, *caput*, VIII e art. 193 da CR/88, porquanto é o único meio lícito de inserção da pessoa humana no sistema capitalista de produção e, via de consequência, meio de (re)socialização na sua busca de uma vida digna e proba, da promoção de seu bem-estar social, inciso III do art. 1º da CR/88.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 20-21.

<sup>5</sup> Tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *Standards* presentes na mente do legislador, que, não obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda a ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30.

<sup>6</sup> SILVA, Antônio Álvares da. *As súmulas de efeito vinculante e completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004. p. 44.

Os créditos trabalhistas possuem natureza alimentar, primária e preferencial, § 1º do art. 100 da CR/88 e art. 186 do CTN, porquanto constituem patrimônio social mínimo dos trabalhadores inerente à sua subsistência e necessidades básicas vitais, arts. 6º e 7º da CR/88, cujo estado de necessidade é premente no Direito do Trabalho.

Ora, quem pleiteia crédito alimentar já se presume em situação de necessidade. Não demanda para aumentar patrimônio ou para obter vantagem financeira. Não pretende dinheiro e riquezas. Luta por um crédito eminentemente social, cujas parcelas - salários, proventos, pensões, indenizações por morte ou invalidez - dizem respeito à sobrevivência com dignidade mínima. [...].

É preciso salientar que quem vive de salários necessita quotidianamente do que ganha para viver com dignidade. [...].

O trabalhador precisa de proteção, quando participa da liberdade de mercado, onde “vende” sua força-trabalho. Se fosse tratado como qualquer mercadoria sujeita à concorrência, seria naturalmente vilipendiado na sua dignidade de ser humano, ao qual faltariam condições mínimas para sobreviver. A disputa na livre concorrência se faz entre os que possuem, não entre estes e os que não são proprietários. Aqui não há concorrência, mas dominação. [...].

Eis aí, com toda clareza, a função do Direito do Trabalho nas democracias modernas. Funciona como um dique (Damm) contra a liberdade contratual que o escravizaria e dá-lhe, com a proteção da lei, a dignidade humana necessária. Essa necessidade de proteção (Schützbedürftigkeit) é o pressuposto de todo o Direito do Trabalho. Logo, o trabalhador não a precisa provar: *Opus non est probare, quod in substantia rerum est* (não há necessidade de provar o que está na substância das coisas).<sup>7</sup>

Portanto, são créditos essenciais e sensíveis<sup>8</sup> às transformações sociais, econômicas/financeiras e políticas, o que justifica a finalidade social do Processo do Trabalho, sua principiologia e procedimentos distintos, bem como a constante busca de interpretação e aplicação das regras do ordenamento jurídico segundo os princípios da proteção, norma mais favorável e condição mais benéfica que informam o Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT.

Via de consequência, sobrepõem-se, hierarquicamente, aos créditos previdenciários decorrentes da execução dos contratos de prestação de serviços entre o particular e a Administração Pública, § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, por expressa determinação de leis tributária e empresarial, art. 186 do CTN e inciso I do art. 83 da Lei n. 11.101/2005, razão pela qual a antinomia jurídica do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 somente pode ser solucionada pelo Poder Judiciário no caso concreto.

<sup>7</sup> *Idem. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 82-83.

<sup>8</sup> O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n. 1.675-1, publicado no DJU em 24.09.97, mencionou que os direitos sociais do trabalho encontram-se inseridos no rol dos direitos constitucionais fundamentais, em interpretação sistemática extraída do § 2º do art. 5º da CR/88. (“[...] os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”).

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico particulares dum sistema de filosofia social. As decisões dos Tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida, de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. (Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21).)<sup>9</sup>

### 3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - FUNDAMENTOS DE RESPONSABILIDADE - DIREITO CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO - CIVIL - TRABALHO

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu, no § 6º do art. 37 da CR/88, a responsabilidade objetiva do Poder Público pelos danos causados à coletividade/sociedade pelos seus agentes porquanto um dos pilares do moderno Direito Constitucional é a sujeição de todas as pessoas, de direito público e privadas, ao Estado Democrático de Direito.<sup>10</sup>

Não se discutem a licitude e a necessidade de contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados pelo Poder Público através de Lei de Licitações. Todavia, se até mesmo nas atividades estatais lícitas e legítimas existe a responsabilidade do Estado<sup>11</sup>, procura-se demonstrar também a existência da responsabilidade estatal pelo inadimplemento dos créditos sociais e alimentares

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

<sup>10</sup> "O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao afirmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente - o do Estado de Polícia -, justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados - não mais súditos." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. p. 40.

"Afirmava Montesquieu, como dantes se anotou, que todo aquele que detém o Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. [...]. Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder. Logo, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente". *Idem, ibidem*, p. 42.

<sup>11</sup> "Com efeito, o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta comissiva legítima e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria de cogitar culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe sempre a ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir a reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem afeere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos.

do trabalho, porquanto este mesmo Poder Público possui o dever legal de fiscalizar o integral cumprimento do contrato da prestadora de serviço, inclusive com presença pessoal de um agente estatal, art. 67 da Lei n. 8.666/93.

Ao descumprir esse dever legal, e, inadimplidas as obrigações da prestadora de serviços com seus trabalhadores, caracteriza-se o dano coletivo a toda uma categoria profissional, com a concorrência culposa por omissão do Poder Público, o que materializa sua responsabilidade subjéctiva. E, segundo a teoria geral da responsabilidade civil, todos aqueles que concorrem para o evento danoso, comissiva/omissivamente, são responsáveis solidários pelas consequências, arts. 186 e 942 do CC.

Logo, a Administração Pública direta e indireta, por questão de Direito e Justiça, é corresponsável solidária pelos créditos sociais do trabalho, § 1º do art. 100 da CR/88, e pelos créditos previdenciários, § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e art. 186 do CTN, pela inadimplência dos empregadores/devedores, por culpa in eligendo e in vigilando, art. 186 do CC, no dever de fiscalização do contrato e cumprimento da ordem constitucional e legal trabalhista, § 6º do art. 37 da CR/88 e art. 67 da Lei n. 8.666/93.

Ademais, essa responsabilidade solidária, e não subsidiária, funda-se também em outra premissa, qual seja, dano coletivo aos direitos sociais do trabalho cuja origem é contratual.

Isso porque, subsidiariedade é benefício de ordem legal concedido aos sócios das empresas devedoras, art. 1.024 do CC e inciso II do art. 592 do CPC, para que, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, inciso V do art. 4º da Lei n. 6.830/80 e inciso III do art. 135 do CTN e art. 889 da CLT, indiquem bens sociais empresariais para garantia da execução antes da constrição judicial em seus bens pessoais.

Nas prestações de serviços terceirizados, a responsabilidade solidária funda-se no princípio da função social e equilíbrio dos contratos, da boa-fé objetiva e seus deveres anexos<sup>12</sup>, arts. 421 e 422 do CC, normas de ordem pública, cogentes

---

É verdade que em muitos casos a conduta estatal geradora do dano não haverá sido legítima, mas, pelo contrário, ilegítima. Sem embargo, não haverá razão, ainda aqui, para variar as condições de engajamento da responsabilidade estatal. Deveras, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora da lesão jurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida. Este fato já é bastante para postular a reparação patrimonial". *Idem, ibidem*, p. 894.

<sup>12</sup> Enunciado 22 do STJ/CJF da 1ª Jornada de Direito Civil: Art. 421, a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado 24 STJ/CJF da 1ª Jornada de Direito Civil: Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Enunciado 26 STJ/CJF da 1ª Jornada de Direito Civil: Art. 422, a cláusula geral contida no art. 422 do Código Civil impõe ao juiz interpretar, e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes.

e imperativas, parágrafo único do art. 2.035 do CC, uma vez que o contrato, na clássica lição doutrinária, é instrumento que viabiliza a troca e circulação de riquezas na sociedade, entre todos os seres pactuantes.

Para se obter a perfeita aplicação do princípio da função social do contrato, deve-se promover a ampla circulação e troca de riquezas não só entre as empresas pactuantes da empreitada, mas também ao outro elo essencial de toda essa cadeia produtiva, o trabalhador.

Portanto, em razão da teoria geral dos contratos (arts. 107, 265, 421 e 2.035 do CC c/c arts. 12, 18 e 28, § 3º, do CDC), a responsabilidade dos danos causados a terceiros (trabalhadores), pelos contratantes (Poder Público e empregadores), é solidária, art. 265 do CC, justamente pela aplicação do princípio da função social, art. 421 do CC, que protege a sociedade dos eventuais efeitos contratuais maléficos, ou seja, tutela externa dos efeitos contratuais, norma de ordem pública, cogente e imperativa, art. 2.035 do CC.

E, imperioso destacar que todo e qualquer contrato é manifestação bilateral de vontades, art. 265 do CC, o que já pressupõe a existência da responsabilidade dos contratantes, que não depende de forma solene em contrato para constar expressamente a cláusula de solidariedade, art. 107 do CC, ou seja, a instituição de obrigações solidárias não depende de forma especial, ante a expressa ausência de disposição legal nesse sentido, podendo ser, portanto, manifestação implícita do negócio jurídico contratual.

E, o contrário não pode ser, porque eventual instituição de cláusula de não responsabilidade entre os contratantes pelos danos causados a terceiros atende a interesses meramente individuais e viola a essência do princípio da função social do contrato e a tutela externa dos interesses públicos e da coletividade, arts. 8º e 444 da CLT.

Solidariedade Convencional. As partes podem estabelecer hipótese de solidariedade no negócio jurídico que celebrarem. A solidariedade ativa será sempre convencional.<sup>13</sup> No que concerne à forma do ato jurídico pela qual possa ser instituída a solidariedade convencional, à falta de exigências específicas no ordenamento, vigora o princípio fundamental insculpido no art. 107 do CC/2002: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial. Não exige, portanto, para que se considere firmada, palavras expressas, pois não mais existem fórmulas sacramentais do direito romano e do direito medieval.

Já para M.I.Carvalho de Mendonça, a solidariedade pode resultar das cláusulas do contrato implicitamente, pois que assim também se pode manifestar a vontade. [...]. Em mesma esteira, indagando-se acerca da possibilidade de se estabelecer a solidariedade de modo implícito em cláusula de contrato, Pontes de Miranda, partindo do disposto no antigo art. 896 do Código Civil (atual 265), assevera que o texto legal não fez depender a instituição da solidariedade de cláusula explícita. JUSTIFICANDO QUE A VONTADE DOS FIGURANTES PODE MANIFESTAR-SE EM TERMOS INDIRETOS, como pela abertura de crédito com possibilidade de movimentação por todos os outorgados figurantes, o que exprime ser solidária a dívida. [...].

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil*. São Paulo: RT, p. 143.

E Miguel Maria de Serpa Lopes, que refere o ensino dos dois autores, vê neles a verdadeira doutrina, perfeitamente explicável à luz do direito comparado. Funda-se o civilista por último referido em lição de Lacerda de Almeida, pela possibilidade de declaração tácita da vontade, da qual se possa deduzir a intenção das partes de se obrigarem solidariamente, acrescentando lição do art. 1.079 do Código Beviláqua, sem correspondência expressa atual, mas com princípio sem dúvida aplicável ao contexto do novo sistema: AMANIFESTAÇÃO DA VONTADE, NOS CONTRATOS, PODE SER TÁCITA, QUANDO A LEI NÃO EXIGIR QUE SEJA EXPRESSA.<sup>14</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Ante tudo que foi exposto, conclui-se que a Administração Pública Direta e Indireta, seja em razão da teoria geral da responsabilidade civil, arts. 186 e 942, parágrafo único do CC, seja em razão da teoria geral dos contratos e de sua função social, arts. 107, 265, 421 e 2.035/CC c/c arts. 12, 18 e 28, § 3º, do CDC, é corresponsável solidária, tanto pelo crédito previdenciário, § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, quanto pelo crédito social do trabalho, art. 186 do CTN, de natureza jurídica primária, alimentar e substancial, § 1º do art. 100 da CR/88, em razão de sua culpa in eligendo e in vigilando, art. 186 do CC, na contratação e fiscalização do cumprimento da ordem constitucional/legal trabalhista pela empregadora contratada e inadimplente, art. 67 da Lei n. 8.666/93.

Defender o direito a todo custo não é necessariamente defender a norma a todo custo. É defender o homem a todo custo, valor supremo da razão de ser do direito. Por isso se diz que o direito se acha na luta (Ihering), e essa ideia, expressa na obra de *Kampf um's Recht* do célebre autor, firmava o conceito de sentimento do direito (*Rechtsgefühl*).

Lutar pelo direito é “lutar pela conservação moral da pessoa”.

Por isso dizemos que “é um aspecto essencial da *conditio humana* que nós procuremos a justiça, que não a encontremos no mundo e nem ao menos possuamos estereótipos fixos de Justiça: Justiça é uma tarefa, tanto como um problema eterno da definição do que é Justiça, quanto como uma tentativa de agir de maneira justa e de criar um mundo (relativamente) justo.

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*.<sup>15</sup>

Caso contrário, na eventual hipótese de não se admitir a responsabilidade da Administração Pública pelos danos causados aos trabalhadores em razão da precarização das relações de trabalho terceirizadas, estar-se-á diante da possibilidade real e concreta de aumentos da frustração das execuções trabalhistas,

<sup>14</sup> COSTA, José Maria da. As obrigações solidárias. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coords.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2005. p. 255-257.

<sup>15</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 429.

de violação dos direitos material e processual do trabalho, bem como se admitirá introspectivamente a “síndrome do descumprimento das obrigações e/ou síndrome da obrigação não cumprida.”<sup>16</sup>

## 5. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coords.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2005.
- FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Novo código civil*. São Paulo: RT, 2002.

---

<sup>16</sup> “Esse grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho ‘A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil’ (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coords.). *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993. p. 256-258), no qual disse com lucidez e precisão, a respeito das normas materiais trabalhistas: ‘[...] se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico’. E completava: ‘Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal.’ O resultado da inefetividade da tutela jurisdicional é por ele bem apontado: ‘Cria-se na sociedade a síndrome da obrigação não cumprida, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é quem as descumpre e não o titular do direito. Quem procura justiça, sofre injustiça, pois o *lapsus temporis* que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escusado na demora, não cumpre a obrigação jurídica’. SILVA, Antônio Álvares da *apud* PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire *et al* (Coords.). *Direito do trabalho: evolução, crises, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 341.

- PIMENTA, José Roberto Freire *et al* (Coords.). *Direito do trabalho: evolução, crises, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004.