

4. Artigo

“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 8.666/93, 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 na Súmula 333, IV/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, face às demais normas, princípios e a necessidade de **equilíbrio** do ordenamento jurídico, conforme, inclusive, ressaltado na sessão plenária do STF pelo Min. Cezar Peluso¹, 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, quando é tão evidente a inocorrência de hipótese verdadeira de **vinculação**

* Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região

¹ http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=11544&p_cod_area_noticia=ASCS

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**².

2 Completude 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 do Direito e da 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 art. 170 e 193 da CR/88, frente às mutações dos sistemas produtivos³, 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 8.666/93, afastar, de modo **geral e abstrato**, a responsabilidade do poder público pelos danos causados a toda uma coletividade **metaindividual** de trabalhadores, face à **proliferação** dos contratos de prestação de serviços, decorrentes da chamada **terceirização** e da **precarização** nas relações individuais de trabalho, pena de **subversão** da idéia de sistema e completude do ordenamento jurídico, **vulneração** das interpretações lógica, sistemática e teleológica, e, possível **violação** de toda a teoria da responsabilidade civil, art. 186 e 942/CC, inclusive da teoria especial da responsabilidade da administração pública fundada no **risco administrativo**, art. 37, **§ 6º** 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 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 ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.⁴

A interpretação meramente gramatical do **§ 1º** do art. 71 da Lei 8.666/93 gera uma

² ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito pelos Juízes**. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. RT: 2006, p. 423 e 428.

³ "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 econômica-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, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. LTr: 2005, p. 121.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, p. 20/21.

antinomia⁵ 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 formam 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 regar, sem contradição, a conduta humana⁶.

O trabalho é direito **fundamental** do homem, de relevante **significado social**, art. 1º, IV da CR/88, fundamento de toda ordem econômica/financeira e social da RFB, 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, art. 1º, III da CR/88.

Os créditos trabalhistas possuem natureza **alimentar**, primária e **preferencial**, art. 100, **§ 1º-A** da CR/88 e **art. 186/CTN**, porquanto constituem patrimônio social mínimo dos trabalhadores inerente à sua subsistência e necessidades básicas vitais, art. 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 de trabalho. Se fosse tratado como qualquer mercadoria sujeita à concorrência, seria naturalmente vilipendiado na sua dignidade de ser humano, ao

⁵ 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**. 2ª edição. Malheiros: 2004, p. 30.

⁶ SILVA, Antônio Álvares da. **Súmulas de Efeito Vinculante e Completude do Ordenamento Jurídico**. LTr: 2004, p. 44.

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)⁷.

Portanto, são **créditos essenciais e sensíveis**⁸ 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/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 8.666/93, por expressa determinação de Leis tributária e empresarial, art. 186/CTN e art. 83, I da Lei 11.101/2005, razão pela qual, a **antinomia jurídica** do § 1º do art. 71 da Lei 8.663/93, somente pode ser solucionada pelo Poder Judiciário no **caso concreto**.

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 partículas 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))⁹.

3 Administração Pública. Fundamentos de Responsabilidade. Direito Constitucional/Administrativo. Civil. Trabalho

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu, no art. 37, **§ 6º** da CR/88 a responsabilidade

⁷ Idem. **Execução Provisória Trabalhista depois da Reforma do CPC**. LTr: 2007, p. 82 e 83.

⁸ O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n.º 1.675-1, publicada 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 art. 5º § 2º 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").

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

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 Direito¹⁰.

Não se discute 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 Estado¹¹, procura-se demonstrar também a existência da responsabilidade estatal pelo inadimplemento dos créditos sociais e alimentares 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 8.666/93**.

Ao descumprir este 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 **subjetiva**. E, segundo a teoria geral da responsabilidade civil, todos aqueles que **concorrem** para o evento danoso, comissiva/omissivamente, **são responsáveis solidários** pelas consequências, **art. 186 e 942/CC**.

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

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

Isto porque, subsidiariedade é **benefício** de ordem legal concedido aos sócios das empresas

¹⁰ "O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas idéias 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 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.

¹¹ "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 relacionamento com a 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.

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 o bastante para postular a reparação patrimonial". Idem Ibidem, p. 894.

devedoras, art. 1024/CC e art. 592, II/CPC, para que, nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa, art. 4º, V da Lei 6.830/80 e art. 135, III/CTN e art. 889/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**¹², art. 421 e 422/CC, normas de ordem pública, cogentes e imperativas, art. 2.035, **§ único**/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 esta **cadeia produtiva, o trabalhador**.

Portanto, em razão da teoria geral dos contratos (art. 107, 265, 421 e 2035/CC c/c art. 12 e 18 e 28, § 3º/CDC), a responsabilidade dos danos causados a terceiros (trabalhadores), pelos contratantes (Poder Público e empregadores), é solidária, art. 265/CC, justamente pela aplicação do princípio da função social, 421/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. 2035/CC.

E, imperioso destacar, que todo e qualquer contrato é **manifestação bilateral** de vontades, art. 265/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/CC, ou seja, a instituição de **obrigações solidárias** não depende de forma especial, ante a expressa ausência de disposição legal neste sentido, podendo, ser, portanto, manifestação implícita do negócio jurídico contratual.

E, ao 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, art. 8º e 444/CLT.

Solidariedade Convencional. As partes podem estabelecer hipótese de solidariedade no negócio jurídico que celebrarem, A solidariedade ativa será sempre convencional¹³.

No que concerne à forma do ato jurídico pelas 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.

¹² **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**.

¹³ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil. RT, p. 143.

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. (...)

E Miguel Maria de Serpa Lopes, que refere o ensino dos dois autores, vê neles a verdadeira doutrina, perfeitamente explicável á luz do direito comparado. Funda-se o civilista por último referido em lição de Lacerda de Almeida, pela possibilidade 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: **A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE, NOS CONTRATOS, PODE SER TÁCITA, QUANDO A LEI NÃO EXIGIR QUE SEJA EXPRESSA**¹⁴.

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, art. 186 e 942, § único/CC, seja em razão da teoria geral dos contratos e de sua função social art. 107, 265, 421 e 2035/CC c/c art. 12 e 18 e 28, § 3º/CDC, é co-responsável solidária, tanto pelo crédito previdenciário, art. 71, **§ 2º** da Lei 8.666/93, quanto pelo crédito social do trabalho, **art. 186/CTN**, de natureza jurídica primária, alimentar e substancial, art. 100, § 1º-A da CR/88, em razão de sua **culpa** "*in elegendo*" e "*in vigilando*", art. 186/CC, na contratação e fiscalização do cumprimento da ordem constitucional/legal trabalhista pela empregadora contratada e inadimplente, art. 67 da Lei 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 idéia, 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

¹⁴ COSTA, José Maria da. **As obrigações solidárias**. In FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. LTr: 2005. p. 255-257.

renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*¹⁵.

Caso contrário, 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, a 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**"¹⁶.

5 Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição. Saraiva. São Paulo: 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. LTr. São Paulo: 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição. Malheiros. São Paulo: 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. LTr: São Paulo. 2005.

FREIRE PIMENTA, José Roberto (Coord). **DIREITO DO TRABALHO – Evolução, Crises, Perspectivas**. LTr. São Paulo: 2004.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. RT: São Paulo. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. Malheiros. São Paulo: 2003.

NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. RT. São Paulo: 2006.

_____. **Novo Código Civil**. RT. São Paulo: 2002.

¹⁵ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. Cit., p. 429

¹⁶ "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 As garantias do cidadão na Justiça*, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 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, FREIRE PIMENTA, José Roberto (coord). **Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro**. In DIREITO DO TRABALHO – Evolução, Crises, Perspectivas. LTr: 2004, p. 341.

SILVA, Antônio Álvares da. **Execução Provisória Trabalhista depois da Reforma do CPC.** LTr. São Paulo: 2007.

_____. **Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico.** LTr. São Paulo: 2004.