



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PÚBLICO

ANDREA CRISTINA MIRANDA SAMPAIO

O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Salvador
2017

ANDREA CRISTINA MIRANDA SAMPAIO

**O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS.**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e
Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de
Especialista em Direito Público.

Salvador
2017

ANDREA CRISTINA MIRANDA SAMPAIO

**O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS.**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Dedico o presente trabalho aquelas
que sempre tiveram mais fé em mim
que eu mesma, minha mãe(vera) e
minha filha(Ana)

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dirley da Cunha por ter me inspirado com suas brilhantes aulas, fazendo com que eu reafirmasse o meu amor pelo Direito Público.

Ao professor Matheus Carvalho que desde a preparação para OAB me mostrou com seu jeito único de lecionar o quanto Direito Administrativo era instigante. Você é o principal responsável por essa minha paixão por Direito Administrativo, Obrigada.

À minha mãe, Vera Miranda, maior incentivadora dos meus sonhos, e à minha amada filha Ana Clara, queria que o mundo inteiro pudesse me ver pelos olhos de vocês. Obrigada por acreditarem tanto em mim.

À minha amiga Juliana Maria, e minhas irmãs Kelli Freitas e Mariane Sá por todo apoio e compreensão, vocês são meu porto seguro.

Ao meu amor, Vitor Cardoso, pelo incentivo diário, por se alegrar pelas minhas conquistas, você me inspira a ser alguém melhor todos os dias.

Enfim, agradeço a todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para a elaboração dessa monografia.

“Todos nós sabemos alguma coisa.
Todos nós ignoramos alguma coisa.
Por isso, aprendemos sempre. “
(Paulo Freire)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tratar do dever de fiscalização da Administração Pública nos Contratos Administrativos nos contratos de terceirização e a responsabilidade da Administração Pública diante do inadimplemento das empresas contratadas de relação aos encargos trabalhistas.

Inicialmente, será apresentado o contexto geral do que são contratos administrativos mais especificamente os contratos de terceirização o intento de conceituar e situá-los juridicamente. Em seguida, será analisado o dever de fiscalização da administração dos contratos administrativos sob a ótica da responsabilidade civil da administração pública.

Na sequência, tratar-se-á do entendimento jurisprudencial acerca da questão os conflitos entre os tribunais e a edição de legislação estadual regulamentando o provisionamento de valores para garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas. Por fim, far-se-á uma análise dos impactos da atribuição da responsabilidade na ao Estado no orçamento público e da nova tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras chaves: Contratos Administrativos; terceirização; Responsabilidade subsidiária; Lei anti-calote.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	13
3.1 CONCEITO	13
3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS....	14
3.3 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	19
3.4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	20
3.5 EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	22
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
5. CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar os contratos administrativos, mais especificamente os contratos que envolvem terceirização de mão de obra sob a ótica da responsabilidade da administração pública em face do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada.

Para tal, primeiramente será analisado o conceito do que são os contratos administrativos, suas características, princípios norteadores e prerrogativas inerentes a sua celebração. Em um segundo momento analisaremos a execução contratual e o dever de fiscalização de sua execução por parte da Administração pública.

Será especialmente relevante a análise do conceito e da natureza jurídica da terceirização e sua localização histórica, bem como sua evolução no tempo e como se deu no Brasil, sobretudo na sua utilização pela administração pública como ferramenta do enxugamento da máquina estatal.

Tratar-se-á também da edição da Súmula 331 do TST que estabeleceu a subsidiariedade na responsabilização da Administração Pública nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, bem como do posicionamento do STF e do advento da Lei estadual nº 12.949/2014 do Estado da Bahia que instituiu o provisionamento de valores objetivando a garantia do adimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada.

Analisar-se-á, ainda os impactos financeiros sob o ponto de vista orçamentário, decorrentes do sem número de ações trabalhistas onde a Administração Pública figura no polo passivo como responsável subsidiária em razão do inadimplemento das empresas contratadas.

Com tudo isso, pretende-se analisar legalidade da imputação da responsabilidade ainda que de natureza subsidiária a Administração Pública em decorrência do inadimplemento das verbas de natureza trabalhista, haja vista o grande prejuízo causado muitas vezes de forma intencional ao erário, sem, contudo, deixar de ponderar a grave lesão gerada ao trabalhador que não poderá ser penalizado e suportar o prejuízo decorrente do inadimplemento da empresa contratada.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública pode ser conceituada como o instrumento por meio do qual são executadas as deliberações do governo, de modo a garantir a efetivação do interesse público.

Administração Pública é todo o aparelhamento do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. (MEIRELLES, Hely Lopes).

Impende destacar que o termo “administração pública” pode ser compreendido em dois sentidos: o subjetivo, orgânico ou formal, que, refere-se as pessoas jurídicas, seus órgãos e agentes que são executores da atividade administrativa; e sentido objetivo, material, operacional ou funcional, que abrange a atividade desenvolvida por esses últimos. (CAETANO, 1977, p.25; MEIRELLES, 2001, p.59; MELLO, 2008, p.32).

Nesse sentido, preleciona JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (1966, p.24):

Adotando-se o critério subjetivo ou orgânico, administração é o complexo de órgãos aos quais se confiam funções administrativas, é a soma das ações e manifestações da vontade do Estado, submetidas à direção do chefe do Estado. Os autores que se decidem pelo critério objetivo consideram a administração como a atividade concreta do Estado dirigida à consecução das necessidades coletivas de modo direto e imediato.

No que se refere a finalidade, a Administração Pública tutela os interesses da coletividade com desiderato de alcançar o bem comum.

Ainda sobre a definição de administração pública, a lição de LUCIA VALLE FIGUEIREDO (2006, p. 34):

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.

Consoante o entendimento do doutrinador Hely Lopes de Meirelles, os fins da Administração Pública atinam a apenas um objetivo, qual seja o bem comum de seus administrados, devendo a atuação do administrador público pautar-se exclusivamente visando este fim.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 CONCEITO

Os contratos sejam eles públicos ou privados são acordos de vontade, sendo em sua formação bilaterais, e existem desde as épocas mais remotas.

Nesse sentido conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses que faz lei entre as partes.”

Toda vez que a Administração (Estado), assume compromisso com terceiros resta celebrado um contrato, e a estes contratos se atribui a denominação de contratos administrativos, que se caracterizam pelo fato de possuir em uma das extremidades da relação contratual a Administração Pública.

Os contratos administrativos no âmbito federal estão disciplinados na Lei nº 8.666 de 1993 e no Estado da Bahia são também regidos pela Lei Estadual nº 9.433 de 2005. Para melhor ilustrar a definição de contrato administrativo, convém trazer a baila o conceito de José dos Santos Carvalho Filho. Confira-se:

De forma simples, porém, pode-se conceituar o contrato administrativo como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado

basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.(CARVALHO FILHO,2013,p.175)

De acordo com Pietro (2002, p.239), “costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como o poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade”.

Há no hall das espécies de contratos administrativos os Contratos Privados da Administração e os Contratos da Administrativos. Os contratos privados são em regra regulados pelo Direito Civil ou Empresarial, nesta espécie de contrato a Administração Pública situa-se em mesmo plano jurídico que a outra parte, não gozando de qualquer prerrogativa a margem do sistema contratual comum.

Por sua vez os Contratos da Administração possuem regulamentação diversa da que disciplina os contratos privados firmados pelo Estado, sendo disciplinada por normas especiais de direito público, porém as normas de direito privado lhe são aplicadas de forma subsidiária.

Insta salientar que os contratos da Administração são regidos por normas de direito público e possuem características próprias como, formalismo, personalidade, exigência de licitação, ser um contrato de adesão, e por fim as prerrogativas da administração, sobre as quais serão tratadas a seguir.

3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os princípios podem ser conceituados enquanto bases ou mesmo fundamentos do Direito, e encontram-se em posição hierarquicamente superior as demais normas

estabelecidas em leis ordinárias, e encontram-se, de um modo geral, previstos pela Constituição (CRFB/88), que prevê normas gerais e os princípios, que funcionam como direito/garantias dos atos administrativos como um todo.

As normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição desde a sua elaboração que deverá observar o devido processo legislativo, quanto no que se reporta a sua aplicação prática, que deverá considerar e buscar efetivar os princípios relativos a cada instituto atinente ao Direito Administrativo.

O presente capítulo não visa exaurir o vasto conteúdo acerca dos princípios contratuais administrativos, mas sim, traçar linhas gerais e destacar os mais relevantes de modo que se possa contextualizar as discussões que se seguirão, haja vista a relevância dos princípios para o ordenamento jurídico pátrio.

De início cumpre destacar os supra princípios do Direito Administrativo, que são a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, destes princípios decorrem os demais princípios e normas do Direito Administrativo.

A supremacia do interesse público se traduz pela definição de que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, e assim o sendo a, enquanto representante dos interesses públicos, possui poderes especiais disciplinados em lei que não se estendem aos particulares. Segundo ALEXANDRE DI PIETRO a noção de supremacia do interesse público está presente no momento da elaboração da lei, assim como no momento de aplicação da lei pela Administração Pública.

Poderá Administração pode invocar o aludido princípio para rescindir unilateralmente contratos administrativos e utilizar-se de cláusulas exorbitantes.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, por seu turno, estabelece que este, o interesse público não poderá ser objeto de conveniência com os interesses

particulares dos agentes, em outras palavras os agentes não poderão dispor do interesse público para atender aos próprios interesses sob este fundamento.

Isto posto, é imperioso salientar que são muitos os princípios que regem os contratos administrativos, alguns deles com maior relevo, insta enunciar, quais sejam: o princípio da autonomia da vontade, em que faculta às partes contraentes a liberdade de contratar, determinando seus interesses do modo que mais lhe aprouverem.

E deste decorre implícito a liberdade de contratar, bem como de criar o contrato, estabelecer seu objeto e conteúdo, como também a liberdade de escolha do contratante, destacando-se que estas duas últimas prerrogativas, somente são prerrogativas do Poder Público, que deflagrará o procedimento licitatório e tratará da convocação de empresas.

A boa-fé, por sua vez, estabelece que as partes devem agir observando a boa-fé antes, durante e após a celebração do contrato. Ou seja, na superveniência de má-fé ou arbitrariedade por parte de quaisquer dos contratantes, o contrato estará eivado de vícios, e, conseqüentemente, dependendo da situação, também restará nulo ou anulável.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é pertinente as licitações/concursos e contratos administrativos, estando inclusive previsto na Lei 8.666/1993 em seu artigo 41: “A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Como é possível depreender, referido princípio impõe à Administração a obrigatoriedade da estrita observância aos critérios e exigências contidos no edital. Com a observância a esse princípio se garante o respeito aos demais princípios como moralidade, probidade e isonomia. Confira-se alguns julgados acerca da matéria:

CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

A empresa vencedora da concorrência pública fica vinculada às regras dispostas no edital do certame, inclusive em relação à remuneração mínima prevista para os trabalhadores a serem contratados para a execução do objeto do contrato. (TRT-1- RO: 00108091320135010011 RJ. Relator: Marcos De Oliveira Cavalcante. Data de Julgamento: 13/05/2015, Sexta Turma)

O art.21, § 4º da Lei nº 8.666/1993 preleciona: “Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação de propostas”. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório reflete, ainda, o princípio do julgamento objetivo.

E desta feita a objetividade do julgamento cinge-se a observância as regras da competição, que deverão ser claras e públicas, sendo vedada a adoção de critérios subjetivos e não definidos no instrumento convocatório.

Até porquê em seu art. 44, parágrafo 2º a Lei nº 8.666/1993 estabelece que no julgamento das propostas deverão ser considerados pela Comissão os critérios objetivos definidos no edital ou convite, que, por sua vez, não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.

Há também o princípio jurídico da vantajosidade atine a perseguição da obtenção das condições mais vantajosas à Administração Pública como um dos objetivos dos procedimentos licitatórios.

A economicidade é também um princípio norteador das licitações e dos contratos administrativos e decorre da composição entre os fatores de necessidade e de qualidade do serviço bem pretendido.

Ainda, consoante já esposado são também princípios aplicáveis aos contratos administrativos àqueles relacionados à Administração Pública, quais sejam; a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, publicidade, e a isonomia, que estão no caput do art. 37 da Constituição Federal e deverão ser igualmente observados juntamente com todos os princípios e direitos fundamentais das partes contratantes, quais sejam; a isonomia, para que não haja injustiça ou arbitrariedade na celebração, sendo seguidas todas as cláusulas contratuais e leis mencionadas.

3.3. Características dos contratos administrativos

Como já afirmado no tópico anterior os contratos administrativos possuem características diversas. Notável, sem dúvida é a possibilidade de a administração alterar o quanto avençado independente do assentimento da outra parte contratante, seja para alterar ou extinguir o contrato e claro não são efetuadas de forma indiscriminada, bem como há a garantia da preservação dos interesses patrimoniais da outra parte contratante. Referidas peculiaridades são denominadas pela doutrina como prerrogativas ou cláusulas exorbitantes.

De acordo com Pietro (2002,p. 225), “são cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contratos celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”.

O artigo 58 da Lei 8666/93 estabelece que:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelarem a apuração administrativa de faltas

contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

No que cinge a alteração unilateral do contrato, impende destacar que se trata de é poder conferido a Administração Pública que, mesmo que não consignado expressamente em lei, o poder alterar unilateralmente o contrato, em razão de ser matéria de ordem pública. Referida prerrogativa da administração não possui caráter discricionário ou renunciável sob pena de convolar-se em submissão do interesse público ao privado.

A alteração imprescindirá motivação, consoante bem preleciona Meirelles (2012), “só pode atingir as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviços, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato, mas sem modificar o núcleo do objeto originalmente pactuado, sob pena de nulidade, e o modo de sua execução”.

Deverá ser observado quando da rescisão unilateral do contrato administrativo que referido ato é vinculado e não discricionário, de modo que deverá ser considerado o princípio da continuidade do serviço público, bem como sua rescisão deverá pautar-se exclusivamente no interesse público, haja vista tratar-se de questão de ordem pública. Nesse esteio define Meirelles (2012) que “nenhum particular adquire direito à imutabilidade do contrato administrativo ou a sua execução integral, ou ainda as vantagens in specie, pois estaria subordinando o interesse público ao interesse privado no contrato”.

Deverá ser também observado por ocasião da alteração ou da rescisão do contrato administrativo o princípio do contraditório e ampla defesa, em virtude de serem garantias constitucionais de todo processo, e sua inobservância ensejará nulidade do ato administrativo.

3.4 Equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo possui previsão constitucional (Art.37, §XXI), e, de igual modo, na Lei Federal nº 8.666/93 (art. 65, II, d) e na Lei Estadual nº 9.433/2005.

Referida equação compreende o equilíbrio entre as atribuições do contratado e a retribuição paga pela Administração Pública.

Na brilhante definição de Hely Lopes de Meirelles equilíbrio econômico financeiro “é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste.”

Em face desse contexto, o aludido desequilíbrio se manifesta na ocorrência de grave alteração que incida sobre a equação econômico-financeira do contrato, de modo imputar grave desvantagem ao contratado. Por sua vez, o reequilíbrio nada mais é do que o retorno à equação original, estabelecida no momento da contratação.

A ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro configura-se com a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do contrato ou, ainda, em caso fortuito e força maior ou fato do príncipe configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, conforme disposto no art. 65 da Lei federal 8.666/93 e no art. 143, II, d, da Lei Estadual 9.433/2005, que assim dispõem:

Lei Federal 8.666/93

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – [...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.“

Lei Estadual 9.433/2005

Art. 143 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, mediante justificação expressa, nos seguintes casos:

I - [...]

II- por acordo das partes:

[...]

d) quando necessário o restabelecimento da relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou seja, em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração, configurando área econômica extraordinária e extracontratual;

Impende conceituar e estabelecer o conceito dos institutos de Reajuste e Revisão ou Repactuação que embora estejam relacionados ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, são institutos distintos. Neste esteio, convém trazer à baila a definição doutrinária dos aludidos institutos nas palavras do ilustre professor José dos Santos Carvalho Filho:

“A primeira forma é o reajuste, que se caracteriza por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já ao momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário. Como esta reduz, pelo transcurso do tempo, o poder aquisitivo da moeda, as partes estabelecem no instrumento contratual um índice de atualização idôneo a tal objetivo. Assim, diminui, sem dúvida a álea contratual que permitiria o desequilíbrio contratual.

(...)

A revisão do preço, embora objetive também o reequilíbrio contratual, tem contorno diverso. Enquanto o reajuste já é prefixado pelas partes para neutralizar um fato certo, a inflação, a revisão deriva da ocorrência de um fato superveniente, apenas suposto (mas não conhecido) pelos contratantes quando firmam o ajuste.” (Manual de Direito Administrativo - 26ª Ed. 2013. Carvalho Filho, José dos Santos, editora Atlas.)

O reajuste é um instituto contratual que age de forma preventiva, a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a preservar o poder aquisitivo da moeda, devendo, para tanto, constar do contrato em que se busca o reajustamento, e se procederá por intermédio de atualização monetária com base em índices idôneos fixados no momento da formalização do contrato.

É pacífico o entendimento doutrinário a respeito do reajustamento nos contratos administrativos conforme se observa da transcrição doutrinária abaixo:

“O reajustamento de preços ou de tarifas é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais (arts. 55, III e 65, §8º, da Lei nº 8.666/93).” (Meyreles, Hely)

3.5 Execução dos contratos administrativos.

Tal como se dá na concepção e disciplina das cláusulas do contrato administrativo, sua execução deve observar estritamente os princípios que norteiam a administração pública, sobretudo no que se refere à legalidade e eficiência.

Nos moldes do que já oportunamente se expôs, a inexecução dos contratos administrativos comporta a diferenciação conceitual em inexecução culposa e sem culpa, a atrair as consequências legais para cada hipótese.

Ausentes as hipóteses em referência, ter-se-á verificada a inexecução culposa da avença, que assim é conceituada pela doutrina:

“Anota CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que a inexecução decorre de falta do sujeito, ‘entendida a expressão em senso largo, abrangente de qualquer infração de um dever legal ou contratual’. Mas em função de toda uma gama de intensidade da conduta é que se extremam o dolo e a culpa, ambos agrupados, no Direito Civil, na culpa civil (art. 186, Código Civil). Significa, pois, dizer que é irrelevante que a parte tenha agido com dolo (ânimo intencional de descumprir) ou culpa (ação ou omissão com imprudência, imperícia ou negligência). Desobedecido o ajuste, considera-se a parte inadimplente, de forma culposa.

O efeito imediato é a rescisão do contrato pela parte a quem atingiu a conduta culposa. Outros efeitos podem advir da inexecução com culpa, como o dever de indenizar, a suspensão do direito de contratar novamente etc. O Estatuto prevê no art. 78 várias hipóteses de condutas ensejadoras da rescisão do contrato, bem como os efeitos que daí decorrer (art. 80, I a IV), inclusive a aplicação de sanções extracontratuais (art. 87, I a IV). Dentre as hipóteses mencionadas no citado art. 78, algumas indicam conduta culposa do contratado e outras denotam situações em que a culpa pelo inadimplemento é atribuída ao Poder Público”¹.

No que diz respeito ao presente capítulo, destaca-se, portanto, que, considerando a natureza do objeto e o interesse público consubstanciado no contrato administrativo, a lei de licitações confere à administração pública a aplicação de sanções ao contratante privado.

Não obstante a doutrina aborde o tema como uma prerrogativa da administração pública, entende-se tratar de verdadeiro poder-dever do administrador, justamente por incumbir a este zelar pelo interesse público, igualmente digno de tutela no âmbito do negócio jurídico administrativo.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações) aparelha o contratante administrativo com o poder-dever, pois, de aplicar sanções extracontratuais, a serem utilizadas como forma de penalidade ou constrangimento para a adequação da avença à disciplina legal e principiológica dos contratos administrativos.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. rev. amp. e atual. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2006. pp. 176-177

Ressalte-se, por oportuno, que não se está a tratar das sanções previstas nas próprias cláusulas contratuais, mas daquelas que legalmente socorrem a administração, independente de previsão na avença.

Assim, para além dos poderes-deveres de modificação unilateral do contrato para adequação ao interesse público (art. 58, inciso I), a rescisão unilateral (art. 58, II) e a fiscalização da execução (art. 58, inciso III), a Lei de Licitações confere ao administrador a aplicação de penalidades. Tais penalidades, ainda que não convencionais, deverão observar a integralidade dos princípios administrativos, destacando-se a finalidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Feitas as devidas observações, e nos moldes do destacado da lição de CARVALHO FILHO, as sanções extracontratuais oponíveis pela administração pública são previstas pelo art. 87, incisos I a IV, §§ 1º a 3º da Lei de Licitações².

Sem prejuízo das sanções já referenciadas do art. 58, V, da Lei de Licitações³, as sanções extrajudiciais são categorizadas pela doutrina nos seguintes termos:

² Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

³ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”.

“Além deles, o Estatuto relacionou uma série de atos administrativos, de caráter punitivo, que traduzem sanções pela inexecução total ou parcial do contrato. Mais leves são as penas de advertência e de multa, neste caso na forma que o contrato ou o instrumento convocatório previam. Mais graves são as de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos, e também a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração. Esta última tem incidência por prazo indeterminado, permanecendo até que o contratado promova sua reabilitação. A reabilitação constituirá direito do contratado se, decorrido o prazo de dois anos, a Administração for ressarcida dos prejuízos causados. Nem sempre, todavia, as sanções são aplicadas ao contratado. A suspensão temporária e a declaração de inidoneidade podem ser aplicadas também a empresas ou a profissionais que:

- 1) *tenham praticado atos ilícitos, tentando comprometer os objetivos da licitação;*
- 2) *demonstrarem não idoneidade para contratar com a Administração, em razão de outros atos ilícitos (ilícitos graves, entendemos nós, além de relacionados, de alguma forma, com os postulados das licitações e contratos); e*
- 3) *que tenham sofrido condenação definitiva em virtude de fraude fiscal dolosa no recolhimento de quaisquer tributos.*

No caso da advertência, da suspensão provisória e da declaração de inidoneidade, é exigido o cumprimento do devido processo legal, conferindo-se ao acusado prévio direito de defesa, em cinco dias úteis. A norma (art. 87, §2º), como se observa, está compatibilizada com a garantia estatuída no art. 5º, LV, da CF”⁴.

Note-se, portanto, que a dinâmica da contratação no âmbito da administração também preconiza instrumentos que refogem à livre disposição contratual e à disciplina da inexecução dos contratos privados, regidos pelo Código Civil, exurgindo o referido poder-dever da administração como garantia de proteção ao interesse público.

4.0 O dever de fiscalização dos contratos administrativos

O artigo 58, III da Lei 8.666/93 estabelece a prerrogativa da administração pública de fiscalizar os contratos. Confira-se:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;”

⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. op cit. p. 186.

Por seu turno, o art. 67 da Lei 8.666/93 assim estabelece:

“A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.”

Consoante estabelecido nos artigos 58, III e art. 67 da Lei 8.666/93, a Administração Pública possui o poder/dever de designar um agente com desiderato de fiscalizar e acompanhar toda a execução contratual, registrando todos os acontecimentos, faltas e ocorrências que sobrevierem.

O teor do conteúdo normativo é claro e imperativo no que tange o acompanhamento do contrato por fiscal da Administração. A doutrina tem apontado a existência de dois elementos fundamentais na fiscalização da execução contratual quais sejam; o gestor do contrato, que atua na administração geral do contrato, e o fiscal, que tem por função acompanhar a execução dos serviços contratados. É de incumbência do fiscal do contrato aferir a consonância entre a execução contratual e o próprio contrato, em outras palavras, verificar a conformidade da execução do contrato com as cláusulas contratuais, sobretudo as que versam sobre o objeto contratual e os prazos contratualmente estabelecidos.

Somente após a anuência do fiscal, que atestará o regular cumprimento das obrigações contratuais as faturas relativas as contraprestações da administração no contrato poderão ser liberadas para pagamento, bem como, havendo qualquer inexecução, é também o fiscal que indicará o descumprimento para que possam ser aplicadas as penalidades cabíveis.

Como já repisado exaustivamente a fiscalização contratual não é uma discricionariedade da administração, muito ao revés se constitui em poder-dever e há inclusive entendimento doutrinário e jurisprudencial que a falta de fiscalização por parte do ente público ensejaria responsabilidade. É o que se verifica dos casos dos contratos administrativos que envolvem terceirização de mão de obra.

Confira-se o entendimento do Tribunal de Contas da União:

1. Nas contratações de serviços continuados, a previsão no edital de critério de remuneração por resultados, em contraposição ao pagamento por postos de trabalho, não exige a Administração de fixar no contrato que vier a ser firmado o quantitativo de postos de trabalho, de modo a viabilizar a fiscalização sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas.

Em Representação formulada por sociedade empresária acerca de pregão eletrônico conduzido pela Coordenadoria Estadual do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas em Alagoas (DNOCS/CEST-AL), para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, a unidade técnica apontara, dentre outras ocorrências, a *“utilização indevida do critério de remuneração por posto de trabalho em vez da remuneração por unidade de medida e produtividade ...”*. Realizadas as audiências regimentais, o relator observou que *“a contratação dos serviços de limpeza deveria, em princípio, ter sido feita com base nas áreas a serem limpas, em detrimento do estabelecimento do número de postos de trabalho, conforme prevê a IN SLTI/MPOG 2/2008: ‘Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho. § 1º Excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados’ ”*. Sobre a contratação de serviços de limpeza por postos, o relator teceu as seguintes considerações: *“Em que pese os termos do art. 11 da IN SLTI/MPOG 2/2008, não se pode desconsiderar a necessidade de a administração fiscalizar o adimplemento do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, de molde a evitar a responsabilização subsidiária prevista no item IV do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ...”*. Nesse contexto, *“o fato de a administração lançar edital definindo o objeto de acordo com a área a ser limpa não a exime de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos postos que vierem a ser ocupados, que deverão estar fixados no contrato, consoante a produtividade esperada (estabelecida no edital) ou demonstrada pela licitante vencedora”*. Acrescentou ainda o relator que a própria IN SLTI/MPOG 2/2008, alterada pela IN SLTI/MPOG 6/2013, estabelece normas para a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, que *“deve ocorrer, necessariamente, em relação ao número de empregados utilizados na prestação de serviço”*. Assim, concluiu o relator que, mesmo não sendo fixado no

edital o número de postos, em razão dos termos do art. 11 da citada instrução normativa, “*deverá a administração fazê-lo no contrato celebrado, de modo a permitir a adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas*”. Considerando a complexidade relativa à contratação dos serviços de limpeza, os quais exigem da administração não apenas a aferição da qualidade dos serviços prestados, mas também o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, o Tribunal, pelos motivos exposto pelo relator, julgou a representação parcialmente procedente, deixando de aplicar multa aos gestores em razão dessa irregularidade. *Acórdão 1606/2015-Plenário, TC 010.139/2014-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 1.7.2015.*

5.0 Contratos Administrativos que envolvem terceirização de mão de obra

A terceirização de mão de obra resume-se a uma forma de gestão administrativa onde a execução das atividades que não guardam relação com o com a atividade fim são atribuídas a terceiros, mais especificamente a empresas especializadas neste tipo de prestação de serviço.

Há neste caso uma desconexão entre a relação jurídica e econômica de trabalho, haja vista que o trabalhador passa a compor no processo produtivo do tomador de serviços, sem, todavia, estar submetido ao vínculo jurídico que decorre da relação de trabalho, que neste caso específico se dará junto a entidade responsável pela disponibilização de sua mão de obra.

Assim sendo, na terceirização para fins de contratação da força de trabalho há três elementos nesta equação: o trabalhador, prestador de serviços, a empresa tomadora de serviços, que embora receba a prestação do serviço do trabalhador não ostenta a posição de empregadora desse trabalhador em razão do vínculo empregatício ser, neste caso com a empresa intermediadora da mão de obra.

No âmbito da administração pública a terceirização é disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que teve por desiderato o enxugamento da máquina administrativa, quando em seu art. 10, e em seu parágrafo 7º, estabeleceu que a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, bem como que a Administração deverá 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 para desempenhar os encargos da execução. Confira-se:

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

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

c) Da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 7º Para melhor desincumbir-se suas 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.

Uma das atribuições do Estado é a prestação de determinados serviços aos seus administrados, todavia, há que considerar que sua atuação somente se justifica se tiver por escopo o interesse público. Posto isto, se pode concluir que toda atividade estatal visa atender a coletividade.

Assim sendo, cumpre trazer à baila o conceito de serviço público. Confira-se:

Toda atividade oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinentes a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público- portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (Bandeira de Mello,2007, p.650)

A descentralização dos serviços públicos, nada mais é que a transferência da execução da atividade estatal a uma determinada pessoa física ou jurídica, que pode ser ou não integrante da administração pública. Neste esteio, conceitua Bandeira de

Mello: “ Diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado. ” (Bandeira de Mello, Celso Antônio, 2010, p.149)

É imperioso destacar a diferença entre descentralização e desconcentração, haja vista que a desconcentração nada mais é que uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica, por sua vez, para que haja a descentralização, prescinde que haja pelo menos duas pessoas, entre as quais haja repartição de competência. Tal é o entendimento doutrinário. Confira-se:

A desconcentração é um fenômeno de distribuição interna de partes de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, refere-se à organização interna de cada pessoa jurídica. Ela não prejudica a unidade monolítica do Estados, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um consistente vínculo denominado hierarquia, podendo ser em razão da matéria, do grau de hierarquia ou do território, como ocorre na distribuição das atividades entre os órgãos públicos. (Marinela, 2010, p.85)

A descentralização se dará de duas formas: por delegação legal, e por delegação negocial. Na delegação legal a descentralização se efetiva por meio de lei, por sua vez a descentralização negocial decorre de negócio jurídico de direito público.

No que tange a Delegação Legal, é mister determinar que sua ocorrência depende de lei que crie pessoa administrativa para executar o serviço. Sobre a delegação legal preleciona o art. 37, XIX, da Constituição Federal:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Por seu turno, a Delegação Negocial, se traduz pela transferência da execução dos serviços públicos aos particulares em colaboração com o Estado. Tal forma de execução indireta dos serviços públicos também é chamada de Descentralização por colaboração.

Conforme dito alhures, a delegação negocial se efetiva através de negócio jurídico celebrado entre a Administração Pública e o particular, e é disciplinada principalmente pelo direito público.

Neste esteio, a Lei Federal nº 11.107 de 2005, apresentou uma nova entidade atinente a Descentralização, os Consórcios Públicos, que serão criados por entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, consoante art. 241 da CF/88 in verbis:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Por sua vez, a descentralização por colaboração se dá através de concessão, permissão ou autorização do serviço público, sendo possível também delegar a execução do serviço público a empresas sob o controle acionário do poder público, através das empresas públicas e sociedades de economia mista, que possuem previsão nos arts. 37, XVII e 165, § 5º, II. Por ora, o presente estudo irá se ater exclusivamente as terceirizações.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Consoante preleciona José dos Santos Carvalho Filho[31], a expressão Administração Pública, conforme unanimidade doutrinária, é duvidosa, podendo ser entendida sobre dois sentidos, “uma das razões para o fato é a extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado. Outra é o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução”. Exatamente por isso é que, para melhor precisar o sentido da expressão, os doutrinadores a dividem sob a ótica dos executores da atividade pública, de um lado, e da própria atividade, de outro

O art. 71, parágrafo 1º da Lei 8.666/93, estabelece a responsabilidade da contratada no adimplemento dos encargos decorrentes. Vejamos:

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.

Por seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por intermédio da edição da Súmula 331, item IV, imputou a atribuíra responsabilidade subsidiária da Administração Pública a responsabilidade subsidiária de relação ao pagamento das verbas trabalhistas, nos casos de inadimplemento destas pela contratada.

Súmula nº 331 do TST:

“Item 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).

Item 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).”

Todavia, em 25/11/2010, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei Geral de Licitação,

Assim, restou, inicialmente estabelecida a responsabilidade subsidiária da administração pública gerando um sem número de julgados nesse sentido. Confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA COMO TOMADORA DE SERVIÇOS. A Administração Pública na condição de tomadora de serviços poderá ser responsabilizada de forma subsidiária pelos encargos trabalhistas inadimplidos por seu prestador, mas não de modo direto e automático, o que é vedado pelo parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 declarado constitucional pelo STF no julgamento da ADC nº 16/DF, mas sim pela falta de fiscalização acerca das obrigações contratuais assumidas pela empresa prestadora de serviços, conforme item V da Súmula nº 331 do C.TST.(TRT-2 - RO: 00003966320145020047 SP 00003966320145020047 A28, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 07/05/2015, 12ª TURMA, Data de Publicação: 15/05/2015)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF. 1. No julgamento da ADC 16 o STF pronunciou a constitucionalidade do art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa in eligendo e in vigilando, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. 2. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual "os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço

como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". 3. Nesse contexto, inviável a responsabilização subsidiária da Fazenda Pública pautada na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela prestadora ou na responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, § 6º, da CF. Recurso de revista conhecido e provido .

(TST - RR: 200793420145040305, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 05/04/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/04/2017)
 RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias contra o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Não evidenciada a culpa -in vigilando-, impossível a condenação. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 10389720125010026, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 19/11/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014)

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. LIMITES. A responsabilização da administração pública pode ser objetiva ou subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, afirmou a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93, afastou a responsabilização objetiva, mas deixou clara a possibilidade de responsabilização subjetiva. Emergindo claramente dos autos os elementos que caracterizam a responsabilidade subjetiva da tomadora, ela responde subsidiariamente pela condenação imposta à prestadora de serviços. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. Nos termos do art. 5.º da Lei 11.960/2009, à Fazenda Pública são aplicados os juros das cadernetas de poupança, o que deve ser obedecido em sede executória. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TRT-10 - RO: 990201210110008 DF 00728-2012-012-10-00-9 RO, Relator: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 18/02/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 01/03/2013 no DEJT)

Em decorrência da declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 o STJ alterou a Súmula Vinculante 331 que ficou da seguinte forma:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. O excelso STF concluiu, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cujo acórdão ainda pende de publicação, que os artigos 1º, IV, e 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não contrariam a diretriz traçada pelo artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao menos no que tange à completa irresponsabilidade civil da Administração

Pública pelos danos causados pelas empresas unidas em licitações contra seus próprios empregados. Para adequar sua jurisprudência ao entendimento do excelso STF, o TST, em sessão plenária de 25/05/2011 acrescentou o item V à Súmula 331 do TST, assentando que os entes da administração pública direta e indireta serão subsidiariamente responsáveis caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93. No caso, o quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional não permite concluir pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Nesse contexto, não há como atribuir responsabilidade subsidiária à PETROBRAS impondo-se a sua exclusão da lide. Recurso de revista conhecido e provido.(RR 82500-08.2008.5.21.0011)

Assim, restou definida a tese de que o inadimplemento da empresa contratada pela Administração, no que se refere aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não será transferida à Administração Pública a responsabilidade incondicionada e automática por seu pagamento.

A responsabilidade somente restará caracterizada quando comprovada a culpa da Administração Pública no cumprimento de suas obrigações, sobretudo no que se refere a fiscalização da execução contratual. Havendo a comprovação desta culpa da Administração pode-se então considerar o cabimento e atribuição de responsabilidade subsidiária ao Estado.

Assim sendo, se, por seu turno a decisão que declarou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 estabelece que não poderá haver generalização do reconhecimento da responsabilidade subsidiária do órgão público, impende considerar que na situação fática, faz-se necessária uma análise atenta e minuciosa.

Após a alteração da Súmula nº 331/TST, verificou-se uma mudança na Jurisprudência, conforme se vê do seguinte precedente:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. O excelso STF concluiu, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº

16, cujo acórdão ainda pende de publicação, que os artigos 1º, IV, e 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não contrariam a diretriz traçada pelo artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao menos no que tange à completa irresponsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados pelas empresas unidas em licitações contra seus próprios empregados. Para adequar sua jurisprudência ao entendimento do excelso STF, o TST, em sessão plenária de 25/05/2011 acrescentou o item V à Súmula 331 do TST, assentando que os entes da administração pública direta e indireta serão subsidiariamente responsáveis caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93. No caso, o quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional não permite concluir pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Nesse contexto, não há como atribuir responsabilidade subsidiária à PETROBRAS impondo-se a sua exclusão da lide. Recurso de revista conhecido e provido. (RR 82500-08.2008.5.21.0011)

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16 E NA RECLAMAÇÃO N. 21.806. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CULPA DA ENTIDADE ADMINISTRATIVA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. Relatório 1. Reclamação, com requerimento de medida liminar, ajuizada pelo Município de Bento Gonçalves/RS, em 6.1.2016, contra a seguinte decisão proferida no Recurso Ordinário n. 0000936-28.2011.5.04.0511 pela Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, que teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e desrespeitado o decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e na Reclamação n. 21.806: "RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Embora o STF tenha decidido pela constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93, por meio do julgamento da ADC nº 16, é possível reconhecer a responsabilidade do ente público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empregadora quando evidenciada sua conduta culposa, em especial na fiscalização do cumprimento das obrigações da prestadora dos serviços. Demonstrada nos autos a culpa "in vigilando" do ente público tomador dos serviços, responde de forma subsidiária pelos créditos devidos na presente demanda. Aplicação da Súmula n. 331, V, do TST. Sentença mantida. Decisão proferida em virtude de cassação de acórdão anterior, pelo STF, em reclamação constitucional apresentada pelo segundo reclamado. (...) Muito embora a Suprema Corte tenha decidido pela constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, tal não implica na ausência da

responsabilidade do ente público quando contrata na condição de tomador de serviços, na forma como propugna o recorrente. (...) No caso específico, o Município de Bento Gonçalves não se desincumbiu de sua obrigação de comprovar o cumprimento das exigências legais previstas na própria Lei de Licitações. Portanto, não lhe alcança a exceção contida no item V da Súmula 331 do TST, com vistas a se eximir da responsabilidade subsidiária. É incontroverso que a reclamante prestou serviços intermediada pela Cooperativa primeira demandada, em situação de arrematação de mão de obra, sendo-lhe furtados direitos primeiros dos trabalhadores, quais sejam: recolhimento de FGTS, pagamento de gratificações natalinas, férias com 1/3, aviso prévio, entre outros. Não houve a juntada de qualquer documentação, pelo Município recorrente, que demonstre a efetiva fiscalização do adimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada para com a autora desta ação, ônus que lhe incumbia na qualidade de tomador de serviços. O Município se limitou a trazer aos autos o contrato de prestação de serviços e seus aditivos, não demonstrando, portanto, tenha fiscalizado o contrato de trabalho. A falta de fiscalização fica caracterizada pela existência de inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada, como as que foram referidas acima. (...) Em tais condições, o Município de Bento Gonçalves, na condição de tomador dos serviços da reclamante, é subsidiariamente responsável pela satisfação de todos os créditos trabalhistas reconhecidos na presente ação, na hipótese de inadimplemento da empregadora, obrigada principal, em vista da aplicação da Súmula 331, VI, do TST” (doc. 14). 2. O Reclamante alega que a decisão proferida na Reclamação n. 21.806 “transitou em julgado em 14/10/2015. Em decorrência, nova decisão restou prolatada pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, onde entendeu novamente pela responsabilização subsidiária do Município de Bento Gonçalves, (...) ou seja, a nova decisão não logrou observar o que (...) decidido pelo STF na Reclamação nº 21.806, bem como no que (...) decidido no julgamento da ADC 16/DF” (fl. 2, doc. 2). Sustenta que “a decisão atacada condena a Administração em responsabilidade subsidiária, afronta ao dispositivo legal contido no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, também desrespeita os efeitos vinculantes da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADC n. 16/DF” (fl. 4, doc. 2). Requer “liminarmente a determinação de suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado” (fl. 10, doc. 2). Pede “o julgamento de procedência da reclamação, para na forma do art. 161, inciso ‘III’, do RISTF, determinar a cassação da decisão exorbitante de seu julgamento, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição” (fl. 10, doc. 2). 3. A Seção de Recebimento e Distribuição de Originários do Supremo Tribunal Federal certificou que esta reclamação veio-me distribuída por prevenção “à Reclamação n. 21.806 - justificativa:

RISTF, art. 69, caput” (doc. 15). Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 4. No art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispõe-se que “o Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”, como ocorre na espécie. 5. Põe-se em foco na reclamação se, ao aplicar a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas, a Justiça do Trabalho teria desrespeitado o decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e na Reclamação n. 21.806. 6. Após o início do julgamento das Reclamações ns. 15.342/PR, 15.106/MG e 14.996/MG, de minha relatoria, o Plenário deste Supremo Tribunal suspendeu o julgamento por pedido de vista. A competência para julgamento de reclamação foi transferida para as Turmas deste Supremo Tribunal, nos termos do art. 9º, inc. I, al. c, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, alterado pela Resolução n. 4, de 3.6.2014. Embora pendente de conclusão aquele julgamento, iniciado em 7.11.2013, reclamações com objeto idêntico ao da matéria aqui tratada têm sido julgadas monocraticamente pelos respectivos relatores, com respaldo no parágrafo único do art. 161 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal. Confirmam-se os seguintes precedentes: Rcl n. 18.489, DJe 14.10.2014, Relator o Ministro Celso de Mello; Rcl n. 18.960, DJe 31.10.2014, Relator o Ministro Luiz Fux; Rcl n. 18.883, DJe 3.11.2014, Relator o Ministro Roberto Barroso; Rcl n. 18.917, DJe 5.11.2014, Relatora a Ministra Rosa Weber; Rcl n. 18.019, DJe 10.9.2014, Relator o Ministro Dias Toffoli; Rcl n. 19.006, DJe 6.11.2014, Relator o Ministro Gilmar Mendes; Rcl n. 17.355, DJe 30.10.2014, Relator o Ministro Marco Aurélio; e Rcl n. 17.777, DJe 5.8.2014, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem julgado agravos regimentais interpostos contra decisões proferidas em reclamações com o mesmo objeto examinado neste processo. São exemplos: Rcl n. 17.508-AgR e Rcl n. 14.821-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber; Rcl n. 12.623-AgR-segundo, Rcl n. 16.937-AgR, Rcl n. 16.784-AgR, Rcl n. 16.960-AgR e Rcl n. 15.995-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso; Rcl n. 18.181-AgR, Rcl n. 14.897-AgR, Rcl n. 14.345-AgR, Rcl n. 12.537-AgR, Rcl n. 11.962-AgR, Rcl n. 11.884-AgR e Rcl n. 11.834-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux. Com esses pronunciamentos sobre o mérito da questão referente à responsabilidade subsidiária dos órgãos e das entidades da Administração Pública pelo pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pelas empresas contratadas, não mais subsiste razão para o sobrestamento antes determinado. 7. Em 10.9.2008, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, o Relator, Ministro Cezar Peluso, votou no sentido de não conhecer da ação, pela ausência de demonstração da existência de controvérsia

judicial relevante sobre a validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Segundo o Ministro Cezar Peluso, o Autor da ação não teria interesse jurídico de agir, pois eventual reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações não afastaria a aplicação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que decorreria da apreciação de fatos, do comportamento da Administração Pública, não estando fundamentada, portanto, na inconstitucionalidade da norma objeto daquela ação. O Ministro Marco Aurélio votou pela admissão da ação, por concluir demonstrada efetiva e relevante controvérsia judicial sobre a interpretação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Assentou que, se a jurisprudência trabalhista fosse pacífica quanto à responsabilização subsidiária da Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho não teria editado a Súmula n. 331, projetando para o campo da inconstitucionalidade o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, pelo que eventual procedência da ação declaratória resultaria na revisão daquele verbete pelo Tribunal trabalhista. O julgamento foi suspenso após pedido de vista pelo Ministro Menezes Direito. Com o falecimento do Ministro Menezes Direito e tendo atuado o seu sucessor, Ministro Dias Toffoli, como Advogado-Geral da União na causa, vieram-me os autos daquela ação para continuidade do julgamento. Acompanhei a dissidência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, votando pelo conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, e, no mérito, pelo reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, nos termos seguintes: “Na espécie, o dispositivo em questão - art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 regulamenta expressamente o art. 37, inc. XXI da Constituição da República. (...) Autorizada a contratação pela entidade da Administração Pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quanto este não o tiver feito. Não se poderia também onerar o objeto do acordo ou criar qualquer situação que venha restringir a regularização e o uso das obras ou edificações, inclusive perante o registro de imóveis, sem base legal para tanto. Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República. (...) É certo que o dever de fiscalização cuidado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal diz respeito, prioritariamente, ao objeto do contrato administrativo celebrado. Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão. Contudo,

eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa. (...) A aplicação do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas. Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada” (DJ 9.9.2011). Vencido quanto ao conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, o Ministro Cezar Peluso acompanhou-me no mérito, reajustando o voto antes proferido e ressaltando: “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” (DJ 9.9.2011). Afirmei ser o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 taxativo e que, “no contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que são entregues ao contratado. Se a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa” (DJ 9.9.2011). Em 24.11.2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, este Supremo Tribunal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, vencido o Ministro Ayres Britto e impedido o Ministro Dias Toffoli, para reconhecer constitucional o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993. 8. Atentos à necessidade de se esclarecerem as balizas segundo as quais a Administração Pública poderia vir a ser, excepcionalmente, responsabilizada pela “inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais”, os Ministros deste Supremo Tribunal assim se pronunciaram: “O SENHOR 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. A SENHORA 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. O 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. O 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. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sabemos o que ocorre quando se edita verbete sobre certa matéria. A tendência é partir-se para a generalização. A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - É muito pouco provável que a Justiça do Trabalho tenha examinado a responsabilidade desses

administradores para definir se houve, ou não, culpa in eligendo, se houve, ou não, falta de fiscalização. É bem pouco provável. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se todos estiverem de acordo, eu também supero a preliminar e julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida sobre a constitucionalidade" (DJ 9.9.2011).

9. O reconhecimento da constitucionalidade de norma pela qual se veda a transferência à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato decorre do pacífico entendimento de se presumirem os atos administrativos válidos, legais e legítimos.

10. Em estudo sobre o tema, anotei: "Considerada atributo do "ato administrativo", a presunção de validade dos comportamentos da Administração Pública é um reflexo do princípio da juridicidade [legalidade] administrativa. Somente é válido o comportamento conforme e compatível, extrínseca e substancialmente, com o Direito. A presunção, em Direito, é conceituada por Clóvis Beviláqua como "A ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido". Sendo a juridicidade obrigatória para a Administração Pública, não se cogita que dela se subtraia o administrador público ou aquele que em nome ou por delegação administrativa atue, pelo que se supõe, primária e precariamente, que os atos da Administração sejam consoantes e compatíveis, em forma e substância, com o quanto disposto no Direito vigente. A presunção de validade dos atos da Administração Pública exerceria, no Direito Administrativo, segundo alguns autores, o papel que a boa-fé exerce no Direito Privado, tendo ambos a mesma finalidade, qual seja, a de assentar os fundamentos de certeza e consistência jurídica das relações firmadas, realizando-se, destarte, a função estabilizadora que compete ao Direito. Por presunção de validade entende-se aqui, pois, a ilação, elementar, precária e relativa, de cada ato da Administração Pública ser conforme e compatível com o Direito. Esta presunção não se atem aos aspectos formais dos atos da Administração Pública, devendo ser considerada também quanto aos aspectos material e teleológico do comportamento. Estende-se ela, pois, a todos os elementos do ato da Administração Pública, forma e merecimento, e a todos os elementos que lhe integram a essência como o perfeito atendimento do interesse público, à Justiça, à equidade e à moralidade pública. (...) Se a cada comportamento administrativo correspondesse embargo de algum interessado e não houvesse aquela presunção, somente prevaleceria o direito de petição e negados seriam outros direitos fundamentais. Assim, o interesse público fundamenta também aquela presunção de validade, não podendo o seu questionamento embaraçar a atividade administrativa, salvo nas hipóteses em que o próprio ato pelo qual ela se veicule seja suspenso em razão da arguição feita e das demonstrações nele apresentadas no sentido de sua

invalidade. No Direito, a presunção de validade dos atos jurídicos e, em especial, dos atos da Administração Pública, de que aqui se cuida, nem sempre é expressa em norma jurídica, conquanto ela repouse no sistema de Direito adotado. Salvo hipóteses concernentes a atos administrativos especificados pela legislação, tal presunção dispensa declaração expressa, sem que apenas por isso seja considerado inexistente ou de aplicação restrita. O seu fundamento jurídico determina a sua natureza. Assim, a presunção de validade dos atos administrativos pode ser comum (*hominis* ou *juris tantum*) ou legal (*de jure*). Para a generalidade dos atos da Administração Pública prevalece a presunção comum, contestável e extingüível mediante comprovação da ruptura ou da afronta ao Direito neles encontrada ou por eles cometida. A prova da invalidade do ato fulmina-o e determina a sua retirada do mundo jurídico. Daí por que antes se afirmou ser a presunção de validade relativa e sujeita à contrastação. A presunção comum, diversamente da legal, não dispensa a autoridade administrativa do ônus da prova, mas coloca-a em situação passiva, cabendo ao autor da impugnação produzir a demonstração das irregularidades alegadas” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Lê, 1994. p. 121-123).

11. As declarações e informações oficiais de agentes públicos, no exercício do ofício, têm presunção relativa (*juris tantum*) de legitimidade e devem prevalecer até prova idônea e irrefutável em sentido contrário. A exceção à regra geral estabelecida no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 é a responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de descumprimento de contrato firmado com empresa terceirizada, contrato administrativo que não se confunde com os contratos de trabalho ajustados entre empresa vencedora de licitação e seus trabalhadores. Como toda exceção, deve ser interpretada com parcimônia e cautela, pois a manutenção de atos reclamados, como na espécie vertente, exige objetiva e cabal comprovação de a Administração Pública ter deixado de observar as normas referentes à validade do contrato firmado ou descumprido o dever de fiscalizar a execução deste. Para afirmar-se a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, que se tenha comprovado essa circunstância no processo. Sem a produção dessa prova, subsiste o ato administrativo, e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas quanto àqueles que não compõem os seus quadros.

12. Não se pretende sugerir seja a Administração Pública irresponsável pela conduta dos agentes públicos. Entretanto os trabalhadores de empresa contratada não são agentes públicos. Decorre da Constituição da República a obrigatória observância das normas legais que regem a atuação estatal, em especial os princípios da legalidade, da

impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. 13. À luz desses princípios, a Administração Pública federal aprovou a Instrução Normativa n. 2/2008, alterada pela Instrução Normativa n. 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, objetivando disciplinar a conduta a ser adotada pelos gestores responsáveis pela execução e fiscalização dos contratos administrativos, repercutindo na esfera contratual trabalhista, determinando-se o adimplemento das obrigações acordadas entre a empresa contratada e seus empregados. Essa medida determinante do cumprimento das obrigações entre empresa e empregados reflete a preocupação da Administração Pública em impedir venha o trabalhador particular a ser prejudicado pela irresponsabilidade da empresa contratada. Esse o motivo para a excepcionalidade da responsabilização subsidiária da Administração Pública, que não se pode dar por mera presunção. 14. Em reclamações ajuizadas neste Supremo Tribunal sobre a matéria, entre as quais, por exemplo, a Reclamação n. 15.610/RS, Relator o Ministro Teori Zavascki, vem sendo afirmado: “Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À ADC 16 E À SÚMULA VINCULANTE 10. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DA SÚMULA 331 DO TST. ATRIBUIÇÃO DE CULPA AO ENTE PÚBLICO POR PRESUNÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (Tribunal Pleno, DJ 15.10.2013). Assim também: “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” (Rcl n. 12.926-AgR/PR, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 9.2.2012). Confirmam-se ainda as seguintes decisões monocráticas: Rcl n. 14.003/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 6.11.2013; Rcl n. 14.011/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 6.1.2013; Rcl n. 15.474/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 6.11.2013; Rcl n. 16.516-MC/SP, de minha relatoria, DJ 4.11.2013; Rcl n. 16.395/BA, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 16.10.2013; Rcl n. 16.238-MC/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 2.10.2013; Rcl n. 16.348-MC/SP, de minha relatoria, DJ 23.9.2013; Rcl n. 16.309-MC/BA, de minha relatoria, DJ 19.9.2013; Rcl n. 16.189/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 4.10.2013; Rcl n. 16.200-MC/PR, de minha relatoria, DJ 28.8.2013; Rcl n. 15.987/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJ 23.8.2013; Rcl n. 16.092-MC/ES, de minha

relatoria, DJ 15.8.2013; Rcl n. 13.981/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 9.8.2013; Rcl n. 15.677-MC/RS, de minha relatoria, DJ 15.5.2013; Rcl n. 15.628-MC/SP, de minha relatoria, DJ 2.5.2013; Rcl n. 15.263-MC/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 22.3.2013; Rcl n. 13.252/PR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJ 19.3.2013; Rcl n. 12.677/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJ 19.3.2013; Rcl n. 12.956/DF, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJ 20.3.2013; Rcl n. 11.748/RO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 29.11.2012; e Rcl n. 7.517-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 14.4.2011.

15. Como realcei no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade do comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é “rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrári[a] à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual” (DJ 9.9.2011). Não se questiona a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas nas quais se analisa a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por descumprimento da Lei n. 8.666/1993, nem se debate sobre a natureza jurídica das obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a Administração e a empresa terceirizada e entre esta e seus empregados. Assenta-se apenas a impossibilidade jurídica de se imputar culpa sem a prova de o dano suportado pelo trabalhador decorrer diretamente de irregularidade da conduta dos agentes públicos. Na espécie vertente, a forma como a entidade administrativa foi responsabilizada nega vigência ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e contraria a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF. Não se pode admitir a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado da empresa terceirizada.

16. Ao reexaminar o recurso ordinário por força da decisão proferida na Reclamação n. 21.806, a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região presumiu a responsabilidade subsidiária da Administração, ao fundamento de que “o Município de Bento Gonçalves não se desincumbiu de sua obrigação de comprovar o cumprimento das exigências legais previstas na própria Lei de Licitações. Portanto, não lhe alcança a exceção contida no item V da Súmula 331 do TST, com vistas a se eximir da responsabilidade subsidiária” (doc. 14). É inegável, e incompreensível juridicamente, o descumprimento das decisões proferidas por este Supremo Tribunal na Reclamação n. 21.806 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Este Supremo Tribunal Federal concluiu “Que não está o Juiz adstrito à letra da lei, não se nega;

que o fundamento da moral da aplicação do texto legal não lhe é estranho, não se objeta; que a equidade, os fins sociais, o bem comum devem inspirá-lo, não só se reconhece, de consciência, como se afirma em disposição expressa. Mas, por outro lado, que o Juiz não se substitui ao legislador e não julga 'contra-legend'; que não despreza e descumpra a norma impositiva, é tanto regra jurídica como regra moral: porque seria imoral que se autorizasse o Juiz negar aplicação à lei sob o fundamento moral de que sua consciência a ela se opunha. Estabelecer-se-ia o reino do arbítrio, da vontade de cada um, erigida em Juízo soberano. O que equivaleria a não haver Juízo que pudesse impor-se a todos. (...). Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade; dose-lhe a dureza ante a fraqueza humana; é de seu dever e deve ser o seu comportamento. Mas não a enfrente para negá-la, que não se constrói assim o direito" (RE n. 93.701, Relator o Ministro Oscar Corrêa, Primeira Turma, DJ 11.10.1985). 17. Pelo exposto, julgo procedente a presente reclamação, para cassar a decisão reclamada quanto à atribuição ao Reclamante de responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela prestadora contratada. Publique-se. Brasília, 3 de fevereiro de 2016. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - Rcl: 22819 RS - RIO GRANDE DO SUL 0000439-63.2016.1.00.0000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 03/02/2016, Data de Publicação: DJe-027 15/02/2016)

Como se pode observar dos julgados acima transcritos restou pacificado que a responsabilidade subsidiária da administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada somente restará configurada em hipótese de não fiscalização adequada do contrato.

Mas o que seria essa fiscalização? A exigência editalícia de comprovação de qualificação econômico-financeira? O entendimento jurisprudencial era diverso e o prejuízo ao erário cada vez mais vultoso.

Noutro giro, o Acórdão do TCU nº 934/2012, ataca principalmente a legalidade da retenção do pagamento por parte da Administração Pública em situações nas quais o contratado deixa de apresentar a documentação relativa a comprovação da

manutenção das condições de habilitação, aduzindo que a retenção do pagamento caracterizar-se-ia enriquecimento ilícito da Administração Pública, o que na presente situação fática não se aplica, uma vez que a retenção do pagamento é conduta prevista em lei e visa prevenir que a Administração sofra prejuízos por conta de possível inadimplemento da contratada, em razão da sua responsabilidade solidária, consoante disciplina o art. 71, §2º, da Lei nº 8.666/1993. Vejamos:

“§ 2o A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”

Cumprе salientar, ainda, que a Legislação Administraiva estabelece a obrigatoriedade de que todo contrato administrativo possua cláusula que obrigue o Contratado a manter durante toda a execução do pacto as condições de habilitação e qualificação inicialmente indicadas no edital da licitação, nos termos do art. 55, XIII, da Lei Federal nº 8666/93, “in verbis”:

LEI FEDERAL Nº 8666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Ademais, o art. 126, em seu inciso XVI, da Lei de Licitações nº 9.433/05, do Estado da Bahia, consigna, de forma cogente, a necessidade de apresentação dos documentos comprobatórios relativos aos requisitos de habilitação e qualificação exigidos no edital licitação, como fator condicionante para liberação de pagamentos das faturas. Confira-se:

LEI ESTADUAL Nº 9.433/05:

Art. 126 - São cláusulas necessárias, em todo contrato, as que estabeleçam:

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, inclusive de apresentar, ao setor de liberação de faturas e como condição de pagamento, os documentos necessários.

Para melhor elucidar os pontos a seguir abordados, faz-se necessária a definição de responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil origina-se do Direito Civil e tem por fundamento a obrigação de reparação dos danos causados a terceiros, sejam eles de natureza patrimonial ou moral. A responsabilidade civil também pode ser chamada de extracontratual e para que reste configurada impescinde a existência de alguns elementos para ser caracterizada, quais sejam: uma conduta lesiva culposa ou dolosa do agente, do qual decorra dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano e a atuação do agente.

De relação a Responsabilidade Civil da Administração conceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais (DI PIETRO, 2007).

Para Kiyoshi Harada (2000), a responsabilidade civil do Estado, por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, é de natureza objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa. Neste particular, houve uma evolução da responsabilidade

civilística, que não prescinde da culpa subjetiva do agente, para a responsabilidade pública, isto é, responsabilidade objetiva. Esta teoria é a única compatível com a posição do Poder Público ante os seus súditos, pois, o Estado dispõe de uma força infinitamente maior que o particular. Aquele, além de privilégios e prerrogativas que o cidadão não possui, dispõe de toda uma infra-estrutura material e pessoal para a movimentação da máquina judiciária e de órgãos que devam atuar na apuração da verdade processual. Se colocasse o cidadão em posição de igualdade com o Estado, em uma relação jurídica processual, evidentemente, haveria um desequilíbrio de tal ordem que comprometeria a correta distribuição da justiça.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a palavra “responsabilidade” origina-se do latim re-spondere, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Tendo, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. A palavra responsabilidade traz em seu significado a obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros, o caráter ou Estado do que é responsável, a obrigação de responder por certos atos ou factos.

Assim sendo, quando o Estado atuação em dissonância com a lei os sanções são aplicadas nas esferas administrativa, jurisdicional e legislativa do Poder Estatal. Essa responsabilidade sempre será civil, de natureza pecuniária e decorrerá de atos praticados pelos agentes públicos, no exercício da função administrativa, que, ao infligirem danos aos administrados, originam a obrigação deste de os indenizar.

Impende salientar, ainda, que no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil é orientada pelo princípio da causalidade adequada ou princípio do dano direto e imediato, ou seja, para existir responsabilidade civil, é necessária a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, além da respectiva prova dessa relação de causalidade.

Desse modo, quando o Estado, com a sua conduta, descumpre o que foi determinado por lei, a penalidade é aplicada nas esferas administrativa, jurisdicional e legislativa do Poder Estatal. Tal responsabilidade é sempre civil, de ordem pecuniária e proveniente de atos praticados pelos agentes públicos, no exercício da função

administrativa, que, ao gerarem danos aos administrados, originam a obrigação para o Estado de indenizar os particulares lesionados

Cumprido destacar que o dano pelo qual o Estado responderá é causado por conduta de seus agentes. O Estado em seu sentido amplo, pessoa jurídica de direito público, não causa danos a ninguém.

Por seu turno, agente é a pessoa que está a serviço do ente estatal, independentemente de ser servidor público ou receber qualquer tipo de contraprestação para tanto.

Não obstante a temática não tenha entendimento pacificado, existe, doutrinariamente debate acerca da possibilidade de denunciação da lide por parte Estado ao agente público nos casos em que este é demandado, excluindo-se assim a necessidade de ingressar com ação de regresso.

Nesse esteio preleciona Daniel Assumpção Neves Amorim:

“a questão da possibilidade de denunciação da lide do Estado ao funcionário público não será discutida, mesmo que o autor indevidamente alegue em sua causa de pedir a culpa do funcionário público, porque nesse caso aplica-se o brocardo *iura novit curia*, devendo o juiz afastar o elemento culpa do objeto da demanda, porque inútil a formação de seu convencimento a esse respeito.”

Todavia, a responsabilização do agente público impescinde a existência de culpa, subjetiva, em outras palavras há que se comprovar a culpa do agente para que neste possa ser incluso no polo passivo da demanda onde o Estado está sendo demandado.

O STJ fixou entendimento que é fraqueada ao Estado a possibilidade de denunciar a lide o agente causador do dano. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DENUNCIAÇÃO À LIDE

DO AGENTE CAUSADOR DO SUPOSTO DANO. FACULTATIVO. AÇÃO DE REGRESSO RESGUARDADA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A denúncia à lide na ação de indenização fundada na responsabilidade extracontratual do Estado é facultativa, haja vista o direito de regresso estatal restar resguardado ainda que seu preposto, causador do suposto dano, não seja chamado à integrar o feito. 2. Precedentes: REsp 891.998/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008; REsp 903.949/PI, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 322; AgRg no Ag 731.148/AP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 220; REsp 620.829/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 279; EREsp 313886/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2004, DJ 22/03/2004 p. 188. 3. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 4. Agravo Regimental desprovido.(STJ - AgRg no REsp: 1149194 AM 2009/0134655-1, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/09/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2010)

Ademais, convém diferenciar os tipos de responsabilização estatal que se subdivide em contratual e extracontratual. A primeira trata das relações negociais, de direito privado, regida por princípios dos contratos administrativos e fundada nos casos de inadimplemento de uma obrigação em que viram a responder por ele todos os bens do devedor. A responsabilidade civil é um conceito vindouro do direito privado, elencado no direito civil e se manifesta com a ocorrência do descumprimento da obrigação, pelo não atendimento a uma regra contratual ou legal.

Importante ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil é orientada pelo princípio da causalidade adequada ou princípio do dano direto e imediato, ou seja, para existir responsabilidade civil, é necessária a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, além da respectiva prova dessa

relação de causalidade.

O vocábulo “nexo” significa vínculo, ligação, união; por seu turno, “causalidade” se traduz pela relação de causa e efeito. Desse modo, temos que nexos de causalidade seria o vínculo entre a atividade estatal e o dano ao qual foi submetido um terceiro.

No Brasil se adota a Teoria do Risco Administrativo, que já se acha presente desde a Constituição Federal de 1946, referida teoria também chamada de Teoria do Risco Criado ou, ainda, de Teoria da Responsabilidade Objetiva, tem fulcro no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que assim estabelece:

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

Desse modo, o cerne da questão deixou de ser a culpa do agente e passou a ser a verificação do nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano ou lesão sofrida pelo terceiro.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles entende que “o que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares”. (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros Ed., 21ª ed., 1996, p. 566).

Desse modo, a Administração Pública está isenta de responsabilidade quando tratar-se de danos causados por atos de terceiros, força maior, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. É o que entende a jurisprudência pátria:

Decisão: Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. FALTA DE PROVA DOS AGITADOS DANOS MATERIAIS E LESÕES MORAIS. Pressuposto da responsabilidade civil é a ocorrência de dano, fato cuja prova onera o demandante. Affirmant incumbit probatio. Ausente comprovação do alegado dano material e lesão moral, descabe acolher a pretensão formulada na inceptiva”. (fl. 127) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, o recorrente sustenta, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida. No mérito, alega que houve ofensa aos artigos 5º, X, e 37, § 6º, da Carta Magna. Decido. Não assiste razão ao agravante. Isso porque o o Tribunal de origem fundamentou-se no exame de provas e concluiu pela ausência do nexo de causalidade entre a conduta da Municipalidade e a dos possíveis danos sofridos pelo recorrente, a quem seria devida indenização, conforme seguinte trecho do acórdão recorrido: “(...) é invariável a exigência do dano, do nexo causal entre ele e a conduta oficial dos agentes da Administração, assim como é reclamável a negativa de exclusora da mesma responsabilização estatal (força maior, caso fortuito e privativa culpa da vítima). 6. O conjunto probatório não permite concluir pela existência da alegada incapacidade permanente e parcial para o labor. Os documentos trazidos aos autos comprovam tão somente que a ocorrência do evento narrado na inceptiva causou ao requerente fratura de ulna e lesão no tendão extensor do polegar esquerdo, submetido o autor a tratamento cirúrgico e fisioterápico que exigiram licença médica (fls. 20 e 22). Não há, contudo, prova de que essas lesões no braço esquerdo do demandante provocaram incapacidade para o trabalho, fato que, ao revés do que se afirmou na sentença, foi impugnado pela Municipalidade requerida ao sustentar, na contestação, a necessidade de perícia médica com o fim de atestar a falta de condições do suplicante para o exercício de seu labor (fl. 40). (fl. 131) (...) Assim, o requerente não demonstrou a suposta incapacidade laborativa permanente e parcial a embasar o pleito de pensionamento mensal a título de indenização por danos materiais.” (fl. 132) Assim, para se concluir de forma diversa, imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: ARE 685944, DJe 05.06.2012, de minha relatoria; AI-AgR 834.467, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 15.6.2011 e o AI-AgR 613.222, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.9.2011, este último com acórdão, no que interessa, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557, § 1º, DO CPC. NULIDADE DO PROCESSO DISCIPLINAR QUE COADUNOU NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO A COOPERADO. DANO MORAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 282/STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS”. Assim, não há o que prover quanto às alegações recursais. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF e 544, § 4º, II “b”, do CPC). Publique-se. Brasília, 3 de fevereiro de 2016. Ministro Gilmar Mendes

Relator Documento assinado digitalmente (STF - ARE: 940980 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO POLICIAL. TIRO DISPARADO CONTRA A VÍTIMA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. ONUS PROBANDI DO ESTADO. CORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO MATERIAL. 1. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face do Estado do Rio de Janeiro, em decorrência de falecimento de cônjuge e genitora dos requerentes, baleada dentro da sua própria residência, em razão de embate entre polícia e traficantes. 2.A jurisprudência desta Corte tem admitido o prequestionamento implícito, de forma que, apesar dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal de origem à luz da legislação federal pertinente, tem-se como preenchido o requisito da admissibilidade. 3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem de tese consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de vítima, ocasionado por errôneo planejamento de ação policial, que impõe a inversão do onus probandi. 4. "O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório" . (Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145) 5. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexa causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto. 6. In casu, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, se aplica o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado. 7. A 2ª Turma desta Corte no julgamento de hipótese análoga - responsabilidade civil do Estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos - em sede de Recurso Especial 433.514/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 21.02.2005, decidiu,

verbis: "ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 7. Recurso especial provido. 8. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: "A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)", sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa. 9. Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, impõe-se ao lesado, no caso concreto, demonstrar a ocorrência do fato administrativo (invasão de domicílio), do dano (morte da vítima) e nexos causal (que a morte da vítima decorreu de erro planejamento de ação policial). 10. Consecutivamente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexos de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega. 11. Deveras, na hipótese vertente, o acórdão deixou entrever que os autores é que deixaram de produzir prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima resultou de imperícia, imprudência ou negligência do policial militar que invadiu a casa da vítima, consoante se infere do voto de fls. 184/191, o que inverte o ônus da prova, consoante a Responsabilidade Objetiva e viola os artigos 186 e 927 do Código Civil. 12. Entendimento doutrinário no sentido de que "não há como confundir exame de prova para a formação da convicção de verossimilhança com redução das exigências de prova para a procedência do pedido ou para a inversão do ônus da prova na sentença. Decidir sobre a inversão do ônus da prova requer a consideração do direito material e das circunstâncias do caso concreto, ao passo que a formação da convicção nada mais é que a análise da prova e dos demais argumentos. Inverter o ônus da prova não está sequer perto de formar a convicção com base nas provas. Assim, o recurso especial pode afirmar que a decisão que tratou do ônus da prova violou a lei, o que evidentemente não requer o reexame das provas."(grifou-se) (Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145) 13. A Constituição Federal não assegura a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI) de modo absoluto, inserindo, no rol das exceções à garantia, o caso de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou

determinação judicial, inócurrentes na presente hipótese. 14. Destarte, esta Corte, apesar de adstrita a averiguação de ofensa à legislação federal infraconstitucional dentro dos estreitos limites da indicação feita por parte do recorrente, não está com isto impedida de aplicar o direito à espécie. Esta é justamente a ratio do art. 257 do RISTJ, in verbis: "Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie." (grifo nosso) 15. Recurso especial provido para restaurar a sentença de primeiro grau. (STJ - REsp: 737797 RJ 2005/0051277-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/08/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/08/2006 p. 226)

Em 24 de janeiro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, declarou, nos autos da ADC 16-9/DF, a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, o que, por seu turno, afastou a aplicabilidade da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, que prevê a responsabilidade subsidiária dos entes públicos quando ocorre inadimplência, por parte das empresas prestadoras de serviços, no tocante aos créditos dos trabalhadores. Confira-se:

EMENTA: 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

Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragozo Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008. 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. (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-00219-01 PP-00011)

Em mesmo esteio preleciona Martins (2007, p. 164):

Na prática, o que se tem verificado é que as empresas terceirizadas continuam existindo e o serviço persiste sendo prestado, sendo preferível que houvesse uma regulamentação, mínima, para evitar fraudes. Com um projeto assim seriam exigidos requisitos mínimos para a criação de tais empresas, principalmente suporte econômico, capital mínimo e idoneidade, para que não fossem criadas empresas de papel. A legislação, porém, não poderá ser impeditiva da terceirização.

Na Bahia editou-se a Lei Estadual nº 12.949 de 2014, que foi instituída para atuar como mecanismo de controle do patrimônio público, por meio da imposição de provisões de encargos trabalhistas a serem custeados pelas empresas contratadas pela administração pública para a realização de serviços de natureza contínua, e é regulamentada pelo Decreto Estadual nº 15.219, de 30 de junho de 2014.

A Lei Estadual nº 12.949 de 2014, em seu artigo 1º estabelece que os editais de licitação para contratação de serviços terceirizados deverão conter de forma expressa o art. 2º da mesma lei que estabelece os termos do provisionamento. Confira-se:

Art. 1º - Os editais de licitação e contratos de serviços terceirizados com previsão de mão-de-obra residente nas dependências do contratante, no âmbito dos Poderes Públicos do Estado da Bahia, sem prejuízo das disposições legais aplicáveis, observarão as normas desta Lei. Parágrafo único - Os editais referentes às contratações de empresas para prestação de serviços terceirizados aos órgãos públicos do Estado da Bahia, na forma prevista no caput deste artigo deverão conter expressamente o disposto no art. 2º desta Lei, bem como disposição sobre a obrigatoriedade de observância de todos os seus termos.

Art. 2º - Deverá ser retido mensalmente do valor faturado pelas empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados o percentual equivalente às provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, abono de férias, décimo terceiro salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, bem como a incidência dos encargos previdenciários, sociais e FGTS sobre férias, abono de férias e décimo terceiro salário que será depositado exclusivamente em banco público oficial.

O Decreto Estadual nº 15.219, de 30 de junho de 2014 prevê em seu art.16, §§ 1º e 2º a renegociação dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços terceirizados, para que fossem alvo de adequação a Lei Estadual, vedando a prorrogação de contratos não renegociados. Confira-se:

§ 1º - Expedidas as instruções complementares a este Decreto, os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo deverão deflagrar novas licitações, podendo renegociar os contratos cujo objeto seja a prestação de serviços terceirizados, de modo a adequá-los às normas da Lei nº 12.949, de 14 de fevereiro de 2014, deste Decreto e de suas instruções.

§ 2º - Os contratos não renegociados não poderão ser prorrogados, devendo as novas contratações ser objeto de novas licitações.

Ocorre que, em 31/10/2014, entrou em vigor o Decreto nº 15.632 de 30/10/2014, que altera a redação do parágrafo 2º do art. 16 do Decreto 15.219 de 30/06/2014, fazendo dele constar a seguinte redação:

§ 2º - Fica vedada a prorrogação de contratos que não forem renegociados na forma do § 1º deste artigo, ressalvados aqueles cujos termos finais ocorram em até 31 de março de 2015, cuja prorrogação poderá ser feita, sem necessidade de renegociação, pelo prazo máximo de 06 (seis) meses.”

Demais disso, tendo em vista o advento da referida Lei Estadual nº 12.949/14, e a publicação do decreto nº 15.632/2014, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia pronunciou-se através do Parecer - PA-NLC-ACN-439-2015, emitindo entendimento no sentido de que os contratos administrativos devem sofrer renegociação dos seus termos para adaptação à “Lei Anticalote” até a data de 30/09/2015, sob pena de rescisão unilateral, conforme transcritos abaixo:

“2.2. com relação aos contratos firmados anteriormente à obrigatoriedade de observância da Lei nº 12.949/14, deverá haver renegociação dos seus termos para adequação a Lei nº 12.949/14, exceto em caso de prorrogação de prazo até 30.06.2015.

2.3. Não havendo renegociação dos contratos após 30.09.2015, para adaptação a Lei nº 12.949/14, deverá ser deflagrado procedimento licitatório para nova contratação (despacho parecer nº PA-NLC-MPC-122/2015), sendo a hipótese de rescisão unilateral por parte da Administração, a qual poderá ser respaldada no art. 167, I da Lei nº 9.433/2005.”

Como se pode depreender dos transcritos acima a Lei 12.949/2014 tem por desiderato suprir uma lacuna da Administração Pública em exercer a fiscalização dos seus contratos, no momento em que determina a retenção na fonte dos valores referentes às provisões de encargos trabalhistas e previdenciários.

Ocorre que em 26/04/2017 o STF no RE 760931 fixou a tese de que o simples inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da contratada não ensejará a responsabilidade da Administração Pública seja de forma solidária ou subsidiária.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho apresenta análise dos contratos administrativos, mais especificamente os contratos que envolvem terceirização de mão de obra sob a ótica da responsabilidade da administração pública em face do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada.

Para tanto conceituou-se os contratos administrativos, especificando suas características, princípios norteadores e prerrogativas inerentes a sua celebração. Após analisados a execução contratual e o dever de fiscalização de sua execução por parte da Administração pública.

Analisou-se também o conceito e a natureza jurídica da terceirização e sua localização histórica, bem como sua evolução no tempo e como se deu no Brasil, sobretudo na sua utilização pela administração pública como ferramenta do enxugamento da máquina estatal.

Com a edição da Súmula 331 do TST que estabeleceu a subsidiariedade na responsabilização da Administração Pública nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, bem como do posicionamento do STF e do advento da Lei estadual nº 12.949/2014 do Estado da Bahia que instituiu o provisionamento de valores objetivando a garantia do adimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada, pôde-se aferir as divergências de entendimento dos tribunais.

Com destaque para as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal que entendem pela não responsabilização da administração pública nos casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas haja vista o grande prejuízo gerado ao erário.

Assim, analisamos os impactos financeiros sob o ponto de vista orçamentário, decorrentes do sem número de ações trabalhistas onde a Administração Pública figura no polo passivo como responsável subsidiária em razão do inadimplemento das empresas contratadas.

Por fim, conclui-se tratar-se de atribuição da Administração Pública de garantir a fiscalização do dinheiro público, haja vista que não ausência de efetiva fiscalização do cumprimento das condições contratadas em prejuízo do erário público, resta hialino que a lesão maior será ao trabalhador, por seu turno, parte mais vulnerável desta equação, o que não pode ser admitido sob qualquer hipótese, haja vista ser também responsabilidade do Estado a garantia do cumprimento as legislação trabalhista por parte das empresas privadas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm Acesso em 22 jul. 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. Direito Financeiro: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DAFT, Richard L. Administração. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo, Atlas, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar n. 101 de 04/05/2000. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. *Gestão Pública: gestão pública aplicada: União, Estados e Municípios, gestão pública no Brasil, de JK à Lula, gestão orçamentária e financeira, a gestão fiscal responsável, tributação e orçamento, tópicos especiais em contabilidade pública, gestão das contas nacionais, gestão ecológica e ambiental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBBINS, Stephen Paul. *Administração: mudanças e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

BENTO, Leonardo Valles, **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado:**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, MATHEUS. **Manual de direito administrativo**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONZALEZ, R. **Governança e Comunicação na Responsabilidade Social Empresarial. Relações com Investidores**. IMF Editora. n. 73, Mar.2004.

GOYOS Jr., D. N. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Observador Legal, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. Responsabilidade subsidiária x solidária. Disponível em <http://www2.câmara.leg.br/camaranoticias/noticias/>. Acesso em: 17 nov. 2013
AVELLAR, A. W. Terceirização: responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária. Disponível em <[http://www.trt13.gov.br\(http://www.trt13.gov.br/\)](http://www.trt13.gov.br(http://www.trt13.gov.br/)>)>. Acesso em: 19 out. 2013

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. Responsabilidade subsidiária x solidária. Disponível em <http://www2.câmara.leg.br/camaranoticias/noticias/>. Acesso em: 17 nov. 2013

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Prestação de serviços públicos e administração indireta. 2. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979. P. 57-58

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; 2. Ed. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Ed: Evocati. Aracaju. 2011

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003 (www.bdjur.stj.gov.br).

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 20. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 7.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Positivo, 2013

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil. 10. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAGO JÚNIOR, Antônio. A Responsabilidade Civil Decorrente do Acidente de Trabalho. In: LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coords.). Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARANHÃO, Délio. In Sussekind, Arnaldo et alii. Instituições de Direito do Trabalho. V. li, 22ª edição, São Paulo: LTr, 2005.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15 ed. Ref., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MERCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados. JusNavigandi, Teresina, ano 10 (/revista/edições/ 2005), n. 566 (/revista/edições/ 2005/1/24), 24 (/revista/edições/2005/1/24) jan. (/revista/edições/2005/1) 2005 (/revista/edições/2005). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6209>>. Acesso em: 19 out. 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento. – 26. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY, Liliana Maria Del. As disposições do artigo 71 da Lei 8666/93 e a responsabilidade subsidiária da administração pública. Disponível em <http://www.trt15.gov.br/revista01/artigo_71.html>. Acesso em: 12 set. 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2036>>. Acesso em: 19 out. 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

PIMENTEL, Desireé de Araujo. O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 315, 18 maio 2004.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5187>>. Acesso em: 20 out. 2013.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PINHO PEDREIRA, Luiz de. Principiologia de direito do trabalho. Salvador: Gráfica Contraste, 1996.

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

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. São Paulo: LTr, 2003.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização. Tendência em doutrina e jurisprudência. Revista Jurídica nº 21. Trabalho & Doutrina. Ed. Saraiva. São Paulo. Junho de 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª Ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000.

RODRIGO LOPES, Hálisson; LEMOS, Natália Spósito. A responsabilidade civil extracontratual do Estado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011.

Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em nov 2013.

SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos. Princípio da vedação do retrocesso social.

Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/22261>>. Acesso em: 22 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v.32, n.1, p.09-50, jan./jun. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Avogado Editora, 2001.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Recurso de Revista 226/89.3, Acórdão 1ª T. 2.608/89. Relator: Ministro José Luiz Vasconcellos. Disponível em <<http://www.tst.gov.br> (<http://www.tst.gov.br/>)>. Acesso em: 19 out. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil (Parte Geral). São Paulo: Atlas, 2001. V. 1.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo. Niterói: Impetus, 2007

BORGES, Alice González. Temas do Direito Administrativo Atual, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 02 fev. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

OLIVEIRA, Maria Marly de. Como fazer: projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses. 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

POLITEC. Dados sobre a empresa Politec. Disponível em: Acesso em: 05 maio. 2008.

RAMPAZZO, Lino. Metodologia Científica. São Paulo: Edições Loyola, 2002 VERGARA, Sylvia Constant. Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração. São Paulo: Atlas, 2000.