

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE Nº 16**

Alisson da Cunha Almeida
Advogado da União

A Ação Declaratório da Constitucionalidade nº 16, proposta em 07 de março de 2007 pelo então Governador do Distrito Federal, buscou pacificar a intensa controvérsia relativa à constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que afasta a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da inadimplência de empresa de terceirização de mão-de-obra. Confirma-se, a propósito, o conteúdo da aludida norma:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado *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.

Seu móvel foi a existência de diversas decisões da Justiça Trabalhista que reconheciam a responsabilidade subsidiária da União nos casos de terceirização de serviços, em razão, inclusive, da existência de súmula do Tribunal Superior do Trabalho¹ nesse sentido.

Ao julgar a ação, assim decidiu a Suprema Corte:

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, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

Percebe-se, então, que restou assentada, sem qualquer ressalva, a presunção absoluta de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

1 Enunciado TST n. 331, IV.

Com base no referido julgamento, foram ajuizadas inúmeras reclamações constitucionais para suspender decisões de Cortes e Juízos Trabalhistas que imputavam a entes públicos a responsabilidade pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de mão-de-obra.

Tais reclamações tiveram o pedido de liminar deferido ou até mesmo foram julgadas procedentes monocraticamente. Citem-se, apenas a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

Reclamações 11.340 (DJe 06/09/11), 12.557 (DJe 28/09/11), 12.566 (DJe 27/09/11), 12.088 (DJe 26/08/11), 12.335 (DJe 26/08/11), 12.444 (DJe 06/09/11), 12.469 (DJe 06/09/11), 12.491 (DJe 12/09/11), 12.322 (DJe 13/09/11), 12.542 (DJe 15/09/11), 12.005 (DJe 14/10/11), 12.099 (DJe 14/10/11), 12.752 (DJe 21/10/11), 12.245 (DJe 26/08/11), 12.385 (DJe 26/08/11), 12.578 (DJe 14/10/11), 12.391 (DJe 26/08/11), 11.937 (DJe 06/09/11), 11.912 (DJe 14/10/11) e 11.923 (DJe 14/10/11), rel. Min. Gilmar Mendes; Reclamações 12.083 (DJe 08/08/11), 12.082 (DJe 17/08/11), 12.306 (DJe 23/08/11), 12.772 (DJe 04/11/11), 12.731 (DJe 20/10/11), 12.126 (DJe 12/08/11), 12.455 (DJe 12/09/11), 12.626 (DJe 29/09/11), 12.647 (DJe 03/10/11), 12.126 (DJe 07/10/11), 12.706 (DJe 19/10/11) e 12.076 (DJe 30/09/11), rel. Min. Cármen Lúcia; Reclamações 11875-MC (DJe 15/08/11), 12.412-MC (DJe 31/08/11), 12.747-MC (DJe 17/10/11) e 12.880-MC (DJe 09/12/11), rel. Min. Luiz Fux; Reclamações 11.873 (DJe 12/08/11), 11.844 (DJe 12/08/11), 11.807 (DJe 08/08/11), 11.705 (DJe 15/08/11), 11.709 (DJe 12/08/11), 11.773 (DJe 15/08/11), 11.856 (DJe 15/08/11) e 11.862 (DJe 15/08/11), rel. Min. Ellen Gracie; Reclamações 11.128 (DJe 18/08/11), 11.878-MC (DJe 05/08/11), 11.357-MC (DJe 04/08/11), 11.976 (DJe 17/10/11) e 11.822 (DJe 09/08/11), rel. Min. Dias Toffoli; Reclamações 12.487-MC (DJe 05/09/11), 12.334-MC (DJe 22/08/11), 12.585-MC (29/09/11), 12.792-MC (DJe 28/10/11) e 12.296-MC (DJe 19/09/11), rel. Min. Ricardo Lewandowski; Reclamações 11.553 (DJe 04/10/11), 11.918-MC (DJe 29/08/11), 12.539-MC (DJe 19/09/11), 12.603-MC (DJe 26/09/11), 11.879 (DJe 04/10/11), 11.775 (DJe 04/10/11) e 12.128-MC (DJe 17/08/11), rel. Min. Ayres Britto; Reclamação 12.430-MC (DJe 02/09/11), rel. Min. Celso de Mello; e Reclamação 12.885-MC (DJe 1º/12/11), rel. Min. Marco Aurélio.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal ratificou esse entendimento, ao julgar a Reclamação 12.926-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 09/02/12. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERIR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS ENCARGOS TRABALHISTAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993 RECONHECIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Assim, com base no acórdão proferido na ADC nº 16, a Suprema Corte proferiu inúmeras decisões segundo as quais o estabelecimento da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas viola diretamente a norma contida no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Contudo, alguns Ministros do STF passaram a limitar o espectro do referido acórdão, ao fundamento de que este não impediria a responsabilização subsidiária de entes públicos tomadores de serviços que não fiscalizaram adequadamente a execução do contrato.

Para tanto, reportaram-se às discussões que antecederam ao julgamento da ADC nº 16, nas quais foi **suscitada** a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público em casos de comprovada omissão na fiscalização da empresa contratada. Confirmaram-se excertos de alguns votos proferidos no referido julgamento nos quais foi aventada tal possibilidade:

Ministro Cezar Peluso: *“A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito. Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa. [...] 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, neste 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. [...] O Tribunal [...] reconheceu que a mera inadimplência – é isso que o artigo 71, § 1º, diz – do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação... [...] Deixe-me só 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. [...] São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo. [...].”

Ministro Gilmar Mendes: “É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa in vigilando, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, mas não cumpre esses deveres elementares. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS”.

Ministra Cármen Lúcia: “Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar a posteriori, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se

está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei”.

Tal tese também permeou os debates que sucederam a proclamação dos votos. Confira-se:

“SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso”. SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei”.

Assim, com base nesses pronunciamentos, foram exaradas diversas decisões monocráticas pelo STF – algumas delas mantidas pelo Pleno em julgamento de agravo regimental –, proferidas em sede de reclamação constitucional, nas quais resultou afastada a alegação de afronta à ADC 16, ante a constatação de culpa da Administração Pública. Confira-se, a propósito, decisão da lavra do Ministro Celso de Mello que acatou tal tese:

“Como se sabe, esta Suprema Corte, ao apreciar a ADC 16/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgou-a procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

[...]

Cabe ressaltar, no ponto, que, em referido julgamento, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade

constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa ‘in omittendo’ ou ‘in vigilando’ do Poder Público.

Essa visão em torno do tema tem sido observada por eminentes Ministros desta Suprema Corte (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 11.917/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.089/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.310/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.388/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.595/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 13.933/AM, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposos da Administração Pública.

[...]

É importante assinalar, por oportuno, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei n. 8.666/93, art. 27) –, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei n.8.666/93, art. 67).

[...]

O exame da decisão ora reclamada, tendo em vista a situação concreta nela apreciada, revela que se reconheceu, na espécie, a responsabilidade subsidiária da parte ora reclamante, em decorrência de situação configuradora de culpa ‘in vigilando’, ‘in eligendo’ ou ‘in omittendo’.

[...]

6. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por sua vez, ratificou o entendimento de primeiro grau ao fundamento da culpa 'in vigilando', acostando jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

7. Conforme entendimento do STF, o Estado não pode ser compelido a indenizar diretamente empregado de empresa licitada por inadimplemento dessa última. Todavia, isso não significa, de acordo com o inteiro teor do julgado, que a Administração não deva responder em caso de omissão culposa de agente público em fiscalizar a empresa tomadora de serviço. Esse último tema não foi afetado pela declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

8. No caso dos autos, o acórdão reclamado reconheceu a conduta omissiva culposa do Estado. Em sendo assim, não há de se falar em ofensa à decisão proferida na ADC n. 16, tendo em vista a análise da 'culpa' no caso concreto.

9. Entende-se, portanto, que o conteúdo da ADC n. 16 não foi violado, visto que a responsabilização do Estado, nesse ponto, não ocorreu de forma direta, pelo simples fato de a empresa contratada ter inadimplido com as suas obrigações. A instância ordinária adentrou o tema referente à culpa omissiva do agente, não cabendo, nesse momento, analisar-se o acerto ou desacerto do julgamento. A desconstituição do entendimento em relação à caracterização da culpa não pode ser feita na via estreita da reclamação.

10. Por fim, não houve violação à Súmula Vinculante n. 10. A análise do caso concreto centrou-se no reconhecimento da culpa 'in vigilando', não tendo havido juízo de inconstitucionalidade sobre o tema. A decisão teve como base a legislação civil e, por isso, não era o caso de exigir-se o julgamento pelo órgão plenário do tribunal 'a quo'.

Não vislumbro, desse modo, a ocorrência do alegado desrespeito à autoridade da decisão que esta Corte proferiu, com eficácia vinculante, no julgamento da ADC 16/DF.

De outro lado, e no que concerne ao alegado desrespeito à diretriz resultante da Súmula Vinculante n. 10/STF, não verifico, na decisão de que ora se reclama, a existência de qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

Na realidade, tudo indica que, em referido julgamento, o órgão judiciário ora reclamado apenas reconheceu, no caso concreto, a omissão do Poder Público, em virtude do descumprimento de sua obrigação de fiscalizar a fiel execução das obrigações trabalhistas pela contratada, não havendo formulado juízo de inconstitucionalidade, o que afasta, ante a inexistência de qualquer declaração de ilegitimidade inconstitucional, a ocorrência de transgressão ao enunciado constante da Súmula Vinculante 10/STF.

[...]

Sendo assim, em face das razões expostas, julgo improcedente a presente reclamação” (Decisão mantida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais).

Nesse mesmo sentido:

Rcl 11.327-AgR, Rcl 12.008-AgR, Rcl 12.440-AgR, Rcl 11.308-AgR, Rcl 12.544-AgR, Rcl 12.589-AgR, Rcl 12.625-AgR, Rcl 13.276-AgR, Rcl 13.901-AgR, Rcl 12.543-AgR, Rcl 12.580-AgR, Rcl 12.666-AgR, Rcl 12.684-AgR, Rcl 12.757-AgR, Rcl 12.773-AgR, Rcl 12.806-AgR, Rcl 13.216-AgR, Rcl 13.221-AgR, Rcl 13.251-AgR, Rcl 13.390-AgR, Rcl 13.417-AgR, Rcl 13.437-AgR, Rcl 13.474-AgR, Rcl 13.533-AgR, Rcl 13.534-AgR, Rcl 13.767-AgR, Rcl 13.833-AgR, Rcl 13.855-AgR e Rcl 14.072-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 21.2.2013.

Tal entendimento, contudo, é digno de ressalvas, pois, como foi visto, a discussão que trouxe tal ponderação foi proferida em *obiter dictum*, não constando do dispositivo do acórdão proferido na ADC nº 16 exceção alguma, sendo certo que, quando do seu julgamento, a Suprema Corte *não atribuiu qualquer efeito restritivo à declaração de constitucionalidade ou mesmo se valeu da técnica da interpretação conforme à Constituição.*

Desse modo, a Suprema Corte decidiu pela total constitucionalidade da norma veiculada pelo parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93 e, portanto, nos casos de contratação de empresas prestadoras de serviços pelo Poder Público, é o contratado (prestador de serviços) o responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. Até porque, repita-se, a origem da ADC nº 16/ DF foi justamente a existência de diversas decisões da Justiça Trabalhista

que reconheçam a responsabilidade subsidiária da União nos casos de terceirização de serviços.

De toda sorte, ainda que se admitisse – como vêm fazendo alguns Ministros da Suprema Corte – a possibilidade de responsabilização da União, seria imprescindível, nos termos da discussão travada por ocasião do julgamento da ADC nº 16, a demonstração de fatos concretos que caracterizem a existência culpa *in eligendo* ou *in vigilando* imputados à União.

Assim, é incabível a condenação pela mera inadimplência. Em outras palavras, a partir do simples resultado “inadimplência” não se pode concluir pela suposta omissão do dever de fiscalização e, conseqüentemente, serem condenados subsidiariamente entes públicos.

Conclui-se, desse modo, que a Suprema Corte encontra-se dividida acerca dos reais efeitos da decisão proferida na ADC nº 16, havendo decisões – Plenárias, inclusive – em ambos os sentidos. Contudo, as decisões que mitigam o conteúdo do acórdão proferido na aludida ação são dignas de reparo, pois no julgamento desta restou assentada, sem qualquer ressalva, a presunção absoluta de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não podendo se admitir que ponderações sobre as quais inexistiu conclusão derroguem ou mitiguem o dispositivo do aludido *decisum*.