

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS CONSEQUÊNCIAS DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA. A ÉTICA ADMINISTRATIVA E A POSSÍVEL ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

THE OUTSORCING OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE CONSEQUENCES OF THE CURRENT POSITION OF THE FEDERAL SUPREME COURT ABOUT THE SUBJECT. THE ADMINISTRATIVE ETHIC AND POSSIBLE ROLE OF THE PUBLIC ADVOCACY

Leonardo de Mello Caffaro

Procurador Federal junto à Procuradoria Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) – Advocacia Geral da União- AGU. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ.

Sumário: Introdução; 1 A Construção Histórica da Disciplina da Terceirização na Administração Pública; 2 A Discussão de Caso (Precedente) e sua Importância para uma Perspectiva Concreta do Direito: considerações sobre o posicionamento do stf a respeito da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei nº 8.666/93; 3 As Consequências Jurídicas do Julgado Proferido na Ação Direta de Constitucionalidade: como está e como deveria ser; 4 Da Ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública em Tal Sentido na Defesa do Interesse Público; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho visou discorrer acerca da influência do atual posicionamento do Supremo do Tribunal Federal – firmado no Julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF/ 2007 e das reclamações e recursos sustentadores da repercussão geral da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a mesma contratadas mediante processo de licitação – na disciplina da terceirização na Administração Pública, considerando o posicionamento jurisprudencial que vem sendo dado á questão, bem como a orientação que está em vigor no Âmbito da Administração Pública Federal. Aproveitou-se a oportunidade para tecer considerações sobre a ética no serviço público e a importância da Advocacia Pública em tal sentido para preservação do interesse público, a partir dos fins sociais do ordenamento jurídico constitucional aplicado na medida do bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. ADC nº 16/DF/2007. Art. 71,§ 1º, da Lei nº 8.666/93. Licitação. Ética. Interesse Público. Fins Sociais. Ordenamento Jurídico Constitucional. Bem Comum.

ABSTRACT: The present work aims to discourse about the influence of the current position of the Federal Supreme Court – firmed in the judgment of the Declaratory Action of Constitutionality #16/DF/2007 and the supporting complaints and appeals of general repercussion of constitutionality of the article 71, § 1st, from law #8.666/93, which excludes the responsibility of the Public Administration for labor debts of service companies hired through bidding process – in the discipline of outsourcing in the Public Administration, considering the jurisprudential position that has been given to this matter as well as the orientation that is in effect under the Federal Public Administration. The opportunity was taken to make considerations about ethic in the public service and the importance of the Public Advocacy in this sense for the preservation of public interest from social purposes of the constitutional law rulemaking applied to the common good.

KEYWORDS: Outsourcing. Public Administration. ADC #16/DF/2007. Art.71, § 1st, from law #8.666/93. Bidding Process. Ethic. Public Interest. Social Purposes. Constitutional Law Rulemaking. Common Good.

“Em si mesma, a loucura é já uma rebelião. O juízo é a ordem, é a constituição, a justiça e as leis.”

Machado de Assis (“A Semana”, 17 de janeiro de 1897, Ed. Jackson)

INTRODUÇÃO

Ao retomarmos o tema da terceirização na Administração Pública¹ agora a partir do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal-STF - no Julgamento (em 24/11/2010) da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF/ 2007 e dos recursos e reclamações sustentadores da repercussão geral da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a Administração Pública contratadas mediante processo de licitação – caber-nos-ia perguntar: o que efetivamente houve de mudança ou deveria ter havido?

Tal é a questão que se procurará responder neste trabalho.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DISCIPLINA DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste tópico aproveitaremos as considerações já apresentadas na monografia anterior a respeito da contextualização histórica da disciplina da terceirização na Administração Pública brasileira, para fins de apresentação de um adequado enfoque do tema.

O fenômeno da terceirização surge em um cenário de ampla competitividade e busca de flexibilidade no processo produtivo da economia mundial.

Esclarecedoras são as palavras de Maurício Godinho Delgado a respeito da terceirização com relação a este enfoque:

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele

1 CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula nº 331 do TST em questão. *Juris Plenum* – Trabalhista e Previdenciário, ano VI, nº 32, Caxias do Sul -RS: Plenum LTDA, out. de 2010, p. 53/82.

que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao Direito) foi terciarização, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Contudo, este epíteto não chegou a solidificar-se na identificação do fenômeno social, econômico e justrabalhista aqui examinado.

Para o Direito do Trabalho terciarização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terciarização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.²

A CLT não faz menção à terciarização em seu texto, mas apenas a duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455) estando englobada também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, da CLT). O fato é que à época da elaboração da CLT (década de 1940) prevalecia na economia o padrão produtivo taylorista e fordista, implantado com a industrialização nacional, que se estabelecia a partir de uma rígida distribuição de papéis no processo produtivo, incentivando-se a especialização do operariado e continuidade do funcionamento da empresa, não constituindo a terciarização a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX.

Mesmo com a internacionalização da economia nos idos da década de 50, o modelo básico de organização das relações de produção continuou fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009. p.407.

indicativo significativo no setor privado da tendência à formação do modelo trilateral enfocado pela terceirização.

A realidade é que o capitalismo brasileiro sempre girou a partir da garantia do Estado (concepção patrimonialista) e, como não poderia deixar de ser, nessas circunstâncias, a referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização surgiu na década de 60 e início dos anos 70, dizendo respeito ao seguimento estatal da economia (Decreto-Lei n. 200/67, art.10, e Lei n. 5645/70).

A título de comparação é importante observar a implementação do mecanismo da terceirização no setor privado, de forma que entendemos pertinentes as seguintes considerações de Maurício Godinho:

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74). Tempos depois, pela Lei n. 7.102/83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que era temporária).

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização de força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo de exceção ao modelo empregatício clássico. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas.

A jurisprudência trabalhista, nos anos de 1980 a 90, também se debruçou sobre o tema, que se generalizava com frequência cada vez mais significativa no âmbito do mercado laborativo do país. Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões ocorridas nas últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, a de n. 256, de 1986, e a de n. 331, de dezembro de 1993 (esta última produzindo revisão da anterior Súmula 256).

Como é comum ao conhecimento acerca de fenômenos novos, certo paradoxo também surge quanto ao estudo do presente caso. É que

se tem, hoje, clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto a compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo justralhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perpexidade e submeter o processo sociojurídico de terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental.³

Torna-se, portanto, necessário que se destaque que, diferentemente do setor estatal da economia, o setor privado, com as raras exceções da Lei de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e da Lei n. 7.102/83 (relativa ao serviço de vigilância), teve o regramento jurídico do fenômeno da terceirização traçado não por leis, mas pela jurisprudência, culminando com as diretivas traçadas pelo TST, especialmente pela substituição do enunciado da súmula nº 256 de 1986 pelo enunciado da súmula nº 331 de 1993, que fixou o regramento jurídico da terceirização, permitindo sua ampla utilização, cabendo-se realçar os textos dos referidos entendimentos sumulares, como se vê a seguir:

SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Histórico:

Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994

Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986

³ DELGADO, op. cit., p. 408/409.

'SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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 pessoalidade 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Histórico:

Súmula alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

Redação original (revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994'

Como se pode constatar da comparação dos textos das referidas súmulas, o TST acabou se curvando à realidade, admitindo com algumas moderações o fenômeno da terceirização. Fez-

se ainda algumas adaptações com relação a algumas exigências constitucionais, como a do concurso público (art. 37, II, da CF/88).

Destaquemos as disposições da Súmula 331 do TST - que acabou sendo a disciplina geral da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro - para depois enfocarmos aspectos específicos da terceirização no setor público.

Alguns princípios são fixados na súmula 331 do TST: 1º) não pode haver terceirização na atividade fim, que é a chamada intermediação de mão de obra (salvo no caso do trabalho temporário da Lei nº 6019/74, que não se aplica ao setor público, em função do art. 37, IX, da CF/88, que disciplina a contratação temporária por excepcional interesse público juntamente com a discutível emenda constitucional nº 51, dos agentes de saúde), formado-se o vínculo de emprego com o tomador de serviços; 2º) a contratação sem concurso público não gera relação válida de emprego com a Administração Pública; 3º) a terceirização só pode ser feita na atividade meio, desde que não haja pessoalidade (sem escolha do trabalhador) e subordinação direta (impossibilidade de organização da atividade laborativa do trabalhador, que deve ficar a cargo da empresa prestadora de serviços, limitando-se os agentes da tomadora a direcionamentos específicos), sendo exemplos a Lei nº 7102/83 (serviço de segurança) e de limpeza e conservação (construção jurisprudencial); 4º) nos casos de terceirização lícita, o tomador de serviços responde subsidiariamente (seja ele público ou privado).

É importante não deixar de ter em mente que a responsabilidade subsidiária se dá em casos de terceirizações lícitas.

A justificação para a responsabilidade subsidiária (que seria decorrente de responsabilidade civil para a Administração Pública na visão do TST) é o princípio da alteridade, trabalho prestado a conta de outrem (que muitos não reconhecem como requisito da relação de emprego e que significa que alguém está enriquecendo às custas do trabalho de outrem, o que os marxistas chamam de “mais valia”, devendo, portanto, o empresário assumir os riscos do negócio). Ou seja: se beneficiou da força de trabalho assuma a consequência da terceirização (é o raciocínio que a Justiça do Trabalho automatizou a partir da noção de culpa presumida)!

Como se poderá constatar mais adiante, no nosso modo de apreciar a questão foi exatamente esta abordagem que fez com que o legislador

no art.71, §1º, da Lei 8.666/93 e o STF na decisão a ser comentada deixassem clara a exclusão da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços terceirizados contratadas por meio de processo de licitação. Ocorre que o TST nunca declarou a referida norma como inconstitucional, uma vez que foi entendido que o dispositivo legal ventilado não excluiu a responsabilidade civil do Estado, seja pelo art. 37,§6º, da CF/88, seja pela culpa na escolha da empresa inadimplente ou na vigilância do contrato, com base no Código Civil, (o problema é que a Justiça do Trabalho, de forma incoerente, acabava por dar a título de indenização as próprias verbas trabalhistas que não teriam sido adimplidas, o que é uma medida frontalmente contrária a lei!).

O intuito da Justiça do Trabalho de proteger única e exclusivamente o Trabalhador era tão nítido, que, mesmo em casos de terceirização ilícita – diante do impedimento constitucional de formação de vínculo com a Administração Pública (refletido no inciso II da Súmula 331 do TST) –, ao invés de se reconhecer o vínculo nulo com a Administração (Súmula 363 da CRFB/1988, mesmo com a possível consequência legal do § 2º do art. 37 da CRFB/1988), o vínculo era mantido com a empresa de prestação de serviços (diferentemente do inciso I da Súmula 331 do TST) para se atribuir a responsabilidade subsidiária com o ente público, já que o inciso II exclui a possibilidade de vínculo de emprego válido.

Ao que nos parece e como a seguir defenderemos, toda a mecânica da responsabilidade subsidiária da Administração Pública firmada pelo TST terá que ser alterada em razão da decisão do STF. Por ora, limitamo-nos a apresentar ainda neste tópico, a título de exemplo, a legislação que ampara a terceirização no setor público federal:

- Decreto Lei 200/1967 (Organização Administrativa):

Art. 10: [...]

§ 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 contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

- Lei 5645/1970(Base legal para organização de cargos):

Art. 3º. [...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

- Decreto 2271 de 1997 (regulação do *Presidente da República*, no uso da atribuição que lhe confere o *art. 84, inciso IV, da Constituição*, e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967)

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.

- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (com a redação da Emenda Constitucional nº 19/1998)

-LEI COMPLEMENTAR Nº 101 DE 04/05/2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL):

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento); [...]

Em razão deste conjunto de normas que disciplinam a terceirização no Setor Público da economia, apresentaremos na sequência uma discussão sobre os fundamentos e o conteúdo da decisão proferida com relação à ADC 16/DF/2007 e aos recursos e reclamações sustentadores da repercussão geral da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a mesma contratadas mediante processo de licitação.

Como se verá mais adiante, o TST alterou a redação da súmula 331 já referida, com vistas a tentar direcionar o enfoque do STF a respeito das consequências do julgado. No nosso modo de ver, a questão não foi ainda devidamente apreciada a partir dos efeitos que devem ser extraídos do teor da decisão proferida na ADC nº 16/2007. Apresentar uma abordagem que leve a considerações razoáveis sobre o ponto em questão é o que nos move no tópico a seguir.

3 A DISCUSSÃO DE CASO (PRECEDENTE) E SUA IMPORTÂNCIA PARA UMA PERSPECTIVA CONCRETA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DO STF A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93

O Direito hoje se encontra diante de duas posturas que fazem com que se supere a visão normativista restritiva do antigo Positivismo Jurídico, sem que com isso se recorra às abstrações desnecessárias do Jusnaturalismo, quais sejam o Neoconstitucionalismo e o Pós-Positivismo.

Ao abordar o Neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso esclarece o seguinte:

Em suma: o Neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados; (i) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco *filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁴

É interessante verificar que, dependendo da perspectiva que se adote, o Neoconstitucionalismo pode englobar ou ser englobado pelo Pós-Positivismo.

Se seguirmos o posicionamento de Luis Roberto Barroso, veremos que o Pós-Positivismo seria uma das expressões do Neoconstitucionalismo, no campo filosófico.

Se, porém, entendermos, como pensamos, que o Pós-Positivismo é uma abordagem do Direito que flexibiliza o rigor do legalismo jurídico sem desprezar o Direito posto, a partir do debate interdisciplinar e dos valores e princípios éticos, partindo até mesmo da definição de Pós-Positivismo de Luis Roberto Barroso, chegaríamos à conclusão de que na realidade é o Pós-Positivismo que engloba o Neoconstitucionalismo, sendo fruto da versão neopositivista do Pós-Positivismo, que comportaria também a abordagem do moralismo jurídico, que partindo da argumentação jurídica muitas vezes dispensaria o recurso à Constituição.

Na realidade, como entendemos que a denominação Pós-Positivismo deve ser superada ao longo do tempo, propomos a adoção da expressão Concretismo Crítico, para realçar a necessidade de aferição das situações concretas em discussão, mesmo em discussões de controle em tese de constitucionalidade, para se fazer posteriormente as considerações críticas em função das disposições Constitucionais.

⁴ Vide BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. de 2005, p. 11/12.

Se no campo Constitucional temos o debate entre a força normativa da Constituição⁵ e a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais⁶, no plano filosófico do Direito temos a discussão entre a necessidade de coerência interpretativa⁷ e de argumentação jurídica⁸ a partir das normas jurídicas, nelas incluídas os princípios jurídicos.

Com isso, a questão dos limites da tópica, ou seja, das discussões concretas a partir dos princípios jurídicos e sua repercussão política e ética ganham uma relevância bastante acentuada, o que nos faz ponderar a importância da relação interpretativa e argumentativa na busca dos limites do precedente jurisprudencial em discussão.

Houve uma demora na publicação do acórdão, mas apresentamos nesta oportunidade algumas considerações a respeito do posicionamento firmado pelo STF relativo à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 – que, vale mais uma vez destacar, exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a mesma contratadas mediante processo de licitação – a partir das manifestações orais apresentadas na sessão de julgamento (ocorrida em 24/11/2010) e, em especial, da notícia publicada na página eletrônica do informativo do Tribunal (Notícias do STF de 24/11/2010) e do informativo 610 do STF e agora a partir dos termos da decisão proferida.

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, a chamada lei de licitações.

O STF, no julgamento da ADC 16/2007-DF, proclamou a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da lei 8.666/93, tendo proferido a seguinte ementa publicada em setembro de 2011:

5 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

6 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997 (Reimpressão 2002).

7 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges; [revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

8 ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

A ADC nº 16/DF/2007 (que foi julgada juntamente com reclamações de preservação da competência do STF) foi proposta pelo Governador do Distrito Federal que argumentou que o dispositivo legal em questão “tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993”. Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do artigo 71 e seu parágrafo 1º.

Não vamos nos ater às questões processuais, nem mesmo especificamente a respeito das preliminares postas para julgamento, uma vez que o que nos interessa é a discussão do mérito da causa, sendo certo que a relatoria coube ao Ministro Cesar Peluso, apesar de sucumbente na admissibilidade da ação de controle de constitucionalidade.

É importante, porém, destacar que foi justamente na divergência sobre a admissibilidade do conhecimento da ADC aberta pela Ministra Carmen Lúcia que começou a se delinear a questão meritória, como se vê do seguinte trecho da notícia publicada:

Na retomada do julgamento, nesta quarta-feira, o presidente do STF e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo ele, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao editar o Enunciado 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.

Ainda segundo o ministro, o presidente do TST, solicitado a prestar informações sobre o caso, relatou que aquela Corte reconhece a responsabilidade da administração com base em fatos, isto é, no descumprimento das obrigações trabalhistas, não com base na inconstitucionalidade da norma discutida na ADC. “Como ele não tem dúvida sobre a constitucionalidade, não há controvérsia”, concluiu o ministro presidente.

Mas, segundo o presidente do STF, isso “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”, observou ele, em outra intervenção. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso quanto à controvérsia. Sob o ponto de vista dela, esta existia, sim, porquanto o enunciado do TST ensejou uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Decisão

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de

contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

Do ponto de vista processual, a informação constante da notícia do STF parece um pouco confusa, mas podemos extrair elementos objetivos se nos concentrarmos no dispositivo do julgado publicado no andamento processual do feito:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

Do cotejo da notícia com o dispositivo da decisão, pode-se inferir que o voto do Ministro Cezar Peluso (Presidente) - apesar de sucumbente na questão da admissibilidade - foi o condutor da questão de mérito.

O Informativo 610 do STF tem uma redação mais clara, inclusive no tocante ao mérito do que foi decidido ainda que seja necessário uma melhor compreensão do teor da interpretação e argumentação utilizada no julgado para se tentar explicar as conseqüências que se poderá extrair das decisões.

PLENÁRIO

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 ("Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar

o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada

uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

Reclamação: inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e ofensa à Súmula Vinculante 10 - 4

Ao se reportar ao julgamento acima relatado, o Plenário, em conclusão, proveu dois agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento a reclamações, ajuizadas contra acórdãos do TST, nas quais se apontava ofensa à Súmula Vinculante 10 [“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”]. Sustentava-se que o Tribunal a quo, ao invocar o Enunciado 331, IV, do TST, teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte [“TST Enunciado nº 331... IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”] — v. Informativos 563, 585 e 608. Julgaram-se procedentes as reclamações para determinar o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo julgamento, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, ora declarada. Concluiu-se que o TST, ao entender que a decisão recorrida estaria em consonância com a citada Súmula 331, negara implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem que o seu Plenário houvesse declarado a inconstitucionalidade. O Min. Ricardo Lewandowski, relator da Rcl 7517/DF reajustou o voto proferido anteriormente. Vencido o Min. Eros Grau, relator da Rcl 8150/SP, que negava provimento ao recurso.

Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.11.2010. (Rcl-7517)

Rcl 8150 AgR/SP, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 24.11.2010. (Rcl-8150)

É interessante verificar alguns trechos da decisão publicada em setembro de 2011

O Ministro Cezar Peluso ao ingressar no mérito da causa apresentou as seguintes considerações.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, nesse julgamento, impedir que a Justiça Trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio sustentou posicionamento que deu origem ao debate que se seguiu:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a constituição não pode dar com a mão direita e tirar com a esquerda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O preceito não distingue.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Nós não temos discordância quanto à substância da ação. Eu reconheço a constitucionalidade da norma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, porque não abrir esse embrulho e o Supremo vir a pacificar o tema?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sobre outro ponto de vista. Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!

Como se pode constatar, a decisão fez valer a força normativa da Constituição, uma vez que esta veda a contratação sem concurso público, desta forma não teria cabimento o pagamento de verbas trabalhistas para quem não se submeteu a concurso público. A decisão ficou no campo da concretização dos direitos fundamentais e normas constitucionais afetas ao regime administrativo e na aplicação de princípios jurídicos para aferição da validade e limites de aplicação da norma jurídica infraconstitucional em questão.

O que se pode extrair do mérito da causa?

Em primeiro lugar, não há como negar a constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8666/93 que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas e previdenciários não adimplidos pelas entidades contratadas para prestação de serviços terceirizados, ante o teor expresso da decisão proferida.

Porém, em segundo lugar, esta exclusão de responsabilidade trabalhista e previdenciária não afastaria a responsabilidade da Administração pela não fiscalização do contrato.

Em terceiro lugar, essa responsabilização pela não fiscalização do contrato não poderia ser automática, dependeria de prova da não fiscalização.

Em quarto lugar, como destacado no voto do Ministro Marco Aurélio, ela não poderia ser solidária com a entidade prestadora de serviços.

Por fim, como observou a Ministra Carmen Lúcia, a responsabilidade não seria objetiva e teria caráter extrapatrimonial.

Não foi esclarecido no debate, mas o dever de fiscalização por parte da Administração Pública decorreria de uma abordagem principiológica, seja do ponto de vista sistemático da Lei nº 8666/93, conjugado com o princípio da moralidade pública (apto a gerar deveres para a Administração Pública como no caso da vedação do nepotismo), seja do ponto de vista da leitura moral do direito a partir de princípios como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

No que diz respeito ao primeiro enfoque, deve-se observar que como a Lei prevê a responsabilidade da Administração Pública pela fiscalização da Contribuição Previdenciária e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS, que seria atribuição da Receita Federal do Brasil e da Caixa Econômica Federal, a moralidade pública, alçada como princípio constitucional, exigiria a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Com relação ao segundo enfoque, a hipossuficiência econômica do trabalhador também exigiria a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, aptos a gerarem direitos humanos fundamentais, uma vez que se a Administração Pública se beneficia da energia de trabalho deve assegurar condições de dignidade para o trabalhador.

Porém, a decisão judicial do STF veio para por um freio na condenação indiscriminada da Administração Pública, como vinha acontecendo em sede trabalhista, pois a Administração Pública não pode ter seu patrimônio afetada por atos de responsabilidade de terceiros, já que a Administração Pública não tem o objetivo de lucrar com a terceirização e, como regra, paga pelo serviço dentro dos parâmetros fixados no contrato ou convênio que seguem as diretrizes constitucionais do Regime Administrativo.

É justamente encima destas premissas que se deve fazer as considerações críticas necessárias sobre as conseqüências que se tem extraído do julgado e as conseqüências que se deve extrair.

4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO JULGADO PROFERIDO NA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE: COMO ESTÁ E COMO DEVERIA SER

No início, houve muita dúvida a respeito da aplicação do julgado. Alguns juízes do trabalho passaram a julgar improcedente o pedido de responsabilização da Administração Pública. Outros, como o julgado falava na possibilidade da responsabilização da Administração Pública pela falha na fiscalização do contrato, continuaram condenando esta como se nada tivesse sido alterado, inclusive aplicando automaticamente o disposto na súmula 331 do TST que falava em responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos Trabalhistas e Previdenciários.

A Administração Pública passou a recorrer para os Tribunais Regionais que começaram a proferir decisões desencontradas.

A Advocacia Pública começou a apresentar reclamações para o STF alegando o descumprimento da decisão proferida na ADC nº 16, uma vez que as decisões estavam vindo sem fundamentação dos fatos ensejadores da responsabilidade administrativa.

O TST com vistas a tentar resolver a questão e gerar a teoria do fato consumado na interpretação da decisão do STF acabou mudando o teor da redação da súmula 331 do TST, que passou a ser configurada da seguinte forma:

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 pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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. 8.666/93, 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.

As inovações surgidas constam dos itens V e VI da Súmula, deles se podendo extrair o seguinte:

- a. a responsabilidade fixada tem caráter subsidiário;
- b. a responsabilidade pela falta ou falha na fiscalização da atuação da prestadora de serviço é culposa, portanto, não tem caráter objetivo;
- c. a aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada;
- d. a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Façamos uma breve análise crítica das disposições destacadas da referida súmula.

Em primeiro lugar, ao destacar que a responsabilidade é subsidiária, deve-se entender que a mesma não tem caráter solidário,

de forma que, antes de executar a Administração Pública tomadora de serviços, deve-se primeiro promover a execução contra a prestadora de serviços que vier a ser condenada e se encontrar inadimplente.

Em segundo lugar, deve-se comprovar culpa da Administração pela falha ou falta de fiscalização da atuação da prestadora de serviços.

A culpa na escolha fica difícil de ser comprovada se se configurar que houve processo licitatório e não houver nenhuma impugnação quanto a idoneidade da empresa quando da participação do certame público.

A culpa na vigilância é que deve ser efetivamente comprovada.

Alguns juízes têm invertido o ônus da prova fazendo com que a Administração prove que adotou todas as medidas para a fiscalização do contrato. Isso pode até se tornar razoável, considerando muitas vezes a hipossuficiência do trabalhador, se se observar o critério posterior.

Há que se destacar que, se há mera inadimplência das empresas prestadoras de serviço não gera a responsabilidade da Administração Pública, deve-se apurar se a mesma tinha o efetivo dever de agir, ou se cabia ao trabalhador a providência de comunicar a Administração Pública a existência de possível irregularidade trabalhista.

Por fim, entramos no ponto que consideramos a questão mais delicada de todas as ventiladas até agora e que aparentemente não tem sido objeto de consideração da jurisprudência e dos estudiosos do assunto.

A Lei 8.666/93 na disposição considerada constitucional exclui expressamente a transferência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário para a Administração Pública em razão do inadimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias pela empresa prestadora de serviços.

Ora, a responsabilidade atribuída não pode ser trabalhista (férias, 13º salário, FGTS etc.), uma vez que não há qualquer relação de emprego entre a Administração Pública e o trabalhador de empresa prestadora de serviços, não se podendo falar em grupo econômico, nem em sucessão de empregadores, observando-se o caráter civil da responsabilidade, sendo ela de caráter subsidiário.

Deve-se destacar, que dar a responsabilidade trabalhista (férias, 13º salário, FGTS, etc.) em caráter subsidiário é transferir encargo trabalhista para a Administração Pública, o que é expressamente vedado pela Lei declarada constitucional.

Ora, se estamos no campo da responsabilidade civil, o dano deveria ser também civil, ou seja, dano moral (com as devidas considerações na esfera trabalhista) ou material (de deveriam ter caráter proporcional e razoável), e não atribuir-se a responsabilidade o caráter trabalhista (cujo dano decorreria na fixação especificamente de verbas trabalhistas como férias, 13º salário, FGTS, etc.).

Desta forma, no nosso modo de ver, fixar a responsabilidade trabalhista como sendo o objeto da condenação da Administração Pública, ainda que em caráter subsidiário, seria transferir encargo trabalhista para a Administração Pública o que vai de encontro com o texto legal, sendo, portanto, medida eivada de vício de caráter manifesto.

Observe-se que a responsabilidade trabalhista poderia ser até um teto de responsabilidade para a Administração Pública, mas sendo a responsabilidade de caráter civil estaria ela sujeita também à ponderação da proporcionalidade da fixação da indenização prevista nos arts. 944, caput, e parágrafo único e 945 do Código Civil.

Essas considerações serão pertinentes, é claro, se houver efetiva falha ou falta administrativa na fiscalização da atuação da entidade prestadora de serviços e que esta fique devidamente comprovada sob pena de nulidade da decisão, como se pode extrair, por exemplo, da seguinte jurisprudência:

Processo: RR - 8053-69.2010.5.01.0000 - *Fase Atual:* RR
Tramitação Eletrônica

Processo TRT - Referência: RO-39300/2008-0052-01.

Órgão Judicante: 4ª Turma

Relator: Ministro Milton de Moura França

Recorrente(s):

Fundação Instituto Oswaldo Cruz - Fiocruz

Procurador :

Dr. Edson da Costa Lobo

Recorrido(s):

Denuzia dos Santos de Albuquerque

Advogado :

Dr. Francisco das Chagas Pereira da Silva

Recorrido(s):

Cooperativa de Trabalhadores Autônomos do Complexo de Manguinhos Ltda. – Cootram

ACÓRDÃO

4ª Turma

MF/GP/mrm

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TOMADORA DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA - FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ - SÚMULA Nº 331, V, DESTA CORTE. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, declarou que a responsabilidade subsidiária só pode ser declarada quando comprovado que a Administração Pública contratou, sem as cautelas devidas, empresa para lhe prestar serviços, e/ou, ainda, não cuidou de fiscalizar o cumprimento dos encargos trabalhistas, por parte de sua contratada, a teor do que dispõe a Súmula 331, V, desta Corte. Não caracterizadas a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, pressupostos que o Supremo Tribunal Federal entende devem estar presentes, para efeito de condenação, não pode o ente público ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas da contratada. *Agravo de instrumento e recurso de revista providos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº *TST-RR-8053-69.2010.5.01.0000*, em que é recorrente *FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ* e são recorridas *DENUZIA DOS SANTOS DE ALBUQUERQUE e COOPERATIVA DE TRABALHADORES AUTÔNOMOS DO COMPLEXO DE MANGUINHOS LTDA. - COOTRAM.*

O e. TRT da 1ª Região, pelo v. acórdão de fls. 54/59 - PDF, seq. 1, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, para condenar a FIOCRUZ a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas à reclamante, sob o fundamento de que -...a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação.

Irresignada, a reclamada FIOCRUZ interpõe recurso de revista (fls. 65/71 - PDF, seq.1). Alega, em síntese, que o acórdão afronta os artigos 71 da Lei nº 8.666/93, 8º da CLT, 5º, II, e 37, XXI e § 6º, da Constituição Federal.

O recurso teve seu prosseguimento autorizado por força de agravo de instrumento.

Contrarrazões a fls. 92/104 (PDF, seq.1).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

Relatados.

V O T O

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 2 e 77 - PDF, seq.1) e está subscrito por Procurador Federal.

CONHEÇO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamada Fundação Instituto Oswaldo Cruz - FIOCRUZ contra o r. despacho de fls. 73/74 - PDF, seq.1, que negou seguimento ao seu recurso de revista, quanto ao tema -responsabilidade subsidiária-, com fundamento na Súmula nº 333 desta Corte, explicitando que o acórdão do TRT está em conformidade com a Súmula nº 331, IV.

Sustenta a viabilidade da revista, sob o argumento de que a Presidência do Regional extrapolou os limites do juízo de admissibilidade, visto que -utilizou-se de faculdade deferida apenas ao Relator do recurso de Revista nesse TST - art. 896, § 5º, da CLT- - fl. 4, além de que -trata de questão cujo fundo é de natureza puramente constitucional, em face da aplicação da Súmula 331 por essa Egrégia Justiça Especializada e da Ação Declaratória de Constitucionalidade do Parágrafo único do art. 71, da lei nº 8.666/93 (ADC 16-9), em tramitação no Supremo Tribunal Federal-. Saliencia, ainda, que deve ser observada a Súmula Vinculante nº 10 do STF, por ocasião do julgamento.

Contraminuta a fls. 87/90- PDF, seq.1.

Parecer do d. representante do Ministério Público do Trabalho pelo não conhecimento do agravo de instrumento (PDF, seq. 3).

Merece reforma o despacho agravado.

O e. TRT da 1ª Região, pelo v. acórdão de fls. 54/59 - PDF, seq. 1, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, para condenar a FIOCRUZ a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas à reclamante.

Seu fundamento é de que:

[...] Venho, no entanto, me curvando ao entendimento prevalente na Turma de que a *Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação.*

5 - No caso dos autos, em que pese a *licitude do convênio firmado com a COOTRAM (f.92/176) e inexistência de culpa na contratação*, não há justificativa para se eximir a FIOCRUZ de qualquer responsabilidade. Admitir-se o contrário, seria frustrar o recebimento do crédito trabalhista na inadimplência do empregador, o que não se pode admitir. No caso, a recorrente, embora formalmente admitida pela COOTRAM (1ª ré), sempre exerceu suas atividades nas dependências da FIOCRUZ (2ª ré), em proveito da tomadora, realizando atividades de auxiliar de serviços gerais que lhe são necessárias para o normal desenvolvimento de suas obrigações. Assim, não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações trabalhistas. *Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.* Pondo um ponto final na questão, o C.TST editou o item IV da Súmula nº 331, consagrando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no caso de inadimplência das obrigações trabalhistas pelo empregador, extensiva aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. *A Súmula 331 do TST, por outro lado, não é inconstitucional, vez que não se trata de lei criada pelo TST, mas de*

mera interpretação do art. 455 da CLT.- - sem grifo no original. (fl. 58 - PDF, seq. 1)

Em sua minuta de agravo (fls. 4/5 - PDF, seq.1), a reclamada FIOCRUZ sustenta que o recurso de revista deve ser conhecido, sob o argumento de que se trata de -matéria puramente constitucional, em face da aplicação da Súmula 331 por essa Egrégia Justiça Especializada e da Ação Declaratória de Constitucionalidade do Parágrafo único do art. 71, da lei nº 8.666/93 (ADC 16-9), em tramitação no Supremo Tribunal Federal.-

Com razão.

De acordo com o Regional, -a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação-.

Explícita, outrossim, que -não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações trabalhistas. Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.-

Nesse contexto, em que não estão caracterizadas a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, pressupostos que o Supremo Tribunal Federal entende devem estar presentes, *para efeito de responsabilização subsidiária do ente público pelos encargos trabalhistas*, convém que se prossiga a revista, para um melhor exame, em face de uma provável ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Com estes fundamentos, *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento.

RECURSO DE REVISTA

O recurso de revista é tempestivo (fls. 64 e 65 - PDF, seq.1) e está subscrito por procurador federal.

I - CONHECIMENTO

I.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O e. TRT da 1ª Região, pelo v. acórdão de fls. 54/59 - PDF, seq. 1, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, para condenar a FIOCRUZ a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas à reclamante.

Seu fundamento é de que:

-... Venho, no entanto, me curvando ao entendimento prevalente na Turma de que *a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação.*

5 - No caso dos autos, em que pese *a licitude do convênio firmado com a COOTRAM (f.92/176) e inexistência de culpa na contratação*, não há justificativa para se eximir a FIOCRUZ de qualquer responsabilidade. Admitir-se o contrário, seria frustrar o recebimento do crédito trabalhista na inadimplência do empregador, o que não se pode admitir. No caso, a recorrente, embora formalmente admitida pela COOTRAM (1ª ré), sempre exerceu suas atividades nas dependências da FIOCRUZ (2ª ré), em proveito da tomadora, realizando atividades de auxiliar de serviços gerais que lhe são necessárias para o normal desenvolvimento de suas obrigações. Assim, não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações trabalhistas. *Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.* Pondo um ponto final na questão, o C.TST editou o item IV da Súmula nº 331, consagrando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no caso de inadimplência das obrigações trabalhistas pelo empregador, extensiva aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. *A Súmula 331 do TST, por outro lado, não é inconstitucional, vez que não se trata de lei criada pelo TST, mas de mera interpretação do art. 455 da CLT.- - sem grifo no original. (fl. 58 - PDF, seq. 1)*

Nas razões de revista (fls. 65/71 - PDF, seq.1), a reclamada alega, em síntese, que o acórdão afronta os artigos 71 da Lei nº 8.666/93, 8º da CLT, 5º, II, e 37, XXI e § 6º, da Constituição Federal.

Com razão.

Embora o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a sua aplicação somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou se pautou nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.

Esse entendimento, inclusive, foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 e concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não afastou a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente o ente público pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços, na hipótese de se verificar, no caso concreto, a existência de culpa *in vigilando e /ou in eligendo*.

Admitir-se o contrário seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade pelo ato administrativo que pratica.

De acordo com o Regional, -a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação-

Explicita, outrossim, que -não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações

trabalhistas. Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.

Não caracterizadas, portanto, a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, pressupostos que o Supremo Tribunal Federal entende devem estar presentes, para efeito de condenação, não pode o ente público ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas.

Com estes fundamentos, *CONHEÇO* da revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

II - MÉRITO

II.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Conhecido o recurso, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a sua consequência é o provimento.

DOU-LHE, pois, *PROVIMENTO* para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária da reclamada quanto às verbas deferidas à reclamante.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) dar provimento ao agravo de instrumento; II) Conhecer do recurso de revista, quanto ao tema -responsabilidade subsidiária-, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária da reclamada FIOCRUZ pelas verbas deferidas à reclamante.

Brasília, 14 de setembro de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MILTON DE MOURA FRANÇA

Ministro Relator

O STF já se manifestou sobre o assunto, tendo-se firmado, por exemplo, o seguinte posicionamento, transcrito abaixo em sua integralidade:

“DECISÃO

RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Relatório

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado de Sergipe, em 6.9.2011, contra decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. AIRR 279-57.2010.5.20.0000, teria afastado a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e descumprido o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

2. A decisão impugnada tem o teor seguinte:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. Na hipótese dos autos, presume-se a culpa in vigilando do ente público, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado previstas na Lei nº 8.666/93, ante a ausência de comprovação de sua efetiva realização, aplicando-se, ao caso, a inversão do ônus da prova, em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova. Presente a culpa do ente público, correta a condenação em sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331, IV e V. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (fl. 94, doc. 4).

3. O Reclamante alega que “*como é notório, a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16 foi ajuizada pelo Distrito Federal, com o objetivo de estancar todas as dúvidas relativas à compatibilidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, com a Constituição da República*” (fl. 3).

Argumenta que “*o dispositivo em foco é bastante claro na sua intenção, isto é, no sentido de inviabilizar a imputação de responsabilidade subsidiária dos Entes Públicos, sem que, para tanto, haja a correta configuração dos requisitos que possibilitem a imposição desse encargo à Administração Pública*” (fl. 4).

Sustenta que “*o Tribunal Superior do Trabalho, no afã de continuar responsabilizando os Entes Públicos, com base no Enunciado 331, IV, do TST, partiu de uma interpretação jurídica incorreta, pois, segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade subsidiária dos Entes da Federação somente se afigura legítima quando há o detalhamento das condutas que, em tese, comprovam a ocorrência de tal responsabilidade*” (fl. 9).

Salienta que “*os Eminentíssimos Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cezar Peluso e Luiz Fux, analisando pedidos idênticos ao presente, deferiram liminares em favor do Estado de Sergipe, para, até o julgamento final das Reclamações de nº 11.882/SE e 11.884/SE, 11.753/SE, 11.954/RJ e 11.884 (SE), suspender os efeitos do processo em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho, exclusivamente no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública*” (fl. 12).

Assevera que estariam presentes nesta reclamação os requisitos essenciais para o deferimento da medida liminar.

Requer: “*a) seja julgado, monocraticamente, procedente a presente reclamação, para cassar a decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 279-57.2010.5.20.0000, e determinar que seja realizado novo julgamento do feito, observando-se a orientação firmada pelo STF no julgamento da Ação Declaratória nº 16, Rel. Min. Cezar Peluso; b) acaso não atendido o pedido acima, requer a concessão de medida liminar inaudita altera pars para determinar a suspensão do andamento do feito -, no bojo do qual houve afronta à autoridade da decisão emanada na ADC 16” (fl. 21).*

Pede “no mérito, a cassação definitiva da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho” (fl. 22).

Examinados os elementos havidos nos autos, *DECIDO*.

4. Razão jurídica assiste ao Reclamante.

5. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, no art. 157, que “o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado” e, no art. 52, que “poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral [...] quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência”.

A presente reclamação está instruída com todos os documentos essenciais para a solução da controvérsia e a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, fundamentou sua decisão na Súmula n. 331 daquele Tribunal especializado, matéria recorrente neste Supremo Tribunal, *razão pela qual deixo de requisitar informações à autoridade Reclamada e dispenso o parecer do Procurador-Geral da República*.

6. O que se põe em foco na presente reclamação é se, com a decisão impugnada, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 daquele Tribunal para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

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

nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 9.9.2011).

O acórdão do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 foi publicado em 9.9.2011. No entanto, este Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata do julgamento.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido” (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006, grifos nossos).

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 17.8.2011 (fl. 114, doc. 4); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 2ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

“Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação” (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).

Confira-se excerto do voto do Relator:

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.

Em caso análogo ao dos autos:

“As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade” (Rcl 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 3.3.2011, grifos nossos).

9. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.

10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, julgo cassar a decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferida nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. AIRR 279-57.2010.5.20.0000, e determinar que outra decisão seja proferida como de direito.

Publique-se.

Brasília, 9 de setembro de 2011.

Ministra *CÁRMEN LÚCIA*

Relatora”

Resta agora o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário - RE 603397 que teve sua repercussão geral reconhecida, questionando-se a violação dos artigos 5º, inciso II e 37, § 6º, da CRFB/1988, sendo que o STF tem dado provimento a várias reclamações constitucionais de violação da autoridade da decisão proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade concentrado, cassando decisões tomadas pelo TST sobre a matéria, a ponto da SDI -1 do TST suspender o julgamento de processos sobre responsabilidade subsidiária de ente público, até posicionamento do STF ou posterior manifestação do referido colegiado trabalhista.

Diante do que foi exposto, passaremos a considerar que medidas estão ou poderiam ser tomadas pela Administração Pública para prevenir sua responsabilidade culposa pela falta ou falha na fiscalização da atuação da entidade prestadora de serviços com relação ao pagamento de seus encargos trabalhistas e previdenciários.

Tais medidas são, na verdade, imperativos de ordem ética, que demandarão inclusive a possível participação da Advocacia Pública como se considerará a seguir.

5 DA ÉTICA ADMINISTRATIVA E A POSSÍVEL ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA EM TAL SENTIDO NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO

Tem-se entendido por ética a reflexão a respeito da moralidade; e, por moralidade, a avaliação sobre a própria conduta do agente.

Firmou-se um posicionamento equivocado no Direito de que dar efetividade ao ordenamento jurídico era necessariamente recorrer ao Judiciário. Porém, muitas normas se tornam efetivas pela própria consciência de sua legitimidade no seu processo de aplicação pelo próprio destinatário da norma.

Criou-se hoje uma verdadeira indústria de responsabilização da Administração Pública com pedidos de responsabilidade subsidiária destituídos da devida fundamentação jurídica.

Em razão disto, antes de ingressar nos aspectos éticos da atuação administrativa, faremos uma pequena consideração sobre uma forma que entendemos cabível de impugnação dessas ações, muitas vezes, aventureiras (não se querendo aqui ignorar a realidade de que a má atuação administrativa contribui enormemente para proliferação das ações de responsabilidade da Administração Pública, mas apenas questionar os devidos termos em que as ações deveriam ser propostas).

Entendemos que o meio idôneo para se fazer impugnações às ações trabalhistas encaminhadas com pedidos de responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas e previdenciárias é a Reclamação para o Supremo Tribunal Federal - STF reativa ao descumprimento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/2007.]

Destacamos que o pedido formulado poderia ser feito a partir de sustentação de descumprimento da ADC nº 16/2007 *pelo não reconhecimento pelo juízo trabalhista de origem da impossibilidade jurídica do pedido do pleito de responsabilidade subsidiária do ente público por verbas de natureza trabalhista (férias, 13º salário, FGTS...), o que é expressamente vedado pelo art. 71 da Lei 8666/93, que foi reconhecido constitucional no julgamento da referida ADC 16/2007, uma vez que exclui a atribuição de qualquer encargo trabalhista para os entes públicos em função de contratos administrativos firmados com empresas terceirizadas para prestação de serviços a partir de processo de licitação (observe-se que a decisão na ADC foi expressa no sentido de acolher a impossibilidade jurídica da transferência de encargos trabalhistas e previdenciários).*

O fato de na fundamentação da decisão da ADC ter-se ressalvado a possibilidade de fixação de outra modalidade de responsabilidade que não a trabalhista pela Justiça do Trabalho, mais especificamente a culpa pela falha na escolha da prestadora de serviços ou na fiscalização do contrato com relação ao adimplemento das verbas trabalhistas dos empregados da empresa contrata para prestação de serviços, não indica que uma possível responsabilidade subsidiária seja dada em função das verbas trabalhistas (férias, 13º salário, FGTS...). O mais lógico e razoável é que se a responsabilidade é civil o dano a ser reparado seja civil (dano material e/ou moral, razoável e proporcional) e não trabalhista, o que foi excluído pelo dispositivo da Lei nº 8666/93 declarado constitucional.

Observe-se que o fato da responsabilidade ser civil não exclui a competência da Justiça do Trabalho, pois nos termos do art. 114,VI, da CF, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer ações referentes a dano material e moral decorrentes de relação de trabalho. Necessário atentar que relação de trabalho é um gênero que engloba a prestação de serviços terceirizados a entes públicos, pois estes são tomadores de mão de obra.

Decorrente é uma relação de prejudicialidade, que importa em como será julgada a questão principal. No caso a terceirização de serviços é uma questão prejudicial à questão principal da fixação da responsabilidade civil, sendo esta uma questão, no caso em análise, decorrente de uma relação de trabalho. Pois se houve dano ao trabalhador foi pelo fato da Administração Pública não ter, se fosse o caso, fiscalizado a prestação de serviço terceirizado apesar de se ter beneficiado da força de trabalho do empregado da empresa terceirizada, já que os serviços foram prestados para ela.

Ora, definida a questão da competência, resta mais uma vez destacar que o Tribunal Superior do Trabalho - TST mudou recentemente a redação da Súmula nº331 daquela corte trabalhista, que dispunha a respeito da terceirização de serviços, passando tal enunciado jurisprudencial a ter a seguinte redação com relação aos tópicos relativos à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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 nº 8.666/93, 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.

Como se constata, a pretexto de adaptar-se à decisão do STF na ADC 16/2007, o TST estabeleceu a necessidade de fixação de prova da falha da fiscalização administrativa do contrato de prestação de serviços terceirizados, porém, com vistas a criar uma situação de fato consumado, estabeleceu que o ente público que terceiriza serviços é responsável por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação laboral.

Importa, portanto, reafirmar que a posição da Justiça do Trabalho, na tese firmada pelo TST, vai de encontro com o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8666/93, que foi declarado constitucional pela ADC 16/2007 e cujo texto exclui expressamente a possibilidade de se transferir encargos trabalhistas para o ente público em função dos contratos administrativos firmados mediante licitação para prestação de serviços terceirizados.

Desta forma, o entendimento no sentido do cabimento reclamação para o STF que ora se apresenta é lógico e razoável, pois o pedido de fixação de responsabilidade subsidiária do ente público pelas verbas trabalhistas é juridicamente impossível, o que importaria a extinção das reclamações trabalhistas que vierem a ser propostas sem resolução do mérito em virtude da inépcia da petição inicial correspondente à vedação do pleito pelo ordenamento jurídico.

Feita esta observação preliminar, podemos partir para as considerações de cunho ético que a Administração Pública poderia adotar para evitar a propositura de ações judiciais e a sua responsabilização sob alegação de falta ou falha na vigilância da atuação das entidades prestadoras de serviço público.

Inicialmente, a Administração pode excluir a culpa pela escolha provando que houve licitação para contratação da empresa, caberia à parte contrária em uma reclamação trabalhista, se for o caso, comprovar que não haveria idoneidade da entidade prestadora de serviço à época da licitação

Para afastar a culpa na fiscalização ou vigilância do contrato, caberia à Administração comprovar que deu ciência ao trabalhador (exemplo: Declaração por ele assinada) de que podia reclamar perante a fiscalização administrativa do contrato e a fiscalização do trabalho (que poderia inclusive lhe encaminhar para o sindicato da categoria pertinente) e que fez a fiscalização de rotina na folha de pagamento da empresa.

Atualmente, no âmbito da Administração Pública Federal, os atos de fiscalização de rotina das verbas trabalhistas referentes aos contratos administrativos estão disciplinados pela IN nº 3 do MPOG.

Só recentemente passou-se a discutir a respeito da aplicação da Instrução Normativa - IN nº 3/2009 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG que estabelece critérios para fiscalização dos contratos administrativos com vistas ao atendimento à anterior redação da Súmula nº 331 do TST, a fim de se evitar a responsabilização subsidiária.

Tal Instrução Normativa, além de prever os procedimentos de fiscalização do adimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados, disciplinou a possibilidade de retenção das faturas e pagamento direto aos empregados das empresas terceirizadas no caso de inadimplemento do pagamento de verbas trabalhistas.

Deve-se observar que tal medida já foi por diversas vezes declarada inconstitucional em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça- STJ e do Tribunal de Contas da União - TCU, como se vê do seguinte precedente:

CONTRATO | RESCISÃO | Rescisão

CONTRATO | SANÇÃO CONTRATUAL | Sanção contratual

SERVIÇO TERCEIRIZADO | FISCALIZAÇÃO, MEDIÇÃO E PAGAMENTO | Fiscalização, medição e pagamento

FUNÇÕES DE GOVERNO | TRANSPORTES | Transportes (Interurbanos)

Referência

[Fiscobras. DNIT. Fiscalização quanto ao pagamento de salários e encargos trabalhistas. Impossibilidade de condicionar pagamentos dos serviços à comprovação de regularidade fiscal ou quitação de encargos trabalhistas.]

[ACÓRDÃO]

9.1. Determinar à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que:

[...]

9.1.4. Fiscalize a execução dos contratos sob sua supervisão no que diz respeito à obrigatoriedade de o contratado arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, aí incluído o pagamento dos salários e dos respectivos encargos trabalhistas e previdenciários, a exemplo do FGTS e INSS, tendo em consideração que a constatação do não cumprimento desse dever pela empresa pode ensejar a rescisão contratual, bem como a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93;

[VOTO]

No que diz respeito à deficiência na fiscalização dos contratos firmados pelo Dnit quanto ao pagamento dos salários e dos encargos trabalhistas, entendo pertinente a preocupação da equipe de auditoria no sentido de que, consoante o enunciado da súmula/TST nº 331, a Administração Pública, na condição de tomadora de serviços, possa vir a ser responsabilizada subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações laborais por parte do empregador.

Todavia, dissinto parcialmente do teor da proposta da equipe de auditoria para que se determine ao Dnit e à Superintendência Regional dessa entidade no Estado do Espírito Santo, que passe a condicionar o pagamento das medições de cada contrato à apresentação da extensa relação de documentos por ela especificados, muitos dos quais não guardam relação com a irregularidade ora apontada, a exemplo das ARTs, licença da obra e comprovante de pagamento dos tributos municipais.

Em primeiro lugar, observo que não há respaldo legal para que o pagamento dos serviços contratuais fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal ou à quitação dos encargos trabalhistas, previdenciários e comerciais relacionados à execução da avença. Isso porque o contratado deve ser remunerado pelos serviços que efetivamente executou sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Cumprе assinalar que é dever do contratado manter durante a execução do contrato todas as condições de habilitação e qualificação

exigidas na licitação, bem como responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais (arts. 55, inc. XIII e 71 da Lei nº 8.666/93).

Por conseguinte, caracterizam a inadimplência contratual eventuais descumprimentos da legislação laboral, ensejando motivo para rescisão contratual e execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração (arts. 78, I, e 80, III, da Lei 8.666/93), bem como para aplicação das penalidades previstas no art. 87 do mesmo diploma legal.

A respeito, importa anotar que é pacífico o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de retenção de pagamento nessa situação (v.g. RMS nº 24.953, REsp nº 7300800, e AgRg no AI nº 1.030.498, dentre outros). [...]

[...]

Dessa forma, entendo que cabe determinar à Superintendência Regional do DNIT no Espírito Santo, unidade responsável pela execução dos contratos em que a irregularidade sob comento foi detectada, que proceda à fiscalização das avenças sob sua supervisão quanto à obrigatoriedade de o contratado arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, aí incluídos os salários e os respectivos encargos trabalhistas e previdenciários (FGTS e INSS), de modo a evitar a responsabilização da entidade pública.

Cumpre, ainda, alertar a Superintendência Regional dessa autarquia que a verificação do não cumprimento das obrigações acima mencionadas pela empresa contratada pode ensejar a rescisão contratual, bem como a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93.

Informações AC-2197-38/09-P Sessão: 23/09/09 Grupo: II
Classe: V Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER - Fiscalização
- Levantamento -

Controle 26282 2 2 2 0

Classificação CONTRATO | PAGAMENTO | Pagamento

OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA | OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA | Obras e Serviços de Engenharia

Vejam os para fins de visualização concreta da questão os termos da referida IN com relação a este tópico:

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

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

- a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;
- b) parcialmente, pelo valor correspondente às férias e ao 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;
- c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;
- d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e
- e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

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

contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

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

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

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos:

§ 1º A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações:

I - do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados, na forma do § 4º do Art. 31 da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1995/9032.htm>>, quando se tratar de mão-de-obra diretamente envolvida na execução dos serviços na contratação de serviços continuados;

II - da regularidade fiscal, constatada através de consulta “on-line” ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666/93;<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1993/8666.htm>> e

III - do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração.

§ 2º O descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e as relativas ao FGTS ensejará o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Como se constata, aparentemente para fugir da vedação jurisprudencial e de controle externo da administração, a referida IN exige que a empresa que venha a participar do processo de licitação autorize expressamente a possibilidade de retenção das faturas para pagamento direto aos empregados em casa de inadimplemento d encargos trabalhistas.

Poder-se-ia entrar no mérito se tal cláusula contratual administrativa poderia ser inserida como legítima cláusula exorbitante nos contratos administrativos, diante da jurisprudência que veda a interferência da Administração Pública na gestão da empresa em nome do princípio da livre iniciativa, porém, nos parece manifesto que a disposição normativa que prevê a retenção das faturas de pagamento das empresas terceirizadas para pagamento direto aos empregados das referidas empresas é ato ilegal, pois traz para a Administração Pública encargos trabalhistas vedados pela Lei n 8666/93, e também inconstitucional, pois faz com que a Administração Pública adote atos de empregador sem observância do disposto no Inciso II do art. 37 da CF/88 (exigência de concurso público), que lastreou a constitucionalidade do disposto no art. 71 da Lei nº 8666/93.

Entende-se a preocupação de redução de custos com condenações judiciais extraída das medidas adotadas pela IN nº 3/2009 MPOG, dentro do contexto da anterior redação da Súmula nº 331 do TST e da indefinição a respeito da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8666/93, porém, após a decisão da ADC 16/2007 os atos de pagamento direto determinados pela referida IN se manifestam como violadores do princípio da eficiência, além dos outros vícios de validade anteriormente expostos.

Tal medida, é extremamente prejudicial em termos práticos, pois faz com que a Administração pública mais do que fiscalizadora do adimplemento das verbas trabalhistas se torne uma extensão dos Departamentos de Pessoal das empresas contratadas e dos órgãos incumbidos constitucionalmente da fiscalização da legislação do trabalho, sem qualquer garantia que se evite pagamentos em duplicidade seja por falha de controle administrativo, seja por determinação judicial, a título de exemplo observe-se a exigência de homologação nas Delegacias Regionais do Trabalho dos Termos de rescisão contratual (muitos juízes poderão condenar a administração

pública na multa do art. 477, independentemente dos pagamentos administrativos determinados pela IN).

Nosso entendimento é de que deveria haver o cancelamento da IN na parte em que prevê a retenção administrativa das faturas de pagamento das empresas terceirizadas (que não impedirá que tais empresas procurem a Justiça Federal Comum para pedir a liberação dos valores retidos) e o pagamento direto aos empregados por se tratar de medida ilegal, inconstitucional e ineficiente em termos práticos dentro da experiência judicial de atuação nos feitos trabalhistas.

Propomos em seu lugar a previsão do requerimento liminar de retenção das faturas na Justiça do Trabalho, após a ineficácia das medidas administrativas de sanção administrativo-contratual, com base no art. 114, VI , da CF/88, e a consignação em pagamento dos valores retidos para que a Justiça do Trabalho possa regularizar a situação dos trabalhadores de forma conjunta (impondo-se a prevenção do juízo trabalhista por continência ou conexão com relação a qualquer demanda trabalhista individual)

Tal medida sim seria idônea para afastar qualquer tipo de responsabilidade da Administração Pública, poupando uma série de medidas administrativas possivelmente ineficazes praticamente do ponto de vista judicial trabalhista e custosas para administração pública (imagine-se a necessidade de controle administrativo do numerário retido das faturas, de comprovantes de pagamento, de especificação de verbas trabalhistas com exigência de treinamento especializado de servidores na área de pessoal de empresas privadas, quando bastaria uma simples fiscalização), dependendo-se recursos públicos de forma desnecessária.

A realidade é que o Judiciário Trabalhista tem muito mais experiência e recursos para gerir o pagamento dos trabalhadores a partir dos recursos que vierem a ser retidos e depositados (que vai ser mais simplificado se se entender que o objeto da responsabilidade é civil, se existir, já que em tese a consignação faria parte de medidas adotadas para evitar danos aos trabalhadores), uma vez que caberia à Justiça do Trabalho promover o pagamento dos trabalhadores em uma espécie de pequeno concurso de credores.

O fato é que o que poderiam ser em torno de 50 reclamações trabalhistas se transformariam em uma só ação, englobando

inclusive as propostas anteriormente à propositura da consignação por uma questão de continência (a ação de consignação – ou mesmo que se chame também de declaratória de inexistência de responsabilidade – seria mais ampla que qualquer reclamação trabalhista individual) ou conexão, no mínimo pela existência da mesma causa de pedir.

A continuidade dos serviços poderá ser assegurada pelas medidas emergenciais da lei de licitações e contratos administrativos, podendo – em caso de atraso de rescisão do contrato administrativo e ou atraso de salários, que não sejam resolvidos por sanções administrativas – os trabalhadores ser orientados a postularem a liberação do FGTS e do seguro desemprego na Justiça do Trabalho como medidas de tutela antecipada, o que pode inclusive ser pedido na consignação em pagamento proposta pelo ente público, lembrando, porém, que o inciso III da Súmula 331 do TST veda a pessoalidade (escolha de trabalhadores pelo tomador de serviços) e a subordinação direta (organização da atividade laborativa) nas relações do tomador com os trabalhadores da empresa prestadora de serviço.

Ao orientar as providências administrativas e apresentar as medidas judiciais cabíveis, a Advocacia Pública estaria agindo no sentido de resguardar a ética administrativa e preservar o interesse público.

Apenas por complemento, podemos destacar que em cumprimento à Lei nº 12.440/2011, que alterou alguns dispositivos legais como a CLT, e à Resolução Administrativa TST nº 1470/2011, a Justiça do Trabalho passou a emitir, a partir de 4 de janeiro de 2012, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, documento indispensável à participação em licitações públicas.

Tal medida, certamente, demandará das entidades públicas providências para evitar o aumento de ações trabalhistas pela inadimplência de débitos trabalhistas por parte de empresas que possam deixar de exercer suas atividades por passarem a ser incluídas como devedoras na certidão de débitos trabalhistas.

6 CONCLUSÃO

Uma vez firmado o entendimento de que a responsabilidade por ser civil deve gerar uma indenização civil (danos morais e materiais, proporcionais e razoáveis de acordo com a falha administrativa que

terão as verbas trabalhistas como possível limite referencial e que poderão ser ponderados de acordo com o código civil inclusive pela extensão da culpa e pela contribuição da vítima do dano), o que vai estar em jogo é a atuação administrativa na fiscalização do contrato e não as verbas trabalhistas em si (férias, 13º salários, FGTS etc.). Tal fato não é idôneo para deslocar a competência, pois a terceirização é uma relação de trabalho que se configura como questão prejudicial da qual decorreria a responsabilidade civil (art. 114, VI, da CF).

Portanto, nessas reclamações onde se discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública dever-se-ia observar que esta teria caráter civil e teria a responsabilidade trabalhista da entidade prestadora de serviço apenas como um possível limite para a indenização civil, que como se destacou pode ser ponderada de acordo com o código civil.

Deve-se observar também que só se caberia falar em indenização se efetivamente fosse o caso de falha administrativa ou falta de fiscalização da atuação da prestadora de serviços no pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias.

Como se destacou, a Administração Pública deve adotar medidas administrativas para prevenir possível responsabilização nos termos da decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade. Ocorre que nem todas as medidas poderão ser adotadas diretamente, sendo mais prudente, em caso de inadimplemento e insucesso de sanções administrativas previstas na legislação própria, a retenção de valores e a consignação na Justiça do Trabalho para uma espécie de concurso de credores, eximindo-se a Administração Pública de sua responsabilidade.

Observe-se que no mesmo procedimento poderia haver a liberação dos depósitos do FGTS e a expedição de guias para recebimento do Seguro Desemprego. A Administração Pública poderia, por fim, garantir a continuidade dos serviços administrativos com contratações temporárias ou exceções ao regime padrão de licitações como autorizado na Constituição e nas legislações específicas, o que não pode é se tornar gestora de mão de obra sob pena de afrontar as disposições constitucionais.

Todas essas medidas visam conciliar a ética com a eficiência, respeitando-se a força normativa da constituição, da legislação infraconstitucional e das decisões judiciais. Deve-se exigir da

Administração Pública maior controle da atuação das entidades prestadoras de serviço no que toca a gestão de pessoal destas entidades em nome da interpretação sistemática da legislação administrativa pertinente e dos princípios jurídicos, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

O que não se pode é proferir condenações automáticas da Administração Pública a pretexto de fazer justiça social, pois a Administração Pública não é empregadora dos trabalhadores das empresas prestadoras de serviço, havendo regras constitucionais claras que estabelecem a exigência constitucional de concurso público para que haja a vinculação com a Administração Pública. Se há irregularidades, essas devem ser tratadas com tais, inclusive com a responsabilização do administrador público que facilite o acesso indevido aos recursos públicos, já que ninguém pessoalmente é dono da Administração Pública e a ninguém, nem mesmo ao Judiciário, cabe fazer concessões indevidas às custas do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997 (Reimpressão 2002).

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.