

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**RAFAEL MENDES DE SOUSA**

**CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR EMPRESA TERCEIRIZADA  
E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

**SOUSA  
2014**

**RAFAEL MENDES DE SOUSA**

**CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR EMPRESA TERCEIRIZADA  
E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

**Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.**

**SOUSA**

**2014**

**RAFAEL MENDES DE SOUSA**

**CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR EMPRESA TERCEIRIZADA  
E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

**Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientador:** Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**Banca Examinadora:**

**Data de Aprovação:** \_\_\_\_\_

---

Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**Orientador**

---

**Examinador**

---

**Examinador**

Dedico,

Ao meu pai, a minha mãe e a minhas duas irmãs, aos meus tios, meus avós e a todos aqueles próximos que sempre me apoiaram nessa caminhada.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente ao meu amado pai celestial, que com sua graça me proporcionou esse momento tão sublime. É de te que emana todas as minhas forças para seguir em frente, com fé, perseverante, sem medo algum das batalhas travadas na longa caminhada da vida nessa terra, pois sei que com teu escudo de ternura e bondade sempre me protegerá.

A São Francisco, padroeiro do humilde Sítio Panelas, onde lá fui criado, vivenciando minha infância de alegria. Foi lá que dei os primeiros passos, que aprendi a soletrar as primeiras palavras no recinto da inesquecível Escola Nova Aliança.

Ao meu querido pai Geraldo Francisco de Sousa, homem de garra, trabalhador, honesto, que mesmo diante das dificuldades, nunca me deixou faltar o que necessitei. Tu és um exemplo para mim! Palavras não são o bastante para expressar o quão grato sou por ter recebido o seu carinho, pelos bons conselhos que sempre me deu, pelas repreensões quando necessárias.

A minha mãe Francisca Mendes de Souza, que com todo esmero me concede o mais doce e sincero sentimento: o amor materno. Obrigado pelos teus carinhos, pelo teu cuidado, pelos teus ensinamentos, pelas tuas correções, pelas orações que sei que sempre nelas intercede por minha proteção... enfim, “eu tenho tanto para te falar, mas com palavras não sei dizer como é grande o meu amor por você”!

Não poderia deixar faltar as minhas duas irmãs Márcia e Vanúbia, com quem compartilho deliciosos momentos, dividindo ainda os tormentosos. Meninas, vocês são maravilhosas! Valeu pelos incentivos, por toda ajuda que me proporcionaram para fosse possível essa conquista.

Jamais esquecerei como foi importante o auxílio de toda minha família, em especial dos meus tios Cesário, João, Luiz e Maria, pois sei que sem a contribuição de vocês, a caminhada até aqui seria mais árdua.

A minha vizinha Francisca, que aos 87 anos ainda me proporciona sublimes momentos de alegria. Exemplo de mulher guerreira, que tenho plena certeza que nas suas costumeiras orações nunca esquece de pedir o melhor para mim. Tu és uma segunda mãe, a quem devo todo respeito e gratidão.

Ao meu grande amigo Lincollin Guedes, que me recebeu de braços abertos na cidade de Sousa, quando mais necessitei. Juntos vivenciamos grandes momentos.

Ao meu grande companheiro Wesley, carinhosamente por todos conhecido como “Sofista”, que tanto contribui na formatação do presente. Valeu gostosão das meninas!

A todos os meus colegas universitários, em especial aos mais próximos Claudervânio, Davi, Leomax, Leonardo, Padu, Pedro e Wendel. Essa turma sempre permanecerá na minha memória.

À Residência Universitária, onde vivi boa parte da minha vida acadêmica, compartilhando bons momentos com todos os colegas residentes, os quais sempre carregarei nas minhas lembranças.

Ao Professor Eduardo Jorge, homem bondoso, de fé, com quem tive a honra de vivenciar momentos em sala de aula, presenciando os seus ensinamentos. Um dos maiores incentivadores!

Por fim, a todo o corpo docente e servidores do CCJS.

## RESUMO

Esta monografia deteve-se à pesquisa do tema, notadamente, pela sua importância atual em um ordenamento jurídico, onde o Estado tomou para si a responsabilidade de prestar à coletividade os serviços públicos tidos como essências para a prevalência da dignidade humana, sendo responsável civilmente que pelos danos causados em decorrência desta atividade. O trabalho traz em seu bojo a origem do serviço público, seu conceito, bem como elenca ainda as formas pelas quais o mesmo pode ser prestado, estabelecendo a terceirização como uma das modalidades de sua delegação, enfatizando as vantagens que aquela pode proporcionar à máquina Administrativa e as tarefas acessórias que podem ser transferidas à empresa terceirizada. O principal escopo cinge-se na possibilidade de se responsabilizar, primariamente, a Administração Pública pelos danos causados pelo empegado terceirizado ao usuário ou não do serviço público. Nesse mister, a pesquisa pautou-se através de um balanço histórico do instituto, galgando pelo conceito e estudo dos princípios atinentes ao regime jurídico administrativo, bem como pela evolução da responsabilidade civil aquiliana estatal até o hodierno estágio.

**Palavras-chave:** Serviço. Terceirização. Administração. Responsabilidade

## ABSTRACT

This monograph stopped to research the topic , notably by its current importance in a legal system where the state took upon itself the responsibility of providing public services to the community considered essential to the prevalence of human dignity , which is responsible civilly for damage caused as a result of this activity .\_The work brings with it the origin of the public service, and his concept lists the ways in which it can be provided, \_establishing outsourcing as one of the modalities of its delegation, emphasizing the advantages it can provide to the Administrative machine and ancillary tasks that can be transferred to the third party.\_The main scope is confined to the possibility of blame, primarily, the Public Administration for damage caused by the outsourced employee at the user or not of the public service.\_In this mister, the research was guided through a historical examination of the institute, chalking up the concept and study of the \_principles relating to the \_legal administrative system as well as the evolution of state liability to the current stage.

**Keywords:** Service. Outsourcing. Administration. Responsibility.



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 SEREVIÇO PÚBLICO.....	12
2.1 Origem.....	12
2.2 Conceito.....	13
2.3 Critérios.....	14
2.4 Formas de prestação do serviço público.....	16
2.4.1Centrlização e descentralização.....	16
2.5 Serviços delegáveis e indelegáveis.....	17
2.6 Formas de Delegação.....	18
2.7 Princípios.....	21
3 TERCEIRIZAÇÃO.....	23
3.1Origem.....	23
3.2 Conceito.....	23
3.3 Finalidade (vantagem para a Administração Pública).....	24
3.4.Procedimento para contratação, pela administração pública, de empresa terceirizada..	25
3.5 Atividade-fim e atividade-meio.....	26
3.6 Relação da terceirizada com seus empregados e com a tomadora de serviços.....	27
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA.....	29
4.1 Conceito.....	29
4.2 Evolução.....	29
4.3 Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	30
4.4 Teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa.....	30
4.5 Teoria da responsabilidade objetiva ou do risco administrativo.....	31
4.6 Pressupostos para responsabilização da Administração Pública.....	33
4.7 A responsabilidade do vigente Código Civil.....	34
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO POR DANOS CAUSADOS POR EMPRESA TERCEIRIZADA.....	37
5.1 Breve retomada de assuntos.....	37
5.2 Terceirização ilícita.....	38
5.3 Vínculo do particular com a Administração Pública.....	39
5.4 Responsabilidade do dano causado pelo empregado terceirizado em desfavor do particular que possui vínculo direito com a Administração Pública.....	40
5.5 A possibilidade de responsabilidade primária da Administração Pública pelos danos causados pelo terceirizado ao particular.....	42
6 CONCLUSÃO.....	44
7 REFERÊNCIAS.....	46



## 1 INTRODUÇÃO

Com promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que o Estado brasileiro deve executar suas atividades com observância da dignidade humana, que foi elevada à égide de fundamento da República, inserta no art. 1º da carta constitucional.

Através dos serviços públicos é que o Estado busca proporcionar aos cidadãos as condições mínimas de existência. Devido à complexidade desta tarefa, a Administração Pública se viu obrigada a buscar colaboração para tanto, descentralizando alguns serviços, visando a maior eficiência na consecução dos mesmos.

É nesse contexto que a Administração Pública busca o apoio de empresas terceirizadas. Ela transfere a estas a execução de determinados serviços acessórios, desafogando a máquina administrativa, proporcionando-lhe melhor desempenho na prestação dos serviços fins.

Sabe-se que é grandiosa a utilização da terceirização pela Administração Pública. Na grande maioria dos órgãos públicos há empregados de empresas terceirizadas, que são diretamente subordinados a estas, responsáveis pela sua remuneração.

Esse empregado não é servidor público, pois não prestou concurso, mas as suas atividades são de extrema importância para que a Administração possa atingir seu mister. Não se mostra rara a possibilidade de um desses trabalhadores cometer um ato ilícito, causando dano ao usuário do serviço público, que possui vínculo direto com a Administração Pública.

Registre-se que a consequência gerada pelo ato ilícito traduz-se no dever de reparar o dano. Decorrência do instituto da responsabilidade civil. Nesse diapasão vem a lume o questionamento sobre a quem deve ser atribuída essa responsabilidade: a empresa terceirizada ou a Administração? Isso porque o empregado terceirizado não possui vínculo empregatício com aquela, mas para o usuário, presta o serviço em nome da mesma, agindo como seu preposto.

No âmbito da Administração Pública, onde vigora o regime jurídico de direito público, atualmente estabelece-se como regra a reponsabilidade objetiva. Mas até o hodierno estágio percorreu-se várias veredas, surgindo primordialmente

a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, ora fracassada, dando ensejo à intermediária e também falha, responsabilidade subjetiva.

Pretendemos estabelecer qual a melhor e mais acertada alternativa sobre a quem se atribuir a responsabilidade pelo dano causado a terceiro por uma empresa terceirizada que formaliza contrato de terceirização de serviços com a Administração Pública, bem como qual a modalidade mais adequada, objetiva diretamente da Administração, subsidiária ou solidária.

Na produção do presente Trabalho de Conclusão de Curso, a título de metodologia, far-se-á uso do método investigativo e descritivo, juntamente com a utilização de referência bibliográfica e exame de diversas fontes de conhecimento, tais como, livros, artigos científicos, revistas e jurisprudências, fornecendo sustentáculo teórico atual e prático sobre o tema. Entende-se um apanhado geral sobre os principais trabalhos realizados, capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados ao tema. Nesta pesquisa serão consultados autores com reconhecida contribuição no que se refere à temática da pesquisa.

No segundo capítulo trataremos do serviço público, trazendo sua origem, conceito, critérios, formas de prestação, dentre as quais estabelecemos e enfatizamos a terceirização, tratando-se ainda dos serviços delegáveis e indelegáveis e dos princípios aos quais a sua prestação está submetida.

No terceiro, dá-se ênfase a terceirização, onde se discorre sobre sua origem, conceito, vantagem para Administração Pública, a forma pela qual esta pode contratar empresa terceirizada, diferenciando-se ainda serviços fins de serviços meios.

Já no quarto, foca-se na responsabilidade civil da administração pública: conceito, evolução e teorias, traçando-se ainda um paralelo entre os fundamentos de responsabilidade estabelecidos do vigente Código Civil Brasileiro.

Por conseguinte, no quinto capítulo, enfatizamos sobre a possibilidade de responsabilização primária da administração pública por danos causados por empresa terceirizada, tecendo-se ainda comentários acerca da terceirização ilícita, bem como da responsabilidade subsidiária trabalhista da Administração.

## 2 SERVIÇO PÚBLICO

### 2.1 Origem

Com a passagem do estado absolutista para o atual Estado Democrático de Direito em que vivemos, os interesse de um único governador não mais prevalecem em face dos interesses coletivos. Grandes movimentos, a exemplo da Revolução Francesa e Revolução Industrial, onde prevalecia o cenário de miserabilidade nas ruas, conduziu a uma reinterpretação dos meios de vida em sociedade.

A coroa do idolatrado soberano perde seu brilho face às necessidades sociais de maior parte da população. O estado absolutista passa a conduzir seus atos em prol dos interesses dos mais necessitados. Através das Constituições ou leis, se escolhe quais as atividades que são consideradas de interesse geral, rotulando-as como serviços públicos, dando-lhes tratamento diferenciado.

A noção de serviço público, segundo ALEXANDINO E PAULO (2012, p. 677), “historicamente, teve sua elaboração iniciada na França e desenvolveu-se intensamente sob os auspícios da denominada “escola do serviço público, capitaneada por Léon Duguit”.

O principal objetivo dessa escola, conforme ensina o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, era deslocar o centro de gravidade do estudo do direito administrativo da ideia de “poder estatal” para de “serviço aos administrados”. Mais tarde, a noção de serviço público foi utilizada, também, para delimitar as competências das duas jurisdições existentes na França (comum e administrativa, decorrente do sistema dual de jurisdição nesse país).

Cabe agora ao Estado proporcionar aos seus súditos condições mínimas de vida, insertas no plano da moradia, da limpeza urbana, da infraestrutura, da educação, da saúde, das comunicações, da segurança pública, etc.

Por intermédio da prestação do serviço público é que o Estado, agora com foco principalmente nos interesses dos administrados, ou seja, os particulares, através da Administração Pública, cumpre o seu mister.

O vocábulo Administrar, para DI PIETRO (2011, p. 49) “significa não só prestar serviço, executá-lo, como outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com objetivo obter um resultado útil; que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo”.

A doutrina divide didaticamente a Administração em dois sentidos, quais sejam: objetivo e subjetivo. O subjetivo compreende as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem função administrativa. O objetivo refere-se a atividade exercida pelos referidos entes.

Estabelece-se, dessa forma, uma relação jurídica onde a Administração Pública tomou para si a obrigação de prestação de serviço público ao particular, tendo este o direito de exigir que a consecução do serviço obedeça a critérios de regularidade.

## 2.2 Conceito

A conceituação de serviço público não é tarefa fácil, tendo em vista que o mesmo evolui com o passar do tempo, sendo dinâmico. Nesse ponto é o entendimento do magnífico doutrinador Meirelles (2010, p. 351,):

Fora dessa generalidade, não se pode, em doutrina indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas *vitais* que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.

Sinteticamente, podemos conceituá-lo como sendo todo aquele prestado pela Administração Pública, observado o regime jurídico administrativo que satisfaz os interesses de uma coletividade que o usa frequentemente ou potencialmente.

E continua o mesmo autor (2010, p. 351) asseverando ser serviço público todo “aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

Por sua vez a saudosa Marinela (2013, p.531), com o brilhantismo que lhe é peculiar, conclui:

Portanto, é considerado serviço público toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados, e que o estado assume como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo, ou por quem lhe faça as vezes, sob o regime de direito público, total ou parcialmente.

Por seu turno Carvalho Filho (2012, p. 321) com toda competência a que lhe é atribuída aduz ser serviço público "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade".

Di Pietro (2011, p. 99), a seu turno, considera serviço público como sendo:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente de direito público.

Como se percebe, não há unanimidade conceitual, haja vista que as necessidades populacionais variam diariamente, tendo a Administração Pública que selecionar as atividades essenciais e que interessem a uma inteira coletividade.

Após processo seletivo, cabe ao Estado pautar-se por medidas que visem a satisfação dos interesses públicos, exercendo suas atividades de forma a proporcionar ao Administrado a satisfação das atividades seletas, muitas vezes essenciais para uma vida digna.

### **2.3 Critérios**

Os estudiosos optaram, didaticamente a estabelecer critérios ou elementos para que uma atividade estatal possa ser taxada de serviço público. A doutrina ao tratar ainda do tema, estabelece critérios para a sua caracterização, quais sejam o subjetivo ou orgânico, o material e o formal. Acerca desses elementos assim dispõe Marinela (2013, p. 531, grifos da autora):

para a identificação do serviço público é necessária a verificação de alguns elementos que são: substrato material e elemento formal. Inicialmente, é importante identificar o substrato material, que consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados e que o Estado assume como próprias, podendo prestá-las, diretamente ou não. O fato de exigir a presença do Estado, para alguns doutrinadores, constitui um terceiro elemento que é o elemento subjetivo

A doutrina é uníssona ao elencar três critérios a saber: o orgânico, pelo qual o serviço público é prestado por órgão público, ou seja o próprio Estado. O formal, que realça o aspecto pertinente ao regime jurídico, isto é, o regime de direito público e, por último, o material, que dá relevo à natureza da atividade exercida, onde o serviço público seria aquele que interesse a comunidade.

Nesse interim, sábias são as palavras d Carvalho Filho (2012, p. 320) que assim preleciona:

A conclusão que se chega é a de que, insuficientes os critérios, tomados de forma isolada, devem todos eles ser considerados na formação da moderna fisionomia que marca a noção de serviço público. Esse o sentido moderno que, segundo entendemos, se deve emprestar a noção. Dada a diversidade de critérios para a noção de serviço público, no entanto, é imperioso reconhecer que sua abrangência pode alcançar todo e qualquer serviço prestado pelo Estado; com menor amplitude, prestados individual ou coletivamente, à coletividade; e, com sentido mais restrito, apenas os que beneficiam especialmente certos indivíduo.



Vê-se dessa forma que os critérios para a definição do serviço público devem ser analisados de forma conjunta, independentemente de quem os preste, sob qual regime ou quem o utilize.

## **2.4 Formas de Prestação do Serviço Público**

### **2.4.1 Centralização e descentralização**

Visto a origem, conceitos e elementos, importa-nos nesse ponto analisarmos as formas pelas quais o serviço público é prestado, ou seja, de forma direta ou indireta pela Administração Pública.

Primeiramente deve se ter em mente que ao assumir a responsabilidade perante os administrados, de forma centralizada, o Estado sufocou-se com atribuições e, com o objetivo de uma prestação mais eficiente, viu-se na necessidade de solicitar a colaboração de alguns entes componentes da Administração pública bem como aos particulares, operando a descentralização, que pode ser por serviço ou colaboração.

A descentralização por serviço, como bem pondera DIPIETRO (2011, p. 422), “é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público”.

Já a segunda, aduz a administrativista,

[...] é a que se verifica quando, por meio de contrato, ou atos administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço.

Por vezes, esta claro, a Administração Pública efetua a transferência da titularidade e da execução, ou apenas esta última do serviço público. Pela outorga,

o Estado transfere a titularidade e a execução do serviço. Através da delegação, transmite-se apenas a sua execução.

Nesse interim é salutar os ensinamentos de MARINELA (2013, p. 551) que dotada de toda competência doutrina:

[...] nas hipóteses em que a titularidade é exclusiva do Estado, a sua prestação pode ser realizada por ele ou por alguém em seu nome, admitindo-se a transferência da titularidade de sua prestação aos agentes da Administração Indireta e para os particulares. Nesse grupo de atividades, o Estado conserva a titularidade do serviço e transfere somente a sua prestação, o que ocorre por meio do instituto da delegação de serviços.

Considere-se ainda que não são todos os serviços que podem ser delegados. Isso porque o regime jurídico administrativo tem como princípio basilar a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a indisponibilidade do interesse público. Logo existem serviços que, para transmitir mais segurança, é salutar que sejam prestados diretamente pela própria Administração.

## **2.5 Serviços delegáveis e indelegáveis**

Saliente-se ainda que não são todos os serviços que podem ser delegados. Ao discorrer sobre o tema, pondera Carvalho Filho (2012, p. 323) com completude:

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia, etc. Serviços indelegáveis, por outro lado, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplifica-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços essenciais, etc.

Ao tratarmos da terceirização de serviços pela Administração Pública mais adiante, esclareceremos que a modalidade de tarefas que podem ser transferidas ao terceirizado é ainda mais limitada.

## 2.6 Formas de delegação

Cumpri-nos enfatizar que os serviços podem ser prestados por pessoas componentes da Administração Pública Direita (Estados, União, Distrito Federal, Município) e Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista), bem como por particulares.

A base jurídica para a descentralização tem sede constitucional, pois embora o Estado, a priori, seja responsável pela prestação direta dos serviços públicos, em especial daqueles considerados indelegáveis, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art.175, traz as possibilidades para que os serviços possam ser prestados de forma indireta pela Administração. É o que se vê da inteligência do mencionado dispositivo, *verbis*: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O nosso estudo se limitou na prestação de serviços por particulares, quais sejam, as empresas concessionárias, permissionárias e autorizatários. Advirta-se, ainda, que consideraremos a terceirização de serviços na Administração Pública como forma de delegação de serviço, dando mais ênfase a esta, haja vista está inserida no enfoque do presente trabalho.

Os conceitos de concessão e permissão de serviço público possuem égide legal. A Lei. n.º 8987/95, em seu art. 2º, II e III traz o conceito legal de concessão, precedida ou não de obra pública. Vejamos:

Art.2º [...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Com maestria de qual é dotada, Meirelles (2010, p. 267) ao conceituar o contrato de concessão, ensina:

É ajuste pelo qual a administração delega ao particular a execução remunerada de serviços ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

No mesmo diapasão, com a sapiência que lhe é inerente, pondera Marinela (2013, p. 552):

A concessão de serviços públicos esta definida no art.2º, II da Lei n.º 8987/95 e consiste numa forma de transferência da titularidade para a prestação de serviços públicos, denominada delegação. Tal transferência é realizada pelo poder concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. A formalização faz-se por meio de contrato administrativo, precedido de licitação, na modalidade concorrência, tendo sempre prazo determinado.

Quanto ao contrato de permissão, o qual também se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, em que sua principal característica é a delegação do serviço a título precário, significando que, em regra, pode ser desfeito pela Administração a qualquer tempo. Vejamos o conceito legal insculpido no art. 2º, IV da Lei n. 8.987/95 (Lei geral das Concessões e Permissões):

Art.2º [...]

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente

à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Carvalho Filho (2012, p. 413), conceitua permissão da seguinte forma:

Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto a fixação do valor das tarifas.

No mesmo sentido doutrina com brilhantismo ODETE MEDAUAR (2004, p.251): “a permissão, classicamente se expressa por ato administrativo, precário, revogável, em princípio, a qualquer tempo”.

Embora guardem demasiadas semelhanças, é importante apresentarmos algumas diferenças básicas entre os referidos contratos. Para a formalização do contrato de concessão haverá obrigatoriamente licitação na modalidade de concorrência, enquanto que na permissão é cabível qualquer. Pelo primeiro contrato, o serviço somente pode ser delegado à pessoa jurídica, enquanto que no segundo, também se permite à pessoa física.

Cumpri-nos agora tecer alguns comentários acerca da Autorização. Basicamente não se trata de um contrato, mas sim de um ato unilateral, discricionário e precário, de modo que pode ser revogada a qualquer tempo sem direito à indenização para o autorizado.

Carvalho Filho (2012, p. 441) ao tratar do tema, assim estabelece: “autorização é ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade om serviço público”.

A doutrina entende que essas atividades servem para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória.

É importante frisarmos, como já mencionado anteriormente, que tratamos da terceirização como forma de delegação de serviço público, pois por meio dela a Administração visa desafogar a máquina Administrativa transferindo a execução de seus serviços acessórios a determinadas empresas especializadas.

De início, faz-se necessário esclarecer que por ser amplamente utilizada pela Administração Pública brasileira, bem como o fato do presente trabalho se pautar pela questão da possibilidade de responsabilização civil da administração pública nos contratos de prestação de serviço por empresa terceirizada, optamos por tratar da terceirização em capítulo específico.

## 2.7 Princípios

Deve-se atentar para o fato de que o Estado deve prestar o serviço sempre nos interesse dos administrados, havendo assim um indisponibilidade do interesse público, princípio éguide regente da Administração Pública. É importante destacar que na prestação do serviço, seja diretamente ou por meio dos colaboradores – concessão, permissão, autorização e, em nosso entender, terceirização -, a Administração está sujeita a princípio mais específicos.

A busca de um serviço adequado, que satisfaça da melhor maneira possível o usuário, deve ser o guia da Administração. A Lei. n.º8987/95, embora trate mais especificamente da concessão e permissão, traz em seu art. 6º o conceito de serviço adequado, elencando ainda outros princípios. Vejamos:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Nos ateremos a basicamente três dos referidos princípios: generalidade, continuidade e eficiência.

O da generalidade significa que os serviços públicos devem ser prestados com maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos, bem como deve ser prestado sem discriminação entre os beneficiários.

O princípio da continuidade, como a própria nomenclatura já sugere, foi criado no escopo de evitar a paralização do serviço. Ao discorrer sobre o mesmo, ressalta o excepcional Carvalho Filho (2012, p.331):

Esse princípio indica que os serviços não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralização provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.

Pelo princípio da eficiência, como o próprio nome já nos transmite a ideia, a Administração deve agir da melhor maneira possível, com celeridade, efetividade e, principalmente com reponsabilidade por seus atos ilícitos, indenizando o usuário lesado. Para Marinela (2013, p.44):

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum.

Para atingir esse mister, a administração procura desafogar sua máquina, concentrando-se nos serviços principais, transferindo a execução dos acessórios às terceirizadas.

## **3 TERCEIRIZAÇÃO**

### **3.1 Origem**

A terceirização, no âmbito empresarial, teve seu início a partir da segunda guerra mundial. À época, a principal preocupação enquadrava-se na produção de material bélico. Ocorre devido a grande demanda, as empresas se viram sobrecarregadas, sendo que a estratégia viável para solucionar o problemas foi a delegação de tarefas acessórias a empresas especializadas, mantendo apenas o negócio principal.

No Brasil, essa atividade teve início através das empresas multinacionais o setor automobilístico nas décadas de 50 e 60, impulsionada na década de 70, especialmente pela contratação de empresas de limpeza e conservação.

Historicamente, no setor público, a terceirização emergiu devido as consequências geradas pela primeira guerra mundial. Isso porque o Estado se viu na obrigação de corrigir os desequilíbrios econômicos ocasionados pelas catástrofes. Nesse ponto, o Estado Social de Direito, sozinho, já não conseguiu executar um serviço eficiente, necessitando do apoio de particulares para tanto.

### **3.2 Conceito**

Em um sentido bem amplo, a terceirização nada mais é do que transferir um serviço a terceiro. Trata-se de uma forma de reorganização Administrativa por meio da qual atividades meios de uma pessoa jurídica, no qual podemos inserir as componentes da Administração, são transferidas a empresas especializadas e contratadas para este fim.

Oliveira Ramos (2001, p. 50), no ensina com toda eficiência:



[...] transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e garantindo competitividade.

Por seu turno, Di Pietro (2013, p.216), na sua obra específica, conceitua o instituto como a “contração, por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividades-meio”

### **3.3 Finalidade (vantagem para a Administração Pública)**

A administração pública, quando da prestação do serviço, deve observar o princípio da eficiência, desempenhando suas atividades da forma mais adequada, ou seja, de forma célere e com menor onerosidade possível. Dessa forma, para desafogar a máquina, a administração transfere a execução de tarefas acessórias, que são consideradas serviços meios a pessoas jurídicas de direito privado.

Saliente-se que a terceirização não é obrigatória, pois trata-se de ato discricionário, assim, cabe ao gestor analisar a conveniência e oportunidade na contratação ou não da empresa terceirizada. Segundo LUDWIN (2007, p. 35) “Cumpra à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência”.

Dentre as vantagens ocasionadas pela terceirização podemos citar: a) as entidades e órgãos da administração pública melhor concentram-se (DL 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades fins de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL 200/67, art. 10, §7º); (b) evitar o crescimento desarrazoado da máquina administrativa (DL 200/67, art. 10, §7º); e (c) promoção da economicidade e melhoramento ao aproveitar os humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto nº 2.271/97, art. 2º, III).

Importante frisar que isso visa a persecução dos interesses coletivos, haja vista o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, não havendo por parte do Estado finalidade lucrativa.

### **3.4 Procedimento para contratação, pela Administração Pública, de empresa terceirizada.**

Já mencionamos anteriormente ser ato discricionário do gestor verificar a conveniência e oportunidade para contratação de empresa terceirizada, sendo que isso deve ter sempre em vista o interesse público e a eficiência na prestação do serviço. Advirta-se, nesse ponto, que a Administração está vinculada ao princípio da legalidade positivado no art. 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim sendo, ainda que discricionária a opção pela contratação da terceirizada, deve observar os mandamentos legais.

O procedimento para contratação se dará, em regra, por intermédio da licitação, que em alguns casos, pode ser dispensada. O primeiro diploma legal brasileiro ao tratar sobre o tema foi o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, cujo art. 10, § 7º, estabelece:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º 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 contato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução

Regulamentando a matéria há o Decreto n.2.271, de 7 de julho de 1997, que “dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”. Seu art. 1º, *caput*, admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares. No §1º constam atividades a serem preferencialmente

executadas mediante contratação. Seu §2º, veda a transferência de atividades típicas das categorias funcionais. Vejamos o dispositivo:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional 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.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categoriais funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal

Mais recentemente a Lei. n.º 8.666/93 disciplinou a possibilidade de contratação de serviços terceirizados, elencando em seu art. 6º, II, os que preferencialmente devem ser transferidos a terceiros mediante contrato:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - 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.

Desta feita, já se percebe que não é qualquer serviço que pode ser delegado ao terceiro, mas apenas as tarefas acessórias, que constituem as atividades meio. As fins jamais podem ser transferidas.

### **3.5 Atividade-fim e atividade-meio**

Saliente-se que dentre as atividades desenvolvidas por uma empresa, que aqui devemos entender com a Administração Pública, estão contidas aquelas que

constituem a finalidade principal e outras que são acessórias, sendo que estas são desempenhadas para possibilitar o melhor desenvolvimento daquelas.

O TST, através do enunciado 331, denominou estas atividades acessórias de “atividades-meio”, de modo que as atividades principais, por conseguinte, ficaram conhecidas como “atividades-fim”.

As atividades-meios, passíveis de transferência, exemplificativamente, estão dispostas no art.1º, §1º do Decreto n.2.271, de 7 de julho de 1997, já citado anteriormente.

Ao discorrer sobre o tema, com o brilhantismo que lhe é peculiar, preleciona Delgado (2005, página):

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio, são aquelas funções e tarefas empresarias e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”

Ressalte-se que a administração não pode transferir a terceirizada a execução dos serviços fins. Apenas as atividades meio serão objeto de transferência. Caso ocorra a primeira hipótese, estaremos diante da terceirização ilícita, da qual trataremos posteriormente.

### **3.6 Relação da terceirizada com seus empregados e com a tomadora de serviços**

Na terceirização verificam-se três tipos de relações jurídicas. A primeira envolvendo a empresa prestadora dos serviços e a empresa tomadora (Administração Pública) trata-se de uma relação de jurídica de ordem civil, tendo

em vista que a terceirização se formaliza mediante contrato. Na segunda tem-se uma relação jurídica envolvendo o trabalhador e a empresa prestadora do serviço, configurando uma relação de emprego e, finalmente, existe uma relação de trabalho, que surge do envolvimento entre o trabalhador e a empresa tomadora.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 4.1 Conceito

Também chamada de extracontratual, patrimonial e aquiliana, advém do fato do Estado, quando da prestação do serviço, ser responsável pelos danos causados a terceiros, usuários ou não, que são obrigados a suportar sua atuação.

Sábias são as palavras de mestre paulistano Meireles (2010, p. 680) ao conceituar reponsabilidade civil estatal nos seguintes termos: “é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização”.

Corroborando no mesmo sentido, nos ensina Di Pietro (2011, p. 643):

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

Há dois tipos de responsabilidade estatal: a contratual e a extracontratual ou civil. A primeira é relativa aos contratos celebrados pela administração. A segunda, como bem poderá Carvalho Filho (2012, p. 543), “é aquela que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual”.

Bem completa é a orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello que entende por responsabilidade extracontratual do Estado:

A obrigação que entende por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos

### 4.2 Evolução

É importante salientar que a reponsabilidade civil estatal passou por um longo período evolutivo. Nem sempre foi como hodiernamente é. Fala-se basicamente em três teorias acerca desse tema, quais sejam: Teoria da Irresponsabilidades do Estado, Teoria da Responsabilidade Subjetiva e Teoria da Responsabilidade Objetiva.

### **4.3 Teoria da Irresponsabilidade do Estado**

Acerca da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, com excelência assevera Marinela (2013, p .985, grifos da autora):

No primeiro momento da história, no direito comparado, aplicava-se para o Estado a Teoria da Irresponsabilidade do Estado. Nesse momento, o dirigente era quem ditava a verdade, que dizia o certo e o errado, portanto jamais ele iria admitir uma falha, agindo segundo a máxima americana *“the king do not wrong”* (o rei não erra nunca)

Ao discorrer sobre o tema, preleciona Carvalho Filho (2012, p. 544):

Na metade do século XIX, a ideia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. A solução era muito rigorosa para com os particulares em geral, mas obedecia às reais condições políticas da época. O denominado Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares,, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que Poder Público assumia àquela época.

### **4.4 Teoria da Reponsabilidade subjetiva ou responsabilidade com culpa**

Após o fracasso da teoria da irresponsabilidade, emerge a ideia de que o Estado deveria ser responsabilizado por suas condutas quando agisse com dolo ou

culpa. Assim, responderia pelo dano ocasionado por atuação de forma ilícita. O Administrativista Carvalho Filho (2012, p. 545) citando Di Pietro, dotado de toda competência aduz:

[...] entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitudes estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais aproximariam com os atos do direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas e fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

No mesmo prisma, com suas palavras esclarecedoras, dispõe Marinela (2013, p. 985):

A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente. Para sua caracterização, depende-se da comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou dolo do agente.

Ressalte-se que na esfera cível, bem como na Administrativa, a diferença entre culpa e dolo torna-se indiferente e desnecessária para a obrigação de reparar o dano. Assim, o agente que age intencionalmente ou culposamente (com negligência, imprudência ou imperícia), causando dano a terceiro, em nome da administração, acarreta para esta a obrigação de indenizar aquele.

Sinteticamente podemos conceituar negligência como um deixar de agir. A imprudência é um agir impensado. Já a imperícia se traduz na falta de habilidade técnica para agir.

#### **4.5 Teoria da responsabilidade objetiva ou teria do risco administrativo**



Já vimos que o Estado Social tem como principal característica ser intervencionista. Sabemos ainda que ele elege as atividades mais importantes as considerando serviço público e pode prestá-los em regra, diretamente ou, desde que permitido, indiretamente, através da concessão, da permissão, terceirização, ente outros.

O Administrado sempre é obrigado a suportar, devido ao poder de império, a intervenção estatal. Nesse ponto veio a lume a possibilidade de a Administração, seja diretamente ou através de delegados, mas por meio de seus agentes, causarem danos aos usuários ou não usuários do serviço, ainda que agindo de forma lícita. Viu-se então que as teorias acima mencionadas seriam insuficientes para compensar os danos sofridos pelos lesados.

É nesse ponto que surge a teoria da responsabilidade objetiva, que obriga a administração, independentemente de dolo ou culpa, a arcar com os prejuízos causados a terceiros, sejam decorrentes de atos ilícitos ou lícitos. Referida teoria, também chamada de teoria do risco administrativo, ocorre sempre que o Estado atua por meio de uma ação.

No Brasil, a teoria objetiva foi reconhecida desde a Constituição de 1946 e é adotada até os dias de hoje. A responsabilidade objetiva já era reconhecida como regra no sistema brasileiro, tornando-se constitucional com a Carta de 1946, em seu art. 194. Daí por diante, a regra não mais foi excluída, levando os textos seguintes a serem aperfeiçoados. A constituição de 1967 dispunha sobre o assunto no art. 105, em 1969 a disposição estava no art. 107. Atualmente a previsão está insculpida no art. 37, §6º da CRFB/88, *in verbis*:

Art.37 [...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa

Nas ponderações de Marinela (2013, p. 987):

Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade.

Atente-se para a premissa de que a responsabilidade objetiva esta intrinsecamente ligada a teoria do risco administrativo. Nesse interim, é de bom alvitre citar os ensinamentos magnífico do mestre Meirelles (2011, p. 682):

A responsabilidade objetiva ou “teoria do risco administrativo” faz surgir para a Administração a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta de serviço público, nem culpa dos agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.

#### **4.6 Pressupostos para responsabilização da administração pública**

É necessário que se prove, para a reparação do dano, apenas o nexo causal entre um acontecimento e o efeito que produz o resultado. Da análise da abrangência do art.37,§6º da CRFB, percebemos que o mesmo é aplicado tanto para as pessoas jurídicas de direito público, isso em decorrência apenas do regime jurídico de direito público ao qual se submetem, bem como às de direito privado ou pessoas físicas prestadoras de serviço público, desde que ajam em nome da Administração.

Desta feita não importa se o agente é público ou privado, a exemplo do terceirizado. Basta a simples condição estar agindo em nome da Administração. “A responsabilidade é atribuída à pessoa jurídica em razão do princípio da impessoalidade, em que o ato praticado pelo agente público não é dele, mas sim da pessoa jurídica a que ele pertence” (MARINELA, 2013, p. 991).

O conceito de agente é bem abrangente, englobando todos os que desempenham função pública, ainda que temporariamente, remunerado ou não. Incluem-se todos, sejam agentes políticos, servidores públicos, os empregados públicos das sociedades de economia mista e das empresas públicas, bem como

os particulares em colaboração. Não se esquecendo, ainda, quando a prestação do serviço, é possível incluir os concessionários, os permissionários e, como se demonstrará mais adiante, o terceirizado.

Para a caracterização da desse tipo de responsabilidade são necessários basicamente três pressupostos, a saber: o fato administrativo, o dano e o nexo causal.

O fato administrativo é considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, mas atribuída ao poder público. O segundo trata-se da ocorrência do dano, podendo ser patrimonial ou moral. O último é o nexo causal ou como prefere alguns autores, a relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano.

Cabe ao lesado, a fim de ser ressarcido pelo dano sofrido, provar que se prejuízo se adveio da conduta estatal, não se fazendo qualquer consideração sobre dolo ou culpa.

#### **4.7 A responsabilidade no vigente Código Civil**

Primeiramente deve-se ter em mente que no Código Civil de 2002 a regra é a prevalência da responsabilidade civil subjetiva decorrente da prática de ato ilícito, entretanto não se pode olvidar a inexistência da responsabilidade objetiva no referido diploma legal. Vejamos a redação do parágrafo único do art. 927 do CC/2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse prisma aduz Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade  
Nery (2003,p.488):

Sistema de indenização do Código Civil. São dois os regimes jurídicos da responsabilidade civil no sistema do Código Civil: a) responsabilidade subjetiva; b) responsabilidade objetiva. Ambas têm a mesma importância no sistema do Código Civil, não havendo predominância de uma sobre a outra. Conforme o caso, aplica-se um ou outro regime de responsabilidade civil, sendo impertinente falar-se em regra e exceção.

O ato ilícito é aquele que praticado em desacordo com a lei, obriga o praticante a reparar o dano. Seu conceito legal vem disciplinado nos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002. Vejamos:

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.

Vê-se que a responsabilidade civil está diretamente concatenada ao ideal de não prejudicar o outro. Nas palavras de Stoco (2007, p.114):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Para Rodrigues (2003, p. 6) “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de Silva (2010, p. 642) é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

No direito atual, inclusive com base constitucional (art.5º, X) a tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial. Conforme o entendimento de Bitar (1994, p. 561):

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.

Desta feita, não pode o usuário ou não do serviço público sofrer o prejuízo, sendo que este deve ser reparado, garantido, da forma mais célere e eficiente possível.

## 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO POR DANOS CAUSADOS POR EMPRESA TERCEIRIZADA

### 5.1 Breve retomada de assuntos

Como já observado anteriormente, a terceirização de serviços pela administração pública pode ser considerada prática corriqueira no âmbito da Administração Pública, ocasionando para esta grandes benefícios em termos de economicidade e celeridade na prestação de seus serviços fins, tendo em vista o principal intuito é desafogar a máquina Administrativa delegando os serviços acessórios a terceiros.

Os ensinamentos Di Pietro (2013, p.215) são de extrema completude ao tratar desse instituto. Assim dispõe a autora:

A terceirização, bastante utilizada no âmbito da iniciativa privada, aparece hoje entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Pode se dizer que a terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública brasileira.

Já foi mencionado também que na prestação de seus serviços, seja direta ou indiretamente, através da terceirização, por exemplo, a administração, bem como a terceirizada devem pautar-se por princípios, a exemplo do da eficiência, previsto no art. 37 da CRFB/88 bem como o da segurança, ambos já mencionados anteriormente.

Observamos ainda que a administração pública, ao prestar os serviços que lhe incumbem, é responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, usuários ou não, atentando-se para o fato que o vocábulo agente é bem abrangente, não se limitando aos servidores ou empregados públicos.

Hodiernamente a terceirização está presente em quase todos os setores da administração. Grande maioria das pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviço público a utilizam para melhor desempenhar suas atividades fins.

Ocorre que não são raras as hipóteses de um empregado de empresa terceirizada, mediante a prática de ato ilícito ou mesmo lícito, causar dano, aqui abrangendo tanto o patrimonial quanto o moral, ao particular usuário ou não de determinado serviço prestado pela Administração.

Referido fato merece demasiadas reflexões, pois tendo em vista a Lei. 8666/93, além do Dec. 200/67, que elencam preferencialmente os serviços acessórios, os quais as repartições podem transferir sua execução mediante o contrato de terceirização para particulares, a possibilidade de estes empregados terceirizados causarem danos aos usuários é grande.

Ademais, como mencionamos, o vocábulo agente é abrangente, podendo estender-se, em nosso entender, ao empregado da terceirizada, que executa serviços, em regra, meios da Administração, mas contribui para a prestação do serviço público.

Seja nas próprias universidades, unidades de saúde, bancos públicos, facilmente constatamos a presença de funcionários terceirizados, sejam desempenhando serviços de vigilância, limpeza, conservação, entre outros permitidos em lei.

Nesse diapasão é importante salientar que em pesquisas doutrinárias, por meio da internet e jurisprudenciais, pouco se trata do cerne do problema levantado no presente trabalho: a possibilidade de responsabilização da administração pública nos contratos de prestação de serviços com empresa terceirizada.

## **5.2 Terceirização Ilícita**

Nesse íterim, faz-se necessário abrir um parêntese para tratarmos da chamada terceirização ilícita, que é aquela em que não se observa os ditames legais, ou seja, visam burlar a legislação, contratando serviços não previstos no

Decreto Lei 200/67, na Lei das Licitações, bem como no Dec. Nº 2271/97, ambos já comentados

Por várias vezes podemos constatar na própria Administração Pública empregados que não pertencem a entidade pública desempenhando funções fins desta, muitas vezes exercendo atribuições inerentes a cargos públicos existentes, ou seja, desempenhando funções típicas de servidores públicos.

Nesse ponto, em valiosa reflexão, adverte Di Pietro (2013, p. 223):

Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, à que esta se imita, na realidade, a fornecer mão de obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria da própria Administração Pública, não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público.

Faz-se necessário frisar que no presente trabalho o principal escopo tratar das possibilidades da responsabilização pela Administração Pública por danos causados por empresa terceirizada. Não se pretende esgotar a temática acerca da terceirização ilícita e suas diferentes consequências, haja vista que para tanto se requer pesquisas mais aprofundadas, objeto de trabalhos mais específicos, que não o monográfico.

### **5.3 Vínculo do particular com a Administração Pública**



Nesse ponto deve-se partir da premissa de que o serviço público deve ser prestado em observância, principalmente, do interesse público, da forma mais célere, correta, adequada, segura e eficiente possível. O estado tomou para si a obrigação de prestar o serviço ao particular, estabelecendo com este uma relação jurídica.

Quando o particular adentra em recintos onde trabalham empregados terceirizados, mas desempenhando atividades delegadas pela administração pública, o fato de o mesmo ter se dirigido a referida repartição ou buscado a prestação de um serviço público, se deu em vista do vínculo que o mesmo tem com a Administração Pública.

#### **5.4 Responsabilidade do dano causado pelo empregado terceirizado em desfavor do particular que possui vínculo direito com a Administração Pública.**

Pouco se trata da responsabilidade civil no que relativo a terceirização da Administração Pública. Assunto mais difundido é a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhista. Por nos conceder um norte para reflexão quando da análise da responsabilidade Civil, achamos por bem tecer breves comentários acerca daquela.

A responsabilidade subsidiária trabalhista consiste no fato de ser a Administração Pública responsável pelos referidos encargos quando a prestadora de serviço não dispuser de numerário para arcar com mencionadas obrigações.

Esse entendimento hodiernamente se encontra sedimentado na Súmula 331 do TST:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011** I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 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) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. **V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e 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 nosso)

Ressalte-se ainda que a maioria da doutrina, mesmo no que relacionado a reponsabilidade civil, assevera ser esta subsidiária. Assim dispõe Marinela (2013, p. 992):

O Estado responde pelos danos causados por outra pessoa jurídica em segundo lugar, conforme a seguinte ordem: primeiro para a pessoa jurídica que presta os serviços e, caso essa não tenha condições financeiras, o Estado é chamado a responsabilidade. Nessa hipótese, o Estado terá que indenizar a vítima por um ato de um agente de outra pessoa jurídica, agente que não faz parte de seus quadros, o que se denomina responsabilidade subsidiária.

No que se refere a responsabilidade subsidiária nos contratos de prestação de serviços por empresa terceirizada, já se posicionou o STJ, conforme ementa abaixo:

Responsabilidade civil e processual civil. Recurso Especial. Indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito. Legitimidade passiva. Empresa tomadora de serviços. Funcionário terceirizado. Atuação como preposto. Precedentes. Responsabilidade objetiva. – o fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário de terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade; - A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem. Precedentes; - O acórdão recorrido fixou a responsabilidade objetiva da concessionária

de serviço público, por ter o acusado agido na qualidade de agente da recorrente. Recurso especial não conhecido (REsp. 904127/RS, STJ – Terceira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, julgamento: 18/09/2008, DJe: 03.10.2008)

Admitindo a responsabilidade solidária da Administração, preleciona Carvalho Filho (2012, p. 565):

O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; A administração terá agido com culpa in omittendo ou in vigilando, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano.

Assim, vislumbra-se que doutrinariamente não existe u posicionamento sedimentado sobre a quem se deve atribuir a responsabilidade civil decorrente de dano causado ao particular por empregado de empresa terceirizada. A responsabilidade subsidiária trabalhista já esta sedimentada, entretanto, a civil merece um estudo crítico mais aprofundado.

### **5.5 A possibilidade de responsabilidade primária da Administração Pública pelos danos causados pelo terceirizado ao particular.**

Na visão do particular, o terceirizado exerce as vezes da Administração, atuando como preposto da mesma. Assim, se sofrer algum dano, seja patrimonial ou moral ocasionado por empregado da terceirizada, a responsabilidade, por ser medida mais viável, deve ser imputada diretamente a Administração.

Isso porque o serviço público deve ser prestado de forma eficiente e segura. O Administrado deve ter a garantia de que seu prejuízo irá ser reparado. Ademais estão presentes todos os requisitos que possibilitam a aplicação da responsabilidade objetiva: a conduta estatal, pois foi a Administração que contratou a empresa terceirizada para prestar o serviço. O nexo de causalidade entre a

conduta do terceirizado e o dano causado ao particular, que tem um vínculo obrigacional para com a administração, e não com a empresa.

Nesse ponto, é amplamente visível que a Administração possui maiores condições para arcar com o prejuízo sofrido pelo lesado, tendo o usuário do serviço público maiores garantias no ressarcimento do dano, bem como o fato de que para ele usuário, o terceirizado atuou como se administração fosse.

Assim, ao se demandar judicialmente, para o particular se mostra mais plausível, eficiente e justo, inserir a Administração no polo passivo da demanda. A nosso ver, não há que se falar em prejuízo para esta, que pode, via ação regressiva, reaver o que pagou do empregado terceirizado.

Dessa feita, é mais vantajoso e justo que o lesado demande a Administração Pública, e não a terceirizada, pois aquela dispõe de maiores subsídios para arcar com o prejuízo. Exigir que a empresa terceirizada seja a única responsável, ou que a Administração responda de forma subsidiária, nesse caso em particular, torna-se uma conduta desarrazoada, pois o serviço deve ser prestado de forma segura e eficiente, garantindo ao usuário ou não do mesmo, o melhor atendimento e, conseqüentemente mais certeza, garantia e celeridade na reparação do dano ocasionado por empregado de empresa terceirizada.

Nessa celeuma, vem a lume a teoria da imputação objetiva do órgão, onde a vontade do agente, seja praticando atos lícitos ou ilícitos, reflete a da Administração Pública, devendo esta ser responsabilizada pela conduta daquele.

Nesse ponto é importante citar o magistério de MARINELA (2013, p. 991) asseverando que “a responsabilidade é atribuída à pessoa jurídica em razão do princípio da impessoalidade, e que o ato praticado pelo agente público não é dele, mas sim da pessoa jurídica a que ele pertence”.

Diante do exposto, constata-se que o terceirizado pratica atos que podem ser imputados à Administração, sendo medida mais acertada que ela própria seja diretamente responsável pelos danos causados por aquele, podendo reaver o que pagou através de ação regressiva.

## 6 CONCLUSÃO

Através do presente trabalho foi possível constatar que se torna impossível para o Estado prestar todos os serviços públicos de forma direta. Desta feita, visando a eficiência na consecução do serviço, a Administração Pública descentraliza alguns serviços, seja através da outorga ou delegação.

Vislumbra-se, ainda, dentre as formas de delegação, ser a terceirização bastante utilizada hodiernamente, tendo como principal finalidade desafogar a máquina administrativa, pois por meio dela a administração transfere a execução de tarefas acessórias às empresas especializadas, as quais chamam-se terceirizadas, passando a dar ênfase às atividades principais.

Nesse interim, é importante que se advirta que, apesar da forma maquiada, percebe-se ainda inserida no âmbito da administração pública o instituto da terceirização ilícita, a qual é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes utilizada como forma de burlar o concurso público.

Por fim, é perceptível, que tendo em vista o princípio da eficiência na prestação do serviço público, considerando ainda a verdadeira abrangência do vocabulário agente, contido no §6º do art. 36 da CRFB, que, de fato, pode abarcar o empregado terceirizado que muitas vezes presta seu serviço dentro do recinto de repartições públicas, caso aquele cometa um ato que cause danos ao particular que possui vínculo direto com a administração pública, é esta que deve ser responsabilizada objetiva e primariamente.

Isso porque o serviço público deve ser prestado de forma adequada, devendo a administração ser responsabilizada pelos seus erros na prestação do serviço, seja direta ou indiretamente. Para o administrado se torna mais viável e justo inserir a administração pública no polo passivo a demanda, pois é com ela que o particular possui vínculo, bem como vislumbra-se maior credibilidade na reparação do dano.

Não se encontra plausibilidade em se estabelecer em tais casos a administração como responsável solidária ou subsidiária, pois o terceirizado, aos olhos do particular, é apenas um preposto da administração, que muitas vezes trabalha dentro do recinto dela própria, seja exercendo atividades meio ou atividades fins, neste último caso caracterizando a terceirização ilícita.

Dessa feita, mostra-se patente a possibilidade de a Administração ser responsável objetiva e primariamente pelos danos causados pelo empregado terceirizado a particular usuário ou não do serviço público, sendo essa a medida mais justa para aquele que na realidade possui vínculo direto com a administração pública, e não com a empresa terceirizada. Pode essa última ser responsabilizada através de ação regressiva proposta pela Administração, o que não ocasiona prejuízo para esta.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904127/RS. Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 18/09/2008. Publicado em: 03.10.2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)> . Acesso em: 22 fev 2014.

CARVALHO, Matheus. **Direito administrativo**. 2. ed. Recife: Complexo Editorial Renato Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**, 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Contratação irregular perante a administração pública**. Revista da Amatra – V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região, ano 6, v. 1, p. 19-51, abr. 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Niterói: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.