

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO
DOS ENCARGOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO
CONTRATO ADMINISTRATIVO EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO
CONTRATADO**

NATÁLIA DUARTE DE ANDRADE

SALVADOR – BA

2017

NATÁLIA DUARTE DE ANDRADE[□]

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO
DOS ENCARGOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO
CONTRATO ADMINISTRATIVO EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO
CONTRATADO**

Monografia apresentada à FACULDADE
BAIANA DE DIREITO como requisito para
obtenção do título de especialista no Curso de
Pós-Graduação em Direito Público.

SALVADOR – BA

2017

* DE ANDRADE, Natália Duarte. Graduação em Comunicação Social – conclusão 2013, UFT – Universidade Federal do Tocantins. Graduação em Direito – conclusão 2014, CEUB – Centro Universitário de Brasília.

RESUMO

A monografia ora apresentada tem o propósito de discorrer sobre o alcance de aplicação do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/1993 quanto à Responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrente da execução do contrato administrativo, diante da inadimplência do contratado. O objetivo mediato desta monografia é de contribuir com a ciência jurídica e discorrer sobre a evolução de entendimento acerca da responsabilização do Estado pelas verbas trabalhistas segundo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente o pedido da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 para declarar a constitucionalidade dispositivo legal acima referido. Busca-se, também, demonstrar que a matéria sofreu uma atualização na Justiça Trabalhista através da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Ademais, diante as controvérsias suscitadas após a ADC nº 16 sobre quem compete demonstrar a existência de culpa do Poder Público ao celebrar o contrato de terceirização e como deve ser feita essa demonstração, busca-se demonstrar a aplicação concreta do dispositivo acima nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo, contrato administrativo, terceirização, Lei 8.666/93, Responsabilidade da Administração Pública, encargos administrativos, inadimplemento do contrato, responsabilidade subsidiária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TERCEIRO.....	08
2 - A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.1 - O conceito de terceirização.....	10
2.2- Terceirização na Administração Pública.....	14
3 - A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	23
4 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	27
5- A RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	37
5.1– Os encargos decorrentes da execução do contrato administrativo.....	37
5.2– A responsabilidade do contratado pelos encargos trabalhistas.....	38
5.3- A responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas	38
6– ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO À RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA.....	44
6.1– A terceirização e os princípios trabalhistas.....	44
6.2– A constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 declarada pelo STF.....	46
6.3– A evolução da jurisprudência do TST sobre o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.....	48
6.3.1– Antes da ADC nº 16.....	48
6.3.2– Depois da ADC nº 16.....	53
6.1.4- Aplicação concreta do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 nos tribunais.....	58

CONCLUSÃO.....68

REFERÊNCIAS.....70

INTRODUÇÃO

A monografia apresentada pretende discutir o âmbito de interpretação e aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/1993 no que concerne à responsabilidade do Estado em decorrência da inadimplência do contratado quanto ao pagamento dos encargos trabalhistas, decorrentes da execução do contrato administrativo.

Tem como objetivo demonstrar que a irresponsabilidade do Estado pelos encargos trabalhistas não é tema tranquilo na doutrina especializada, nem na jurisprudência dos Tribunais Superiores, apesar de ser a regra geral aplicável aos contratos de terceirização decorre de disposição legal expressa do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/1993.

Visa apresentar a trajetória de desenvolvimento da interpretação do dispositivo acima até o entendimento atual dos Tribunais Superiores.

Para isso, o trabalho será dividido em seis capítulos. Primeiramente, a fim de adentrar no tema, faremos breves considerações sobre os contratos administrativos, principalmente no que concerne aos contratos de prestação de serviço. Para com isso, no segundo capítulo, abordaremos o assunto terceirização, apresentando o conceito de terceirização na visão de vários estudiosos, para a devida compreensão deste fenômeno social, e a análise da terceirização no âmbito da Administração Pública, indicando a previsão legal, possibilidade admitida pelo ordenamento brasileiro, e suas características e consequências.

Já no terceiro capítulo introduziremos o assunto responsabilidade, analisando a responsabilidade decorrente da execução dos contratos administrativos e, ainda, a responsabilidade civil do Estado, no quarto capítulo, em que serão apresentados conceitos jurídicos importantes para a compreensão do objetivo do trabalho e uma análise de como a doutrina e a jurisprudência têm entendido ao longo do tempo a responsabilidade do Estado.

O quinto capítulo discorrerá sobre a responsabilidade pelos encargos decorrentes da execução do contrato administrativo, com a indicação da previsão legal dos encargos segundo a lei nº 8.666/93, a responsabilidade da empresa contrata pelo seu adimplemento e a previsão legal e uma síntese do entendimento doutrinário e jurisprudencial da responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas em caso de inadimplência da empresa contratada.

Por fim, o último capítulo fará um breve histórico sobre o alcance de aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/1993 nos Tribunais Superiores, especialmente em caso de inadimplência

dos encargos trabalhistas pelo contratado, antes da ADC nº 16 e depois da ADC nº 16. Com base na doutrina e na jurisprudência, elencará algumas hipóteses em que o Estado será responsabilizado pelo pagamento das verbas trabalhistas de forma subsidiária e discutirá como se dá essa responsabilização perante os tribunais.

Portanto, buscará expor o tema de forma a discutir e analisar suas minúcias, com a indicação da evolução jurisprudencial sobre uma possível imputação da responsabilidade subsidiária do Estado pelo pagamento dos encargos trabalhistas no caso de inadimplemento da empresa contratada.

1 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TERCEIROS

Constitui rotina para a Administração Pública a celebração de contratos objetivando suprir suas necessidades, manifestadas pelas chamadas demandas sociais. O crescimento das atividades estatais, as reivindicações do corpo social determinam a imperiosidade de, ante a impossibilidade de execução pela própria Administração e por entidades a ela vinculadas, esta valer-se de terceiros para a consecução de seus objetivos, solvendo suas necessidades. Para tanto, contrata pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

O contrato administrativo é aquele firmado entre a Administração Pública e terceiros com o propósito de solucionar, ou melhor, solver as necessidades sendo observadas as normas de direito público. O contrato administrativo segundo MEIRELLES (2012) é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração Pública.

São regulados basicamente pela Lei nº 8.666/93. Porém, oportuno acentuar que as normas contidas na Lei nº 8.666/93 se caracterizam como específicas, considerando os contratos em geral, e isso porque disciplinam uma categoria própria do gênero. Subsidiariamente, portanto, aplicam-se aos contratos administrativos as normas gerais sobre contratos, contempladas no Código Civil. Não obstante, tais normas classificam-se como gerais, quando consideradas em confronto com a lei citada acima, esta regendo aspectos particulares da matéria (CARVALHO FILHO, 2015).

De acordo com objeto e com as peculiaridades do ajuste é possível apontar espécies de contratos administrativos, entre elas: contratos de obras, contratos de serviços, contratos de fornecimento ou compras, contratos de concessão e de permissão, alienações e locações. Contudo, para o estudo em questão trataremos apenas dos contratos de serviços.

Nesse íterim, com base no art. 6º, inciso II da Lei nº 8.666/93, consideram-se contratos de serviços aqueles que visam a atividade destinada a obter determinada utilidade pública concreta de interesse para a Administração.

Segundo ensinamento de CARVALHO FILHO (2015), tais contratos são normalmente conhecidos por “contratos de prestação de serviços” e neles se realça a atividade material do contratado. É tipicamente o contrato onde a obrigação se traduz num *facere*. Algumas dessas

atividades são mencionadas na lei, como as de conservação, reparação, conserto, transporte, operação, manutenção, demolição, seguro, locação de bens e outras, todas consubstanciando típicas obrigações de fazer. Ainda, os serviços dividem-se em comuns e técnicos-profissionais. Serviços comuns são aqueles para os quais não há necessidade de específica habilitação, como é o caso de serviços de conservação e limpeza, pintura e vigilância. E serviços técnicos-profissionais, ao contrário, são aqueles que reclamam habilitação legal, seja através de formação em curso superior específico ou registro no órgãos legalmente determinados.

No que concerne aos contratos de serviços, resta importante mencionar, ainda mais por tratar-se do tema deste estudo, sobre a terceirização de atividades pela Administração. É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas atividades-meio, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância, por exemplo. Aqui trata-se de terceirização lícita. Vedado se afigura, entretanto, que delegue atividades-fim, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. Nesse caso, a Administração simula a intermediação de mão de obra, numa evidente contratação de locação de serviços individuais e, com isso, procede a recrutamento ilegal de servidores (terceirização ilícita). Em várias ocasiões, esse tipo de contratação tem sido anulado pelos órgãos de controle, inclusive pelos Tribunais e Contas.

Todavia, no presente trabalho nos importa somente o estudo da terceirização lícita, pois temos por objetivo abordar aspectos dos contratos de prestação de serviço entre a Administração Pública e terceiros no que diz respeito a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes da execução do contrato em caso de inadimplência do contratado.

Importante frisar que este estudo versa sobre contratos administrativos de prestação de serviço regidos pela Lei nº 8.666/93.

Para tanto, no próximo capítulo faremos um análise do fenômeno da terceirização na Administração Pública, da Responsabilidade do contratado e do Estado decorrente da execução dos contratos administrativos e, após, analisaremos como os tribunais superiores têm entendido a questão acima destacada.

2 - A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1- O conceito de terceirização

Compreender um fenômeno social implica admitir a existência de diversos olhares a seu respeito. Economistas, sociólogos do trabalho e administradores encaram a terceirização de maneiras divergentes, cabendo à área jurídica o desafio de compor o conflito decorrente dessas diferentes percepções. No empenho de superar esse desafio, impõe-se alinhar, preliminarmente, alguns dados para tecer um pano de fundo conceitual.

Segundo BIAVASCHI (2013), uma das dificuldades de conceituar terceirização reside nas distintas formas por meio das quais se apresenta no mundo do trabalho, bem como na multiplicidade de conceitos que lhes são atribuídos. Com contornos variados e, por vezes, de forma simulada, pode ser identificada:

[...] na contratação de redes de fornecedores com produção independente; na contratação de empresas especializadas de prestação de serviços de apoio; na alocação de trabalho temporário por meio de agências de emprego; na contratação de pessoas jurídicas ou de "autônomos" para atividades essenciais; nos trabalhos a domicílio; pela via das cooperativas de trabalho; ou, ainda, mediante deslocamento de parte da produção ou de setores desta para ex-empregados. Nessa dinâmica, chegasse a presenciar o fenômeno da terceirização da terceirização, quando uma empresa terceirizada subcontrata outras, e o da quarteirização) com a contratação de uma empresa com função específica de gerir contratos com as terceiras e os contratos de facção e os de parceria. Juridicamente, a terceirização desafia o conceito de empregador, provocando ruptura no binômio empregado empregador: há um intermediário na relação entre trabalhador e a empresa a quem aproveita a força de trabalho. Ainda juridicamente, segundo Viana, pode ser analisada de forma ampla ou restrita, interna ou externa, correspondendo sempre à hipótese em que um terceiro entra na relação de emprego. Em sentido amplo, identifica-se com a tendência empresarial de realizar parte de suas atividades por meio de outras unidades, mais ou menos independentes, incluindo toda a operação - econômica ou de organização da atividade empresarial- de terceirização ou descentralização, qualquer que seja a forma contratual utilizada. Em sentido estrito, como mecanismo descentralizador que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados destinam-se à tomadora. Em sentido interno, expressa a situação em que alguém se coloca entre o empregado e o tomador dos serviços no sentido externo, evidencia, por exemplo, a situação em que alguém se coloca entre o empresário e o consumidor. No entanto, faces do mesmo fenômeno, refletem-se da mesma maneira na relação de poder empregadores x trabalhadores. (BIAVASCHI, Magda. 2013. pp. 175-7).

A expressão “terceirização”, para MARCELINO e CAVALCANTE (2012), seria um neologismo brasileiro, diferenciando-se do padrão utilizado em outros países, para se reportar à relação entre duas empresas, que invariavelmente se aproxima do sentido da expressão “subcontratação”: “em francês, soustraitance, em italiano, subcontrattazione, em espanhol subcontratación, no inglês, outsourcing.

Para eles “todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas” (2012, p. 331), adotando perspectiva centrada nos impactos da terceirização em relação à exploração da força de trabalho.

Enquanto fenômeno que se localiza na organização produtiva das empresas, a terceirização, evidentemente, produz impactos na organização do trabalho e na forma como se delinham, inclusive do ponto de vista jurídico, as relações entre trabalhadores e contratantes de sua força de trabalho. Por isso, o tema igualmente tem merecido a atenção da Sociologia do Trabalho, no sentido de capturar o fenômeno e seus impactos sobre as condições de vida e trabalho dos sujeitos envolvidos.

KREIN (2013) também aponta a terceirização como fenômeno complexo que, apesar das suas múltiplas faces, constitui-se em uma forma de flexibilização das relações de trabalho, ao permitir um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho e na segurança do trabalho, assim como ao promover a segmentação da representação sindical e ampliar a liberdade da empresa na alocação do trabalho.

A terceirização tem múltiplas e variadas definições. Para alguns conformados com o fenômeno, apontam para sua disseminação, e afirmam que a terceirização é a horizontalização da atividade econômica, segundo a qual muitas grandes empresas estão transferindo para outras uma parte das funções até então por elas diretamente exercidas, concentrando-se, progressivamente, em rol de atividades cada vez mais restrito. Para outros, preocupados em limitar seu campo de incidência, é a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro, para suas atividades-meio. Há ainda, os que definem como sendo o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa, fazendo crítica à exclusão, o apartamento e a fragmentação da classe trabalhadora pela terceirização como intermediação de mão-de-obra. (OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto, 2005 apud MATOS, 2015, p. 05).

O Professor GIRARDI, do Departamento de Ciências da Administração da Universidade Federal de Santa Catarina, realizou importante revisão bibliográfica a respeito da terceirização no campo teórico da Administração, apresentando os seguintes conceitos a respeito do fenômeno:

Tudo o que não é vocação de uma empresa deve ser entregue para especialistas (LEIRIA et al, 1992); É a tendência de comprar fora tudo o que não fizer parte do negócio principal da empresa (COSTA et al, 1992). É uma tendência de transferir, para terceiros, atividades que não fazem parte do negócio principal da empresa (GIOSA, 1995). É uma tendência moderna que consiste na concentração de esforços nas atividades essenciais, delegando a terceiros as complementares (GIOSA, 1995). É a passagem de atividades e tarefas a terceiros. A empresa concentra-se em atividades-fim, aquelas para as quais foi criada e que justifica sua presença no mercado, e passa para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) atividades-meio (DAVIS, 1992). Indica a existência de uma outra empresa, "terceiro", que, com competência, especialidade, qualidade e ainda, em condições de parceria, venha a prestar serviços a uma empresa contratante (QUEIROZ, 1992). É um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros - com os quais se estabelece uma relação de parceria - ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua (GIOSA, 1995). Uma tecnologia de administração que consiste na compra de bens e/ou serviços especializados, de forma sistêmica e intensiva, para serem integrados na condição de atividade meio, à atividade fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade (FONTANELLA et al, 1994). (GIRARDI, Dante Marciano, 1999, p. 23-31)

É a partir dessas formulações conceituais que partiu o campo jurídico para uma análise do fenômeno, antecedendo previsões legais específicas a respeito. Em termos gerais, o aparato jurídico desenvolvido na CLT e na Constituição de 1988 foi o que conduziu o tratamento jurídico do tema.

No âmbito do Direito a terceirização tem origem no Direito Privado, mais precisamente no Direito do Trabalho. De acordo com MARTINS (2011) a terceirização consiste na possibilidade de contratação de terceiro para a realização de atividades que não constituem objeto principal de uma empresa.

O conceito apresentado pelo autor, no âmbito do Direito do Trabalho, parte da premissa de uma dicotomia entre atividades fim e atividades-meio das empresas, de forma que seria lícita a contratação de terceiro para a realização de atividades meio, sem a constituição de vínculo

trabalhista entre a empresa que terceiriza e os empregados da empresa que fornece mão de obra a terceirizada.

Essas considerações do Direito do Trabalho são de extrema importância para a configuração do instituto no Direito Administrativo, na medida em que servirão para diferenciar a terceirização de outros institutos afins, bem como possibilitar o estabelecimento dos elementos necessários para a adequada transposição do instituto para a Administração Pública (SCHIRATO, 2013).

A partir de uma vertente apenas pautada pelo Direito Administrativo, é possível atribuir ao termo terceirização duas concepções distintas: uma em sentido amplo e uma em sentido estrito. Em sentido amplo, terceirização seria qualquer instituto por meio do qual um particular é contratado pela Administração Pública para a realização de uma atividade de interesse coletivo. Abrangeria as concessões de serviços, obras e bens públicos, as desestatizações, as desmonopolizações, entre outros institutos. De outro bordo, em sentido estrito, terceirização teria uma abrangência limitada, restrita aos mecanismos por meio dos quais a Administração Pública contrata particular para a realização de certa atividade, que não configura a principal da Administração Pública (atividades em seu meio). Assim, em sentido estrito, a terceirização corresponde ao instituto do Direito do Trabalho transplantado para a Administração Pública. (SCHIRATO, Vitor Rhein. 2013, p. 64-65).

Considerando as posições doutrinárias sobre o tema e o sentido comumente atribuído às terceirizações em sentido duplo, utilizar-se-á neste trabalho o conceito estrito de terceirização.

Assim, terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas que também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores (MATOS, 2015).

Em suma, a terceirização provoca uma relação jurídica trilateral, pois apesar de possuir contrato laborativo com uma empresa interveniente ou fornecedora, o trabalhador presta

serviços a um tomador de serviços, devendo ser entendida como uma técnica administrativa de desconcentração produtiva.

Visto que temos três sujeitos e dois contratos e não uma única relação jurídica envolvendo as partes, há uma relação jurídica trilateral. O contrato interempresário e o de trabalho, sendo que o primeiro é entre a empresa fornecedora e a cliente, e o segundo, entre a fornecedora e o trabalhador.

Enquanto que os sujeitos dessa relação trilateral são: o trabalhador, prestador de serviços, que possui vínculo de emprego (relação jurídica trabalhista) com a empresa fornecedora, mas que executa seu trabalho junto a empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata empregados especializados para laborar para as empresas tomadoras, possuindo com estas um contrato interempresário, de natureza civil; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de serviços, mantendo com os empregados da primeira uma relação econômica de trabalho e não jurídica.

2.2- Terceirização na Administração Pública

A terceirização surgiu, primeiramente, na iniciativa privada, com o intuito de reduzir os custos da produção e melhorar a eficiência e a qualidade da atividade produtiva desempenhada.

No entanto, principalmente com a Reforma Administrativa Brasileira, trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98, cujo objetivo principal foi aumentar a eficiência dos serviços prestados pelo Poder Público e diminuir sua morosidade, a terceirização surge no âmbito da Administração Pública como uma alternativa para que o Estado pudesse focalizar seus esforços em suas atividades próprias e essenciais, aumentando sua capacidade administrativa, deixando, portanto, a execução de funções não nucleares nas mãos da iniciativa privada.

A finalidade do Estado é a prestação de serviços à coletividade, visando a promover o *bem-estar geral*. Mas, para atingi-la, necessita de meios adequados, materiais e humanos, que, em seu conjunto, constituem a máquina administrativa [...]. Daí, vê-se que o Estado, ou melhor, a Administração, exercita duas espécies de atividades: as atividades-fins e as atividades-meios, aquelas empregadas na consecução de seu objetivo específico, e estas, na organização, acionamento e manutenção da infra-estrutura administrativa,

sem a qual as primeiras não podem ser realizadas. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2000, p.78).

Desde a década de 1960, com a edição do Decreto-Lei nº 200/67, que dispunha sobre a Organização da Administração Federal e estabelecia diretrizes para a reforma administrativa, o Poder Público descentraliza a execução de suas atividades. Com a leitura do artigo 10, § 7º, pode-se perceber que, nessa época, o legislador já explicitava a sua preferência em terceirizar as atividades-meio do Estado:

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

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

(BRASIL, Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967)

O mesmo diploma legal exemplificou, em seu artigo 30, algumas atividades-meio dos órgãos da Administração, denominadas de auxiliares, que poderiam ser terceirizadas, como as de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, serviços gerais, dentre outras.

Em 10 de dezembro de 1970, surge a Lei nº 5.645, que permitiu, em seu artigo 3º, parágrafo único, que as atividades relacionadas com transporte, conservação e operação de elevadores fossem, preferencialmente, objeto de execução indireta, por meio de celebração de contrato. No entanto, o mencionado artigo foi revogado pela Lei 9.527 de 1997.

Em 1986, editou-se o Decreto-Lei 2.300 que ampliou e complementou o Decreto-Lei 200/67, no que se refere aos contratos administrativos.

Já em 1993, nasce a Lei 8.666, regulamentando o artigo 37, da Constituição Federal, e instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Seu artigo 10 possibilitou que os serviços e obras fossem prestados por execução indireta, sob os regimes de empreitada ou tarefa. O conceito de serviço foi dado pelo seu artigo 6º, inciso II.

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

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

(BRASIL, Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993)

Seguindo o mesmo raciocínio, posteriormente, o Presidente da República baixou, em 7 de julho de 1997, o Decreto 2.271, que dispôs sobre a contratação de serviços pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Seu artigo 1º afirmava que:

Art. 1º. No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

(BRASIL, Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997).

Como se pode observar, esta modalidade de prestação de serviços realizada pelo Estado se apresenta legítima perante o ordenamento jurídico brasileiro, e como será exposto a seguir, o fenômeno vem se tornando cada vez mais presente nos órgãos da Administração.

A terceirização no serviço público constitui tema novo e desafiador, exigindo dos que almejam alcançar essa fronteira uma visão integrada da legislação e da jurisprudência, além de um esforço coordenado de diversos segmentos da Administração. Os caminhos estão abertos e insinuados desde o Decreto-Lei 200/67, mas agora fortalecidos e aclarados pela evolução jurisprudencial, constituindo em etapa inexorável de uma longa linha evolutiva que encontrará um perfeito equilíbrio entre o verdadeiro papel do Estado e da iniciativa privada na concretização do interesse público. (FERNANDES, Jorge Ulisses Fernandes, 2000 apud COSTA, Natalia, 2016, p. 25).

Neste cenário, o fenômeno da terceirização, como é sabido, também no âmbito da Administração Pública tem se ampliado em progressão geométrica nos últimos anos.

“Nas últimas décadas, o Estado brasileiro tem passado por uma série de projetos de desestatização, privatização, reforma, reengenharia e outros tantos nomes que indicam a tendência de revisão dos modelos burocráticos vigentes, com a diminuição da máquina estatal e o conseqüente abrandamento dos vínculos jurídicos públicos. Nesse quadro, a legislação brasileira e a interpretação que a ela tem sido dada levaram — e ainda levam — a uma crescente transferência de tarefas desenvolvidas pelo setor público, originalmente, para o setor privado. Ou, em outra perspectiva da mesma

realidade, fazendo com que certas tarefas estatais sejam cada vez mais levadas a cabo por indivíduos que não guardam com o Poder Público um vínculo jurídico-administrativo, nem mesmo um vínculo funcional direto. Somente para contabilizar as experiências dos últimos vinte anos, podem ser destacados as ações do Governo Sarney, com o Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985; o Programa Nacional de Desestatização do Governo Collor, disciplinado pela Lei nº 8.031/90; e, numa perspectiva mais ampla, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, editado em 1995 pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e que teve a sua concretização normativa em diplomas como a Emenda Constitucional nº 19/98 e a Lei nº 9.637/98, instituidora do Programa Nacional de Publicização, por meio das organizações sociais. (...) Reconhecia, pois, a chamada “crise da sobrecarga”, definida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho como sendo a assunção, pelo Estado contemporâneo, de tarefas cada vez mais volumosas, que são retiradas da sociedade, dos grupos sociais e dos indivíduos (FERREIRA FILHO. Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira, p. 27.) (...) Refletindo essa visão, já questionava o Plano do Governo Fernando Henrique quais tarefas eram essencialmente públicas quais poderiam ser desenvolvidas pelo setor privado ou pelo setor público não estatal; além de como poderiam ser reduzidos os entraves econômicos decorrentes da sobrecarga. As respostas a essas indagações correspondiam à limitação das atividades estatais àquelas funções que lhe fossem próprias e essenciais; à revisão das estruturas burocráticas, com flexibilização de seus procedimentos; à transferência para o setor privado de atividades não exclusivas do setor público, gerando entre esses setores “uma maior parceria”. Tais respostas, por outro lado, indicavam a projeção, na Administração brasileira, de uma tendência verificada em diferentes ordenamentos estrangeiros, nos quais se podia constatar a transferência de tarefas do Estado para a sociedade civil e o emprego de modelos jurídicos tipicamente privados na gestão das tarefas que lhe restavam, no que Fritz Fleiner chamou, já em 1928, de “a fuga para o Direito Privado” (HORBACH, Carlos Bastide, 2014, p.9-15).

Importante destacar que essa crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado não se tem limitado aos serviços secundários, de suporte, alcançando muitas vezes atividades próprias e essenciais do Estado. Não raro, em desvirtuamento do instituto, empregados das prestadoras de serviços vêm a desempenhar, permanentemente, atividades afetas a servidores públicos em sentido estrito, exercentes de cargos ou empregos públicos, restando inviabilizado o reconhecimento de vínculo direto com a Administração Pública pela inobservância do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao prescrever a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo, função ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A propósito, vale lembrar que constituem, ainda, exceções a essa regra a contratação por tempo determinado para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” CF, art. 37, IX), bem como a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes

de combate às endemias (CF, art. 198, § 4º 24), realizadas ambas mediante processo seletivo simplificado ou público, também em homenagem aos princípios da moralidade e da impessoalidade (CF, art. 37, caput).

E a impossibilidade de reconhecimento de vínculo direto com a Administração Pública, ante o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Súmula 363 TST:

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2000.

A necessidade de fixação de balizas à terceirização pela Administração Pública é destacada por GÓES:

Os objetivos administrativos traçados em direção à contenção de despesas públicas, enxugamento do quadro de pessoal, eficiência e maximização aplicativa dos recursos e serviços públicos, via terceirização, encontram barreiras constitucionais e legais que impedem a adoção da fórmula trilateral desmesurada, sobretudo para evitar o conflito entre os interesses da Administração Pública e os valores constitucionais. Conforme já mencionado, os impedimentos resultam do fato de que até a promulgação da Constituição Federal de 1988 à Administração Pública era permitida a contratação de empregados sem submissão a concurso público de provas e títulos. Vale lembrar que os serviços de natureza pública executiva, a partir do Decreto nº 200/1967, passaram a ser terceirizados ou os trabalhadores eram contratados diretamente pela Administração Pública direta ou indireta, como se esta fosse entidade da iniciativa privada, com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que, de certo modo, conferia ao ente público contratante maior flexibilidade para contratar e demitir seus funcionários. Todavia, o uso desgovernado da terceirização e de contratações diretas teve como consequências o inchaço da máquina administrativa pública e o elevado custo para a manutenção do quadro de pessoal. Registre-se, ainda, que a utilização irracional do modelo contratual, anterior à Constituição vigente, favorecia o nepotismo e o clientelismo administrativo, marcado pelo favorecimento de pessoas próximas aos administradores públicos à obtenção de cargos ou empregos públicos, prática atualmente vedada por ir de encontro aos princípios constitucionais voltados à boa administração. Nessa esteira, tem-se como primeira limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços no âmbito público, o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a investidura em cargo ou emprego de natureza pública somente após aprovação prévia em concurso de provas e títulos. A Constituição Federal de 1988 representa a mudança dos paradigmas político, jurídico e social brasileiros, fundada em valores humanísticos correspondentes aos direitos fundamentais e inafastáveis da caracterização do Estado Democrático Constitucional de Direito. Com efeito, a Constituição não perde

de vista a delimitação principiológica da atuação estatal pela via direta ou indireta, ao mantê-la sob o controle dos princípios direcionados à consecução da boa administração, enquanto princípio de dignidade constitucional, designadamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, os princípios orientadores da atuação administrativa estatal, além de orientá-la e controlar o ímpeto nepotista do administrador público, sob o viés da inflexibilidade contratual, indicam como perseguir e tornar eficaz o princípio da boa administração, enquanto direito fundamental dos administrados e corolário do Estado Democrático de Direito (...). Para isso, no que se refere à contratação de pessoal, destinada à execução de serviços de caráter público, realizados diretamente pelo Estado ou pela administração indireta, os princípios da moralidade e impessoalidade, combinados ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, apresentam-se como condição de validade para a admissão de pessoal em cargo ou emprego público, sob pena de ver-se a contratação eivada de nulidade (artigo 37, § 2º). E neste ponto que a terceirização desgovernada de serviços reservados a cargo ou emprego públicos, obviamente ligados à atividade finalística do Estado, estão impedidas de serem terceirizadas. Trata-se de impedimento que pretende para evitar práticas nepotistas, que por atender somente a interesses particulares, caminham em direção oposta aos princípios constitucionais balizadores da atuação estatal. (...) Contudo, ao mesmo tempo em que se vê a Administração Pública impedida de atuar semelhantemente à iniciativa privada, no que tange à contratação e demissão de pessoal para ocupar cargo ou emprego público, as disposições constitucionais primam por forçar o administrador público a atender a vontade de Constituição da coletividade, no sentido de oferecer indistintamente aos brasileiros a possibilidade real, inteiramente dotada de índole moral e impessoal, da ocupação de cargo ou emprego público intrinsecamente ligado às atividades-fim do Estado. (GÓES, Winnicius Pereira de, 2013, pp. 157-6).

É importante destacar que, como dito, o Estado não está impedido de celebrar contratos de terceirização. No entanto, para que isso seja possível, devem ser observadas algumas condições.

Neste ponto, FORTINI e VIEIRA apud COSTA (2016) registram que: a febre da terceirização precisa ser controlada, já que seu emprego não pode se operar indistintamente. Alguns administradores públicos, seduzidos pela agilidade e informalidade do setor privado, têm se valido da terceirização em descompasso com o ordenamento jurídico.

Vale destacar entendimento de DI PIETRO:

[...] Acho realmente que esses contratos burlam as normas relativas aos servidores públicos; não adianta existir um capítulo na Constituição sobre servidor público, exigindo concurso público para que o servidor ocupe cargo ou emprego, se depois deixarmos tudo isso de lado e contratarmos pessoal por meio de empresa intermediária. Essa forma de contratação burla também o limite da despesa com pessoal e esse tipo de contrato não cria vínculo de emprego com a Administração Pública. Logo, esse pessoal não pode ser considerado servidor público. Eles são considerados funcionários de fato e, em consequência, não podem assinar documento nenhum, não podem praticar nenhum ato administrativo, não podem celebrar um contrato, não

podem aplicar uma penalidade. [...] porque eles não estão investidos em cargo, emprego ou função [...]. Penso que esse tipo de contrato favorece o apadrinhamento político, pois se o político não pode indicar a pessoa para um determinado cargo, porque ela tem que prestar concurso público, ele indica para a empresa intermediária, e a pessoa entra pela via indireta, [...]. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela, 2009, p. 71).

Conclui-se, então, que somente é considerada lícita a terceirização pelo Estado quando se tratar de transferência de prestação de serviços, e não de mão de obra.

É por todo o exposto que o Tribunal Superior do Trabalho, em sua súmula 331, inciso II afirma que “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, fazendo referência ao supracitado artigo 37, II da Constituição Federal, ou seja, mesmo que o inciso I do enunciado preconize que, no caso de terceirização ilegal, haverá formação de vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços, se esta for da Administração Pública, esse vínculo permanecerá com a prestadora, sob pena de se ferir o princípio constitucional do concurso público.

Analisando-se o entendimento desse Colendo Tribunal, depreende-se que somente é considerada lícita a terceirização que importe: na contratação de trabalho temporário, regida pela Lei nº 6.019/1974, desde que não sejam excedidos os três meses de prestação de serviços na empresa tomadora; na contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/1983), de conservação e limpeza; e na de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ausentes os elementos da pessoalidade e da subordinação direta.

Desta feita, percebe-se, portanto, que, em princípio, tem-se como lícita apenas a terceirização de atividade-meio, ou seja, aquela que não está ligada diretamente ao núcleo da atividade empresarial, servindo, apenas, como um suporte, um caminho para alcançar a atividade final (finalidade precípua da empresa), como os serviços de vigilância, limpeza, digitação e conservação. A jurisprudência brasileira, com o apoio da maioria dos estudiosos sobre o assunto, sustenta esse posicionamento, como se infere no seguinte julgado:

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES. SERVIÇOS DE PANFLETAGEM. LICITUDE. A Súmula n.º 331, III, estabelece que "Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102 de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta". Assim, regular a contratação de empregado para labor na atividade-meio, via empresa interposta, não formando o vínculo diretamente com o tomador de serviços, nos termos da mencionada

súmula. (TRT10. RO - 850200802010003 DF 00850-2008-020-10-00-3. Publicado em: 05.06.09. 1 Turma. Relator: DESEMBARGADOR PEDRO LUIS VIVENTIN FOLTRAN).

Portanto, se, ao contrário, a empresa tomadora de serviços contratar a prestadora para o desempenho de sua atividade-fim, a terceirização será considerada ilícita, formando-se o vínculo empregatício do trabalhador diretamente com a empresa contratante, como prescreve o julgado abaixo:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - ATIVIDADE-FIM - FORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. Sendo ilícita a contratação de trabalhador para exercer as funções de emendador de cabos telefônicos, através de empresa prestadora de serviços interposta, o vínculo se estabelece diretamente com a tomadora, em razão da inserção do empregado em sua atividade-fim (inteligência da Súmula 331, I, do colendo TST). Nesse caso, faz jus o empregado à percepção das vantagens previstas nos instrumentos normativos das quais é signatária a empregadora. (MINAS GERAIS, 2009).

Outro importante aspecto a ser analisado é o da ilicitude da terceirização realizada pelo Poder Público de suas atividades-fim.

[...] é possível identificar atividades essenciais que devem ser geridas pelo próprio Poder Público, sob pena de seu perecimento, que são justamente aquelas voltadas para o atendimento da sua missão de caráter jurídico. Essas atividades, em paralelo com o setor privado, constituiriam as denominadas atividades-fim do Estado, não sendo passíveis de terceirização, podendo tão-somente ocorrer o repasse de tarefas tidas como acessórias para a consecução do objetivo principal. Como exemplo, pode-se admitir a contratação de serviço de limpeza por uma empresa terceirizada dentro de uma repartição policial, mas nunca a contratação de uma empresa com o fim de realizar a execução direta do serviço de polícia. [...] É notório, portanto, perceber-se que, para se falar em terceirização na Administração Pública, é necessário, antes de tudo, adotar como parâmetro as totalidades das funções do Estado a fim de definir quais são as suas atividades-meio e atividades-fim, para que sejam identificadas quais as possibilidades de serviços terceirizáveis. Ou seja, a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, no âmbito do Direito Administrativo e do Estado, vai além da satisfação dos direitos dos trabalhadores envolvidos no contrato; deve-se discutir, além disso, se a terceirização poderá atingir as atividades que constituem o cerne de sua existência e permanecerem ao amparo de seus princípios regedores. (MEIRELES, Silvia Maria, 2007 apud COSTA, Natalia, 2016, p. 28)

Porém, mesmo em relação às atividades-meio, é preciso analisar a questão com cuidado. À luz da legislação atual, é ilícita a terceirização, quando haja, nos quadros de pessoal do órgão

ou entidade, cargo ou emprego que possa desempenhar a atribuição objeto da contratação. Isso se dá não apenas com base na legislação infraconstitucional, mas por conta da incidência de princípios constitucionais. Isto é: a lógica desse entendimento não é, nem pode ser, alterada por mera modificação em nível infraconstitucional. Não se pode, em suma, ler o inciso II do art. 37 da CF à luz da Lei. Não basta que a atividade objeto de terceirização corresponda a uma atividade-meio, é preciso que, além disso, também não haja previsão de função equivalente no plano de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade (CAVALCANTE FILHO, 2004).

Há vedação à terceirização, quando exista subordinação, pessoalidade ou habitualidade da prestação dos serviços, segundo DI PIETRO (2009) se estiverem presentes esses requisitos, surge o vínculo de emprego, por estar caracterizada a contratação de trabalhador por interposta pessoa.

Em resumo, portanto, a terceirização só é admitida na Administração Pública, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: a) tratar-se de atividade-meio; b) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e c) inexistentes a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação direta.

3- A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

A noção de responsabilidade implica a ideia de *resposta*, termo em que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, *replicar* (TELLES, 1995 apud CARVALHO FILHO, 2015).

Quando o Direito trata da responsabilidade induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.

Segundo CARVALHO FILHO (2015) esses dois pontos, o fato e a imputabilidade de alguém, constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.

Ainda conforme o autor acima, no que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, o fato ilícito é que gera a responsabilidade, porém, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador de responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.

O caso em comento trata-se de contratos de serviços regidos pela Lei nº 8666/1993, a qual estabelece obrigações ao contratado e ao contratante, acarretando responsabilidades a ambas as partes.

Importante frisar que obrigação é o dever jurídico originário ou primário. É a conduta que a ordem jurídica impõe em primeiro plano, por isso que existe a obrigação em nível jurídico primário ou originário que, uma vez violada, dá ensejo a um dever jurídico derivado ou secundário, que é a responsabilidade (VICENTE, 2013).

Os contratos administrativos, conforme já mencionado em capítulo anterior, são orientados pela Lei nº 8666/1993 e subsidiariamente pelas normas aplicáveis do Código Civil.

Dessa forma, à luz da Lei 8666/93, dentre outros, as obrigações decorrentes da execução dos contratos estão dispostas nos artigos 66 a 76 deste diploma legal. Para o deslinde deste trabalho, achamos importante destacar:

O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, construir ou substituir, às suas expensas, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados (art. 69 da Lei nº 8666/93).

Também o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato (art. 70 da Lei nº 8666/93).

Ainda, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71 da Lei nº 8666/93), os quais trataremos com maior ênfase no próximo capítulo.

Ademais, ao contratante cabe o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 67 da Lei nº 8666/93).

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

Não obstante, salienta-se que, segundo CAVALIERI FILHO (2012), a responsabilidade civil subdivide-se em, basicamente, duas espécies, a saber: extracontratual, também chamada de aquiliana, e responsabilidade civil contratual, conforme a fonte dela seja, respectivamente, a lei ou o contrato. Se a fonte da responsabilidade for a lei, ela será extracontratual, se for o contrato, será contratual.

E suma, tanto na responsabilidade contratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever

jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto em contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (CAVALIERE FILHO, Sérgio.2012, P.17).

Ainda, segundo VICENTE (2013) responsabilidade extracontratual pode ser objetiva ou subjetiva, conforme haja ou não necessidade da prova da culpa ou dolo. Se a prova da culpa ou do dolo for imprescindível, a responsabilidade será subjetiva. De outro lado, se a prova for dispensável, a responsabilidade será objetiva. A responsabilidade contratual é subdividida em obrigação de fazer e obrigação de dar, conforme for o objeto do contrato.

Todavia, em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual são também aplicadas à responsabilidade extracontratual (CAVALIERE FILHO, 2012).

Temos que observar que o presente trabalho versa sobre a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes da execução do contrato administrativo em caso de inadimplência do contratado, dessa forma, importante destacar que aqui há a relação Administração Pública e empresa prestadora de serviços, e empresa prestadora de serviços e trabalhador. Ademais, trata-se da hipótese de inadimplemento contratual. E, ainda, de verbas trabalhistas devidas.

Assim, a terceirização na Administração Pública Direta e Indireta se perfaz por intermédio de um contrato administrativo de fornecimento de mão de obra, sob a designação de prestação de serviços técnicos especializados, regulamentada pela Lei nº 8666/1993.

Quanto a responsabilidade da empresa contratada, não resta dúvida, estando ela vinculada aos contratos e às leis de regência. No caso do contrato firmado entre a terceirizada e a Administração Pública, a responsabilidade contratual da empresa contratada é aquela decorrente do próprio contrato administrativo celebrado com o contratante e das normas cogentes que regulamenta tal contrato.

No entanto, a responsabilidade civil do Estado tem princípios próprios e compatíveis com a sua posição jurídica. O princípio da responsabilidade civil do Estado é próprio, e possui uma fisionomia própria mais extensa que a responsabilidade aplicável ao direito privado. Essas

regras mais rigorosas para o Estado são compatíveis com a singularidade da sua posição jurídica, considerando que os administrados não têm como escapar ou minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado; ele é quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade (VICENTE, 2013).

Esse dever de responder caracteriza a responsabilidade extracontratual, que decorre de uma obrigação imposta ao Estado de reparar eventuais danos causados por atos praticados por seus agentes, no exercício de suas atribuições.

A responsabilidade é inerente ao Estado de Direito. É também consequência necessária, devido à crescente presença do Estado nas relações sociais, interferindo cada vez mais nas relações individuais. Ela está em contínua evolução e adaptação (CARVALHO FILHO, 2015).

Contudo, os doutrinadores não são unânimes ao definir com precisão qual a responsabilidade mais correta para ser aplicada ao Estado na seara trabalhista. Diante disso, analisaremos posteriormente as questões suscitadas com relação à responsabilização do Estado pelos encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada.

Assim, após essas breves considerações, passaremos a seguir ao estudo da responsabilidade civil do Estado.

4 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade do Estado é também chamada de responsabilidade da Administração Pública. DI PIETRO (2009) critica esta última expressão, já que a Administração Pública não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. A expressão, todavia, passou a ser usual para indicar não só a responsabilidade do Estado propriamente dita (pessoa jurídica de direito público), mas também da Administração Indireta. Isto porque a Constituição de 1998 estendeu aos prestadores de serviços públicos (pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta) responsabilidade objetiva tal qual a do Estado. A designação, portanto, não tem um sentido técnico, apenas prático. Quem responde é sempre a pessoa jurídica pública ou privada que integra a Administração Pública (CAVALIERE FILHO, 2012).

Primeiramente, coadunando com o estudo em comento, necessário se faz apresentar conceitos jurídicos que são de extrema importância para melhor abordagem do tema desta pesquisa e são imprescindíveis instrumentos para consolidar um posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca da responsabilidade estatal dentro da problemática deste trabalho.

Nesse contexto, preceitua MELLO (2011) que a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado deve ser entendida como a obrigação de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Ademais, torna-se importante ressaltar a diferença entre responsabilidade primária e subsidiária. Sobre a responsabilidade primária:

A responsabilidade é primária quando atribuída diretamente à pessoa física ou pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Será subsidiária a responsabilidade quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado. Em consequência, a responsabilidade do Estado será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes (CARVALHO FILHO, 2012, p. 520).

Sobre a responsabilidade subsidiária, CARVALHO FILHO (2012) acrescenta que estão vinculadas ao Estado as pessoas de sua Administração Indireta, as pessoas prestadoras de

serviços públicos por delegação negocial (concessionários e permissionários de serviços públicos) e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos, onde a responsabilidade primária deve ser atribuída à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano e subsidiariamente do Estado quando o responsável primário não tiver condições de cumprir a sua obrigação .

Outro ponto importante é acerca da responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado. A responsabilidade subjetiva traz como conceito o dever estatal de indenizar particulares por prejuízos decorrentes da prestação de serviços públicos, sendo necessário demonstrar que o agente público atuou com intenção de lesar (dolo), com culpa, erro, falta do agente, falha, atraso, negligência, imprudência e imperícia (MAZZA, 2012). Já a responsabilidade objetiva do Estado, tem como característica, a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou serviço, desconsiderando o fator culpa como pressuposto da responsabilidade objetiva. Para configurar essa responsabilidade, basta a existência de três pressupostos: ocorrência do fato administrativo, dano e nexos causal (CARVALHO FILHO, 2012).

Assim, após os conceitos acima apresentados, passaremos a análise de como a doutrina e a jurisprudência têm entendido ao longo do tempo a responsabilidade do Estado.

Na irresponsabilidade do Estado absolutista, sabidamente conhecida pelas expressões “the king can do no wrong”, “quod principi placuit habet legis vigorem”, “le roi ne peut mal faire”, em que o monarca detinha todas as funções públicas, a responsabilização pecuniária do Estado aparecia como uma ameaça ao crescimento estatal.

É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres, não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos. (BOBBIO, Norberto. 1991, p. 61).

Com a complexidade da teórica distinção entre os atos estatais nascidos no exercício do poder de império e os decorrentes dos poderes de gestão para limitar a responsabilização do Estado aos danos decorrentes dos atos de gestão, ganhou espaço a teoria civilista da

responsabilidade estatal subjetiva, baseada na culpa, evoluindo, com o conhecido caso Blanco (1873), para a publicização do dever de indenizar – aplicação da teoria da culpa administrativa ou “faute du servisse” ou ainda culpa anônima.

O prejudicado não mais necessita demonstrar a culpa da autoridade ou do agente público, focando a instrução probatória na demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou de que foi prestado de forma malfeita ou com atraso quando deveria funcionar a tempo. Novo salto se tem com a teoria do risco administrativo: enquanto pessoa jurídica de direito público, titular de direitos e deveres, o Estado se curva ao direito e acata a responsabilidade decorrente de sua conduta e interferência na vida dos seus cidadãos.

Dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, - a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari (CAVALIERE FILHO, Sérgio. 2012, p. 255).

Da mesma forma, a justiça comutativa, em face da igualdade dos indivíduos, impõe a repartição dos encargos públicos entre todos os que auferem os benefícios:

A responsabilidade da Administração pelos danos da obra pública ao particular surge do só fato lesivo da construção, sem necessidade de se comprovar a culpa do Poder Público ou de agentes e auxiliares, bastando que o lesado demonstre o nexo causal entre a obra e o dano suportado. Essa orientação assenta na justiça comutativa, que ordena se repartam os ônus entre todos aqueles que auferem os benefícios da Administração. Se a obra pública é realizada no interesse da coletividade, justo e jurídico é que a própria coletividade, através do erário público, repare o dano individual causado pela construção. É o princípio da ‘repartição dos encargos públicos, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas’ que CAIO TÁCITO assinala dentre as tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. Até mesmo nas obras públicas executadas por particulares prevalece a regra constitucional da responsabilidade objetiva e absoluta da Administração, porque ainda aqui o dano provém de uma atividade administrativa ordenada pelo Poder Público, no interesse da comunidade. Para fins de responsabilização civil, considera-se agente ou auxiliar do Poder Público, equiparável aos funcionários, todo aquele que exerça uma atividade da Administração. Nesta situação, encontram-se os construtores particulares de obra pública, aos quais entidades administrativas confiam suas construções, impondo-lhes as condições técnicas de execução dos trabalhos e demais requisitos de interesse da Administração (MEIRELES, Hely Lopes. 2000, p. 17).

Adotada pela Constituição da República, em seu art. 37, § 6º 43, a teoria do risco administrativo impõe a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de culpa ou procedimento contrário ao ordenamento jurídico, pelos danos decorrentes da atividade administrativa.

Considerando que a atividade estatal é exercida em prol do bem comum, razoável que a responsabilização atinente a eventuais danos daí decorrentes seja suportada por toda a sociedade. A identificação da culpa do agente público é necessária apenas para responsabilizá-lo pessoalmente em ação de regresso manejada pelo ente público.

Apesar de não haver, nessa teoria, responsabilização absoluta do Estado, sendo viável a arguição de excludentes de responsabilidade, como é o caso da culpa exclusiva da vítima, força maior, ato ou fato de terceiro, a licitude da conduta administrativa é irrelevante, pois o foco está no prejuízo sofrido pelo particular em razão da atuação do Estado em prol dos interesses da coletividade.

A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 3.3.1992).

Oportuna a transcrição de parte do voto lançado, naquela oportunidade, pelo Relator, Ministro CARLOS VELLOSO, em que adotada tese de que a responsabilidade do Poder Público, baseada na teoria do risco administrativo, não exige sequer a ilicitude da ação administrativa causadora do dano a ser indenizado:

Em trabalho doutrinário que escrevi sobre o Tema ("Responsabilidade Civil do Estado", Rev. de Informação Legislativa, 96/233), lembrei que a teoria do risco administrativo fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público. É que, segundo a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA FERREIRA, com apoio em AMARO CAVALCANTI PEDRO LESSA, AGUIAR DIAS, OROZIMBO NONATO e MAZEAUD et

MAZEAUD, positivado o dano, "o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as consequências do dano. Se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como consequência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva consequência conduz à imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo, e, pois, em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de Dir. Civil", Forense, 1961, 1/466, no. 116). GEORGE VEDEL leciona que o dano causada pela Administração ao particular "é uma espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via do imposto, cabe aos contribuintes." (G. VEDEL e P. DELVOLLE, "Droit Administratif", Presses Universitaires de France, 94 ed., 1984, ps. 448-449). Para L. DUGUIT, a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se, da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não exista culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado é, de um certo modo, assegurador daquilo que se denomina, frequentemente, de risco social, ou o risco resultante da atividade social traduzida pela intervenção do Estado (L. DUGUIT, "Las Transformaciones del Derecho Publico", Madri, 24, ed., ps 306 e ss.). Na linha das opiniões acima indicadas, as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("Elementos de Direito Administrativo", Ed. Rev. dos Tribs., 1980, ps. 252-253), YUSSEF SAID CAHALI ("Responsabilidade Civil do Estado", Ed. Rev. dos Tribs., 1982) e WEIDA ZANCANER BRUNINI ("Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública", Ed. Rev. dos Tribs., 1981). Pode-se afirmar, em síntese, que a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade do Estado, ocorre, em síntese, vale repetir, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. Ora, o acórdão recorrido deixa expresso que os requisitos acima indicados estão presentes, no caso. Todavia, negou a reparação do dano, assentando o entendimento sobre os fundamentos sintetizados à fl. 280, já transcritos neste voto e que são os seguintes: a) o prejuízo não decorreu de ato ilícito. O argumento, entretanto, não tem procedência. É que a responsabilidade objetiva do poder público, com base na teoria do risco administrativo, não exige que a ação administrativa causadora do dano seja ilícita. (...) Argumenta, ainda, o acórdão, que c) tendo o prejuízo "decorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e insito ao tipo de conglomerado humano constituído no grande centro." O raciocínio esboroa-se, entretanto, "data venha", frente às lições transcritas. Vale invocar PEDRO LESSA: "desde que um particular sofre um prejuízo, em consequência do funcionamento (regular ou irregular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida. Aí temos um corolário lógico do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais" (PEDRO LESSA, "Do Poder Judiciário", ps. 163 e 165). (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 3.3.1992).

MELLO (2010), ao enfrentar o fundamento da responsabilidade estatal, sustenta que o dever de reparar o dano decorrente de comportamentos administrativos ilícitos, comissivos ou omissivos, seria contrapartida da violação da legalidade e que, no tocante aos danos nascidos de condutas lícitas da Administração, o suporte da responsabilidade estatal residiria na ideia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, a evitar que alguns sejam mais prejudicados que outros, considerado o exercício de atividade desempenhada no interesse de todos.

De outro lado, FREITAS (2014), alerta que tanto as ações quanto as omissões do Estado causam danos juridicamente injustos, a ensejar medidas inibitórias:

É vital evitar as arbitrariedades por ação e por omissão. Ambas desrespeitam prioridades constitucionais e causam (não apenas oferecem condições favoráveis, mas causam) danos juridicamente injustos. Em face disso, seria antijurídico deixar de coibir tanto a prática abusiva como a escassa, preferencialmente no nascedouro. Força, nessa medida, desenvolver efetiva tutela inibitória do abuso de poder e da ilícita omissão do Estado-Administração. (FREITAS, Juarez. 2014, p. 88).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem aplicado a responsabilização objetiva do Estado tanto para danos decorrentes de condutas comissivas quanto omissivas, consoante emerge dos seguintes precedentes.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 23, 37 A 47 E 53 DA LEI 12.663/2012 (LEI GERAL DA COPA). EVENTOS DA COPA DAS CONFEDERAÇÕES FIFA 2013 E DA COPA DO MUNDO FIFA 2014. ASSUNÇÃO PELA UNIÃO, COM SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS, DOS EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A FIFA POR DANOS EM INCIDENTES OU ACIDENTES DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 37, § 6º, DA CF, PELA SUPOSTA ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE PRÊMIO EM DINHEIRO E DE AUXÍLIO ESPECIAL MENSAL AOS JOGADORES CAMPEÕES DAS COPAS DO MUNDO FIFA DE 1958, 1962 E 1970. ARTS. 5º, CAPUT, 19, III, E 195, § 5º, TODOS DA CF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL. ALEGAÇÕES REJEITADAS. ISENÇÃO CONCEDIDA À FIFA E A SEUS REPRESENTANTES DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS DEVIDAS AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. ART. 150, II, DA CF. AFRONTA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. II – Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014. III – Mostra-se plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular – em premiar materialmente a incalculável visibilidade internacional positiva proporcionada por um grupo específico e restrito de atletas, bem como em evitar, mediante a instituição de pensão especial, que a extrema penúria material enfrentada por alguns deles ou por suas famílias ponha em xeque o profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras que disputaram as Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, as quais representam, ainda hoje, uma das expressões mais relevantes, conspícuas e populares da identidade nacional. IV – O auxílio especial mensal instituído pela Lei 12.663/2012, por não se tratar de benefício previdenciário, mas, sim, de benesse assistencial criada por legislação especial para atender demanda de projeção social vinculada a acontecimento extraordinário de repercussão nacional, não pressupõe, à luz do disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, a existência de contribuição ou a indicação de fonte de custeio total. V – É constitucional a isenção fiscal relativa a pagamento de custas judiciais, concedida por Estado soberano que, mediante política pública formulada pelo respectivo governo, buscou garantir a realização, em seu território, de eventos da maior expressão, quer nacional, quer internacional. Legitimidade dos estímulos destinados a atrair o principal e indispensável parceiro envolvido,

qual seja, a FIFA, de modo a alcançar os benefícios econômicos e sociais pretendidos. VI – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 4976/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PROFESSORA. TIRO DE ARMA DE FOGO DESFERIDO POR ALUNO. OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA EM LOCAL DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ABRANGÊNCIA DE ATOS OMISSIVOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (ARE 663647 AgR/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 06.3.2012).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido” (ARE 754778 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 19.12.2013).

“Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º, da CB. Latrocínio cometido por foragido. Nexos de causalidade configurado. Precedente. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no art. 37, § 6º, da CB.” (RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 15.8.2008.)

“Servidor público. Direito à restituição de contribuições. Fundo de pensão facultativo extinto unilateralmente pela administração pública. (...) O dano suportado pelos servidores, derivado do rompimento unilateral pela administração do plano de pensão, consubstancia direito à indenização, na forma do § 6º do art. 37 da CF. Com o que se faz imperioso o reconhecimento da situação jurídica subjetiva dos recorrentes ante o Poder Público, sob pena de se cancelar o enriquecimento estatal sem causa.” (RE 486.825, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 06.02.2012).

“Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. (...) A estabilidade econômicofinanceira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos. Instituição de nova moeda (Cruzado) e implementação, pelo poder público, dos planos de combate à inflação denominados ‘Plano Funaro’ ou ‘Plano Cruzado’, que congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores prevalecentes em 27-2-1986 (art. 5º do Decreto 91.149, de 15-3-1985). Comprovação nos autos de que os reajustes efetivados, no período do controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela concessionária. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo. Dano e nexo de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição” (RE 571.969, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, Dje de 18.9.2014).

"Constitucional. Administrativo. Acidente de trânsito. Agente e vítima: servidores públicos. Responsabilidade objetiva do Estado: CF, art. 37, § 6º. O entendimento do STF é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo ‘terceiro’ contido no § 6º do art. 37 da CF, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não" (AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 28.10.2005).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS CAUSADOS AOS PRÓPRIOS AGENTES PÚBLICOS. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que excluir da responsabilidade do Estado os danos causados aos próprios agentes públicos acabaria por esvaziar o preceito do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, estabelecendo distinção nele não contemplada. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 435.444-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE de 9.6.2014).

Em princípio, então, poder-se-ia se afirmar, em tese, na linha da jurisprudência da Corte, a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos ocasionados aos terceirizados em razão da violação de direitos trabalhistas, viabilizada pelo descumprimento do dever legal de fiscalização do contrato de prestação de serviços desempenhados em proveito da própria Administração Pública.

Não foi esse, entretanto, o entendimento firmado pela Suprema Corte na ADC 16, em que foi aventada a possibilidade da responsabilização extracontratual subjetiva, por ato omissivo da Administração Pública no tocante às obrigações que lhe são impostas por lei.

Segundo O Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello aos danos decorrentes da omissão estatal se aplica a responsabilidade subjetiva, à compreensão de que a inação do Estado não deu causa ao dano, apenas oportunizou sua ocorrência.

A fim de compreendermos melhor o percurso para o entendimento acima suscitado, abordaremos no próximo capítulo as nuances da responsabilidade pelos encargos da execução do contrato administrativo, e, após, a trajetória dos entendimentos dos tribunais superiores acerca do tema.

5 - A RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

5.1– Os encargos decorrentes da execução do contrato administrativo

Conforme transcrição do texto legal, os encargos decorrentes pela execução do contrato administrativo oriundo de licitação pública são: trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
(BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, em regra, o Estado não tem responsabilidade pelo seu pagamento, mesmo que diante de inadimplemento por parte do contratado. É o que determina o artigo 71, § 1º, da Lei 8666/1993.

Art.71. (...)

§ 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.

(BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Assim, quanto aos encargos fiscais, trabalhistas e comerciais o §1º do art. 71 afirma, sem estabelecer exceção alguma, que a Administração Pública não responde, nem solidariamente nem subsidiariamente, por estes encargos que a empresa por ela contratada deixe de adimplir.

Já em relação aos encargos previdenciários, previu-se, como regra, a responsabilidade solidária do Estado pelo seu pagamento. Ou seja, tanto o contratado como a Administração são responsáveis por esses encargos em condições de igualdade.

Art. 71 (...)

§ 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.

(BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Na responsabilidade solidária a dívida é de responsabilidade de um ou mais sujeitos, só se tornando efetiva a responsabilidade de terceiro no caso de inadimplemento do devedor principal.

No entanto, especificamente em relação aos encargos trabalhistas, sempre houve controvérsia. Pois, apesar do preceito peremptório vazado na Lei 8.666/1993, a Justiça do Trabalho, durante muito tempo, em inúmeras decisões, atribuía à Administração Pública, de forma automática, responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos empregados das empresas por ela contratadas. Isto é, se a empresa contratada pela Administração Pública deixasse de pagar as verbas trabalhistas devidas aos seus empregados, a Administração Pública era, automaticamente, obrigada a saldá-las.

Assim, sendo a controvérsia suscitada acima objeto deste trabalho, iremos nos ater a partir de agora somente aos encargos trabalhistas.

5.2– A responsabilidade do contratado pelos encargos trabalhistas

A responsabilidade do contratado pelos encargos trabalhistas está prevista no caput do artigo 71 da Lei de Licitações: “*O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato*”.

Esta disposição legal denota a responsabilidade direta do contratado por todos os encargos decorrentes da execução do contrato administrativo em licitações públicas. Ele será sempre responsabilizado por esses encargos, ainda que a Administração venha a responder de forma subsidiária no caso concreto, consoante entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.

5.3– A responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas

A responsabilidade do Estado, como regra geral, é aquela prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal que diz que 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. Diz a 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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 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. (grifei)

(BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988).

Segundo VICENTE (2013) essa responsabilidade objetiva da administração só se aplicaria ao caso em questão na hipótese de o dano ser causado só pelo fato da obra, na modalidade risco administrativo, independentemente de quem esteja executando a obra, pois decorre da própria natureza da obra.

De outra banda, a responsabilidade do administrado pela execução do contrato administrativo decorrente de licitação é aquela prevista nos artigos 69 e 70 da Lei 8666/1993, que assim dispõem:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art.70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

(BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Para essa hipótese de responsabilidade, o § 1º, do art. 70 da Lei de Licitações foi categórico ao afirmar que, ainda que diante da inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não haverá transferência para a Administração da responsabilidade pelo respectivo pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações.

A regra que busca evidenciar refere-se a irresponsabilidade do Estado diante do inadimplemento do contratado pelo pagamento dos encargos trabalhistas pelo contrato. Diz a Lei 8666/93:

Portanto, a responsabilidade objetiva do Estado não guarda relação com estudo em comento, mais relacionado à responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos sociais decorrentes do dever de fiscalização na execução de contrato administrativo.

Assevera-se que a noção de responsabilidade do Estado pelos débitos trabalhistas oriundos da terceirização possui como fundamento a ideia de que o Estado, ao exercer as atividades que lhe incumbem por lei, fica na posição de potencial causador de danos a terceiros. O ato de responsabilizar o Estado pelas adversidades sempre foi uma consequência natural da sua própria condição de garantidor dos direitos de toda a sociedade (LIMA, 2015).

Durante muito tempo, houve uma grande divergência entre os doutrinadores em relação à responsabilidade da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pelas verbas trabalhistas reivindicadas pelo empregado e não pagas pela empresa prestadora.

A antiga redação da Súmula 331 do TST, em seu inciso IV, estabelecia que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implicava na responsabilidade subsidiária do tomador de 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 houvesse participado também do título executivo judicial (DOS SANTOS, 2010).

Contudo, ainda segundo o autor acima, defendendo a supremacia do interesse público frente ao interesse privado e do princípio da legalidade, uma segunda corrente, trilhando sentido oposto, entendia que a Administração não podia ser responsabilizada, devendo o empregado demandar, tão somente, contra a empresa com a qual tinha o vínculo laboral, já que o Estado não estava prestando serviço público propriamente dito, mas sim atuando, simplesmente, como tomador de serviços.

Ademais, refutava-se o entendimento do TST, que responsabilizava o Poder Público com base na teoria do risco integral, tendo em vista que não se possibilitava que a Administração demonstrasse que agiu sem culpa. Defendia-se que a Carta Magna havia adotado a teoria do risco administrativo, e que, no caso da terceirização, essa responsabilidade seria por ato omissivo, necessitando-se, portanto, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, analisar a existência do elemento subjetivo.

Esse posicionamento também levava em consideração o texto do artigo 71, *caput* e §1º da Lei Federal 8.666/1993.

Diante deste cenário jurídico, com o objetivo de dirimir essa controvérsia e afastar a incerteza criada na Justiça brasileira, o ex-governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, em 5 de março de 2007, ingressou com uma ação declaratória de constitucionalidade, a ADC nº 16, perante o Supremo Tribunal Federal, pugnando pelo reconhecimento da constitucionalidade do supracitado artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, e, conseqüentemente, pela não adoção da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por meio da Procuradoria Geral do Distrito Federal, Roberto Arruda, ao defender a aplicação da Lei de Licitações, na mencionada ADC nº 16 (2008, p. 352), foi enfático ao explicar que:

A norma objeto da presente ação declaratória de constitucionalidade, a despeito de sua constitucionalidade evidente e manifesta, tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no art. 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração direta quanto a indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado [...]. (ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 24.11.2010)

Em 24 de novembro de 2010, a Suprema Corte pôs fim a esta celeuma. No mérito, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do dispositivo legal objeto da ADC nº 16, contando a decisão com a seguinte ementa:

Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Conseqüência proibida pelo art. 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 24.11.2010).

Além disso, houve consenso no sentido de que o TST não poderia generalizar os casos de responsabilidade do ente público contratante. Para tanto, deveria ser feita uma investigação

rigorosa para se averiguar se a inadimplência da prestadora de serviços teve como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público tomador.

Por esta razão, a Corte trabalhista, reportando-se à decisão proferida pelo STF, entendeu por bem reformar seu entendimento sobre o assunto. Conforme publicado no sítio do Tribunal Superior do Trabalho em 24/05/2011, os ministros do Tribunal Pleno alteraram a Súmula nº 331, passando o seu inciso IV, por unanimidade, a ter a seguinte redação:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (TST, súmula nº 331, publicada em 24 de maio de 2011).

Ainda, por votação unânime, foi inserido o inciso VI à referida Súmula, nos seguintes termos:

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (TST, súmula nº 331, publicada em 24 de maio de 2011).

No entanto, ainda existiram debates acerca do tema, notadamente em relação a quem compete demonstrar a existência da culpa “*in eligendo*” ou “*in vigilando*” do Poder Público ao celebrar o contrato de terceirização, e em como deve ser feita tal demonstração.

Todavia, em 30 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE 760931), proposto pela União contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do eminente Ministro José Roberto Freire Pimenta, em que havia negado provimento ao agravo de instrumento por ela manejado. A União, em seu Recurso Extraordinário, apontou que foi mantida a responsabilidade subsidiária que lhe fora imputada nas instâncias ordinárias, pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços terceirizados, em flagrante desobediência ao quanto decidido na ADC nº 16 pela Suprema Corte. Asseverou declarada pela Corte trabalhista a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/931, a despeito de já afirmada sua constitucionalidade pelo STF, ao julgamento da referida ADC nº 16, e vedada, por conseguinte, a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição da República. Anotou que apenas eventualmente, quando provada a culpa *in vigilando*, fica autorizada a responsabilização subsidiária, de todo inviável presumi-la, e que inserida no item IV da Súmula 331/TST obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Na decisão recorrida, o TST entendeu que a chamada culpa *in vigilando* estaria evidente com a falta de provas referentes à fiscalização do contrato pela União, decisão que o tribunal considerou estar em consonância com o definido pelo STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. Entretanto, o recurso da Advocacia-Geral ressaltou o posicionamento do Supremo pela constitucionalidade do dispositivo da Lei 8.666/1993 (artigo 71, parágrafo 1º), segundo o qual a contratação de empresas prestadoras de serviços pelo poder público implica na responsabilidade do contratado em honrar com encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. Em razão disso, não pode ser transferida a responsabilidade para a Administração Pública.

O recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC nº 16), que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos¹.

Contudo, analisaremos os entendimentos dos tribunais superiores acerca do tema com maior apreço no capítulo a seguir.

¹ STF, RE 76093/DF, relatora Ministra Rosa Weber, publicado no DJE em 12 de setembro de 2017.

6- ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO À RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRATADO

6.1– A terceirização e os princípios trabalhistas

Não podemos negar que houve uma evolução da Responsabilidade do Estado ao longo dos últimos que, aliados a fenômenos da globalização e ao aumento da demanda social pela prestação de serviços públicos, exigiu-se do Estado uma postura mais gerencial e mais eficiente na implementação de suas políticas públicas (CAVALIERI FILHO, 2012).

Nessa linha de pensamento, também não é aceitável que certos direitos sociais tão fundamentais no desenvolvimento da humanidade e do Estado, como o do trabalho, fique à deriva com a regra trazida pelo artigo 71, § 1º, da Lei 8666/1993 (VICENTE, 2013).

Segundo DOS SANTOS (2010), dentre todos os encargos decorrentes da execução do contrato administrativo previstos no artigo 71 da Lei de Licitações, não há dúvida que os encargos trabalhistas ganharam maior holofote na doutrina e na jurisprudência por se tratarem de direitos fundamentais sociais constitucionalizados pela Carta Magna de 1988.

Destarte, devemos nos lembrar do Decreto-Lei 229 e o Decreto-Lei 200; ambos de fevereiro de 1967. Enquanto o primeiro alterou substancialmente a CLT, dificultando, dentre outras medidas, a celebração de contrato por prazo determinado, o segundo permitiu a terceirização na Administração Pública.

Para corroborar, em 1998, reforçando a intenção do Estado Brasileiro em reduzir a atuação direta na execução de obras ou prestação de alguns serviços públicos, foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 19, que implementou a “Reforma Administrativa”, conferindo à Administração Pública um poder gerencial baseado no princípio da eficiência, na criação dos contratos de gestão e nas metas de desempenho (Constituição Federal, art. 37, §8º).

Assim, com essas premissas, criou-se a terceirização no âmbito público. Transferiu-se ao particular, mediante processo licitatório, a execução de alguns serviços públicos, antes executados ou prestados diretamente pelo Estado (DOS SANTOS, 2010).

Dessa forma, conforme já mencionado em capítulo anterior, surge aí uma relação trienal, o trabalhador, prestador de serviços, que possui vínculo de emprego (relação jurídica trabalhista) com a empresa fornecedora, mas que executa seu trabalho junto a empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata empregados especializados para laborar para as empresas tomadoras, possuindo com estas um contrato interempresário, de natureza civil; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de serviços, mantendo com os empregados da primeira uma relação econômica de trabalho e não jurídica (MATOS, 2015).

Ocorre que no direito do trabalho há um princípio maior, o protetor, que orienta todas as suas normas, conferindo ao trabalhador, diante da sua natureza de inferioridade, um amparo preferencial no contrato de trabalho. O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador (SARAIVA, 2010).

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. (SARAIVA, 2010, p. 37).

Nesse diapasão, é que se deve favorecer a quem se pretende proteger, pois, sendo o Direito do Trabalho, em última análise, um direito social, as normas desse ramo do direito devem ser interpretadas sempre a favor do economicamente mais fraco, que é o empregado, desde que em litígio com o empregador.

O princípio protetor, para PLÁ RODRIGUEZ apud MATOS (2015), é subdividido em três outros princípios, o *in dubio pro operario*, a prevalência da norma favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica. O primeiro, o *in dubio pro operario*, é princípio de interpretação do direito do trabalho, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender, entre as hipóteses interpretativas cabíveis, para a mais benéfica ao trabalhador. O segundo, a prevalência da norma favorável ao trabalhador, é princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação do direito do trabalho no caso concreto quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador. O terceiro, o princípio da condição mais benéfica, tem a função de solucionar o

problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que poderiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação no direito do trabalho do princípio do direito adquirido.

Assim, temos que evidenciar que a trajetória para o entendimento dos tribunais superiores acerca do tema ora por nós estudado neste trabalho também levou em conta esses preceitos importantes do direito do trabalho, o que vem corroborar com a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

6.2– A constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 declarada pelo STF

Como visto anteriormente, é do Contratado a responsabilidade pelo pagamento de todos os encargos decorrentes da execução do contrato administrativo firmado com a Administração Pública. Trata-se de regra expressa dos artigos 69 a 71 da Lei de Licitações.

Mas uma grande controvérsia se criou na jurisprudência e na doutrina trabalhista sobre a exclusão absoluta da Administração pelos encargos decorrentes da execução do contrato, principalmente em relação às verbas trabalhistas, quando há inadimplemento do contratado no seu pagamento. É a regra do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

A discussão durou por muitos anos e ganhou contornos mais protetivos dos direitos trabalhistas no Superior Tribunal do Trabalho, até que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal com a propositura de uma Ação Direta de Constitucionalidade – ADC 16 que decidiu pela constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, que ensejou a alteração da Súmula nº 331 do TST, tema em seguida abordado.

Por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a regra do 71, §1º, da Lei 8.666/93 e consignou de forma sintetizada no Informativo nº 610 de novembro de 2010:

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

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

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

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

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

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

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

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

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos

lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.

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

Esta decisão afetou diretamente o entendimento que vinha sendo aplicado quanto aos direitos trabalhistas no Tribunal Superior do Trabalho. Pela importância do tema, abre-se o próximo tópico para exposição da evolução da jurisprudência trabalhista na nossa Corte Superior do Trabalho.

6.3- A evolução da jurisprudência do TST sobre o §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93

6.3.1– Antes da ADC nº 16

O Tribunal Superior do Trabalho nunca viu com bons olhos a regra do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações que isenta a Administração de qualquer responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas decorrentes da execução de contrato administrativo firmado entre particular e administração. É a uma excludente de responsabilidade do Estado mediante processo de terceirização de mão-de-obra (DA ROCHA, 2015).

Essa terceirização de mão-de-obra, relacionada à concessão de determinada atividade do processo produtivo da empresa a um terceiro – que não está inserido na estrutura empresarial ofende as garantias do sistema trabalhista. DELGADO ensina que:

Para o Direito do Trabalho a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados por uma entidade interveniente. (DELGADO, Maurício Godinho. 2010, p. 414).

De outra banda o direito trabalhista é considerado pela Constituição da República como um direito social fundamental baseado na aplicação e ampliação do princípio da proteção do trabalhador.

Para resguardar essas garantias fundamentais, entregou-se ao Tribunal Superior do Trabalho o dever de proteção ao trabalhador, nele inserido àquele que presta serviço delegado ao particular mediante contrato administrativo decorrente de licitação.

Nessa linha de proteção, este Tribunal sumulou entendimento no item IV do Enunciado 331² para dispor que:

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). (TST, súmula nº 331, publicada em 24 de maio de 2011)

Este Tribunal, sem declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, impôs uma responsabilidade subsidiária automática do Estado pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado. Esse entendimento afastava de forma automática o referido dispositivo legal para o fim de imputar à administração contratante a responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos encargos inadimplidos.

Antes do julgamento da ADC nº 16, vigorava a antiga redação da súmula 331 do TST, que estabelecia a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço público no caso de inobservância dos encargos trabalhistas pela empresa intermediadora de mão de obra.

² Tribunal Superior do Trabalho. Histórico da Súmula 331 disponível no site: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html:

“Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 N° 331 (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Redação original (revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 N° 331 (...) II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). (...) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Esta responsabilidade subsidiária justificava-se, aos olhos do TST, pela hipossuficiência do trabalhador, que não poderia ficar desamparado. Tendo o Estado gozado da prestação dos serviços, nada mais justo que fosse condenado a pagar as verbas trabalhistas caso assim não fizesse a empresa primeiramente responsável. Além disso, o TST entendeu que é responsabilidade do Estado fiscalizar o regular cumprimento das obrigações trabalhistas. Portanto, no caso de não cumpridas, ocorreria culpa *in vigilando*, sendo a Administração Pública responsável por conta da omissão.

Esse entendimento veio com a edição da Resolução n.96, de 11-9-2000 decorrente do Acórdão proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) n. 297751/2000, conforme transcrição abaixo:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista nºTST-IUJ-RR-297.751/96.2, em que é recorrente BANCO DO BRASIL S/A e recorrida MARIA TEREZA LEITE DA SILVA. Na qualidade de Relator do feito, suscitei perante a e. Quarta Turma, nos autos do processo supra, incidente de uniformização jurisprudencial, com fulcro no disposto no artigo 476 do CPC

e no artigo 235 do RITST, tendo em vista a divergência jurisprudencial acerca da aplicabilidade do artigo 71, caput e § 1º da Lei nº 8.666/93 frente ao disposto no inciso IV do Enunciado 331 do TST, bem como que a decisão da Turma se orientava no sentido de afastar a incidência do referido verbete sumular à hipótese dos autos, envolvendo a administração pública indireta, consoante certificado à fl. 200. Os autos foram encaminhados à Comissão de Jurisprudência, a qual, através do parecer de fls. 203/204, da lavra dos eminentes Ministros José Luiz Vasconcellos, Francisco Fausto e Vantuil Abdala, apresentou duas alternativas para a revisão do inciso IV do Enunciado 331 do TST, nos seguintes termos: 1ª Alternativa: "IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.". 2ª Alternativa: "IV - Exceto quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial." A seguir, os autos foram encaminhados à d. Procuradoria Geral do Trabalho, que emitiu parecer no sentido da adoção à segunda alternativa (fls. 219/223). Relatados. V O T O Dispõe o artigo 71 e seu parágrafo primeiro, da Lei nº8.666/93 que: "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 estabelecidos neste artigo, 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 força da norma em exame, a irresponsabilidade da Administração Pública, em decorrência de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte daquele com quem contratou a execução de obra ou serviço, assenta-se no fato de sua atuação adequar-se aos limites e padrões da normatividade disciplinadora da relação contratual. Evidenciado, no entanto, que o descumprimento das obrigações, por parte do contratado, decorreu igualmente de seu comportamento omissivo ou irregular em não fiscalizá-lo, em típica culpa in vigilando, inaceitável que não possa pelo menos responder subsidiariamente pelas conseqüências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro, no caso, o empregado. Realmente, admitir-se o contrário, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame, em detrimento de uma exegese sistemática, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer coresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Aliás, outra não é a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº19/98, que ao dispor, "que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração

pública. Some-se aos fundamentos expostos que o art. 195, § 3º também da Constituição Federal é expresso ao preconizar que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais", o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.883/94, ao dispor que "prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei", providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo. Registre-se, finalmente, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Como ensina Hely Lopes Meirelles, em caso de dano resultante de obra, que, guardada a peculiaridade, mas perfeitamente aplicável à hipótese em exame, porque evidencia a natureza da responsabilidade sem culpa da Administração, "o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro" (Direito Administrativo - 16ª Edição RT. pág. 553 - 1991). Nesse contexto, nos termos da fundamentação acima, concluo pela adoção da primeira alternativa, que preconiza, in verbis: "IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.". ISTO POSTO ACORDAM os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, I- por unanimidade, preliminarmente, reconhecer configurado o dissenso jurisprudencial, nos termos do § 10 do art. 196 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho; II - por unanimidade, alterar o item IV do Enunciado nº 331 de Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que passará a vigorar com a seguinte redação: "IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)". III - determinar o retorno dos autos ao Colegiado de origem para prosseguir no julgamento, aplicando a tese adotada pelo egrégio Tribunal Pleno, após a publicação do acórdão referente a esta decisão. (TST, Uniformização de Jurisprudência (IUJ) n. 297751/2000, de 11 de setembro de 2000).

Assim sendo, o TST entendeu que a Administração Pública deveria arcar com o pagamento dos direitos trabalhistas caso a empresa contratada não o fizesse.

DOS SANTOS fez uma análise desse julgado e concluiu seu pensamento:

Pelo que se depreende do julgado, o art. 71 de Lei de Licitações somente seria aplicado quando o contratado, ou seja, o empregador prestador de serviços agira “dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades”.

Continua o Autor:

(..) outro argumento ventilado expressamente no mesmo julgado é o caso de “comportamento omissivo ou irregular” em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados. Dessa forma, a responsabilidade se originaria do que se denominou culpa in vigilando, por não obrigar o cumprimento das obrigações trabalhistas do empregador.

E conclui:

O último argumento que se evidencia do texto do julgado é referente à responsabilidade objetiva do Estado, que possui correspondência na Constituição brasileira, em seu art. 37, § 6º. Corroborando esse argumento, o texto faz uma alusão ampla do que seria a origem do dano, que poderia ser direta, decorrente de ato da Administração Pública, ou indireta, decorrente de ato de “terceiro que com ela contratou.

(DOS SANTOS, Diogo Palau Flores, 2010, p. 25).

Ainda que polêmico, esse entendimento foi adotado por muitos anos na jurisprudência trabalhista até que o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o assunto na ADC nº 16.

6.3.2- Depois da ADC nº 16

Com o julgamento da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se o entendimento da jurisprudência pela constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações.

Diante disso o Tribunal Superior do Trabalho se viu obrigado a rever sua jurisprudência por determinação do Supremo Tribunal Federal, sem se afastar dos princípios basilares de garantias e de proteção ao trabalhador, conforme decisão abaixo:

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

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

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

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

Em julgados posteriores, o próprio Supremo Tribunal Federal³ fez questão de esclarecer que até pode ser legítimo, diante de um caso concreto, que a justiça do trabalho atribua responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelos encargos trabalhistas que a empresa contratada deva aos seus empregados e não pague, mas terá que ser provada conduta no mínimo culposa (por ação ou omissão) do poder público contratante. Não será uma responsabilidade automática da Administração, como entendia o Tribunal Superior do Trabalho antes da ADC 16.

Mas é importante ressaltar que a vertente social do direito do trabalho trazida pela Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, para além de significar a base produtiva da economia nacional, compreende, igualmente, o meio pelo qual o trabalhador assegura sua existência digna enquanto ser humano, conforme assevera DE PLÁCIDO E SILVA:

Por trabalho (...) entender-se-á todo esforço físico ou mesmo intelectual, na intenção de realizar ou realizar ou fazer qualquer coisa. No sentido econômico

³ STF. Rcl 11.954/RJ, rel. Min. Dias Toffoli de 20/11/2012.

e jurídico, porém, trabalho não é simplesmente tomado nessa acepção física: é toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas para um fim econômico, isto é, para produzir uma riqueza, ou uma utilidade, suscetível de uma avaliação ou apreciação monetária. Assim, qualquer que seja a sua natureza, e qualquer que seja o esforço que o produz, o trabalho se reputa sempre um bem de ordem econômica, juridicamente protegido. (...) No sentido constitucional, o trabalho, além de ser assegurado a todos, a fim de que possibilite uma existência digna ao trabalhador, é uma obrigação social. É, aliás, princípio de ordem socialista. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1963, p. 1575 e 1576).

Segundo GIACOMMUZZI (2002), permitir a aplicação pura e simples do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 é corroborar com irrefragável enriquecimento ilícito das Pessoas Jurídicas de Direito Público, configura franca afronta ao princípio da moralidade insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Para o autor, o conteúdo do princípio da moralidade administrativa não é outro senão o dever conferido à Administração Pública de atuar segundo os padrões impostos pela boa-fé, pela transparência e pela lealdade, de modo a pautar suas relações jurídicas segundo o propósito de não aferir benefícios em prejuízo dos direitos de terceiros, nem frustrar, com isto, expectativas legítimas, vejamos:

Da moralidade insculpida no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair deveres objetivos de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos. Com o perigoso risco das simplificações, mas com o cuidado do alerta, posso dizer que a moralidade administrativa do art. 37 da Constituição Federal de 1988 obriga a um dever de transparência e lealdade por parte da Administração Pública. (GIACOMMUZZI, Jorge Guilherme, 2002. p. 210).

Por essa razão, HARTMUT afirma que o postulado da boa-fé, corolário do princípio da moralidade, exige da Administração Pública uma postura de constante fiscalização das empresas contratadas, não só durante a execução dos respectivos contratos, como também antes de seu estabelecimento. Falhando o Estado nesse desiderato, afigura-se plenamente razoável supor que caberá a si a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aqueles que se encontravam em sua esfera de vigilância. E assegura:

A administração é conformação social. Objeto da Administração é a vivência em comum social; a administração tem de ocupar-se com os assuntos da coletividade e com as pessoas na coletividade. Disso resulta que a administração deve ser orientada pelo interesse público. Os interesses públicos, todavia, não estão estabelecidos de uma vez, mas são submetidos à mudança do tempo e, também, em seu tempo, frequentemente são

controversos. (...) Determinantes são, sobretudo, a constituição e, no seu quadro, a dação de leis. Os interesses públicos podem cobrir-se total ou parcialmente com interesses individuais, mas também se opor a eles. Como a Lei Fundamental declara a dignidade humana como princípio constitucional supremo e garante os direitos fundamentais energicamente (...) devem, também na perseguição dos interesses públicos, também os interesses do indivíduo ser observador (HARTMUT, Maurer, 2006 p. 5-6).

Ainda, segundo DOS SANTOS (2005, p. 103) "*o todo deve ser examinado com o intuito de obter o verdadeiro sentido de cada uma das partes*", de modo que "*não se interpretam as leis por palavras ou frases isoladas, e, sim, confrontando os vários dispositivos e procurando conciliá-los.*"

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16, entendeu que o artigo 71 da Lei 8.666 é constitucional, devendo ser afastada a responsabilidade subsidiária do tomador público. Este entendimento contrariou a súmula 331 do TST, mas a palavra do STF, em sede de ação de constitucionalidade, tem efeito *erga omnes*. Portanto, o TST decidiu por alterar a redação da súmula. Assim, atenta à essas garantias constitucionais, a Corte Superior do Trabalho⁴ revisou a redação do seu enunciado 331 para fazer constar o seguinte entendimento:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993,

⁴ http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331

especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (negritei)

(TST, súmula nº 331, publicada em 24 de maio de 2011)

Com a declaração da constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666, a Administração Pública não mais teria a responsabilidade subsidiária dos encargos trabalhistas pela mera inadimplência do contratado. O TST, então, para não deixar o trabalhador desamparado, entendeu que, caso seja provada a conduta culposa do Estado, a Administração Pública deverá responder, sim, subsidiariamente, pois não haveria mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa, e sim verdadeira culpa estatal (DA ROCHA, 2015).

Dessa forma, a Administração Pública continua respondendo subsidiariamente, porém, apenas quando falhar em seu dever de fiscalização. Não há que se falar em responsabilidade incondicional do Estado nestes casos de terceirização. Caberá ao Reclamante provar a culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, pois os atos administrativos são dotados de presunção de veracidade e legitimidade.

Em que pese seu caráter abstrato, dispõem de força normativa suficientemente hábil a vedar a supressão integral de direitos sociais assegurados aos trabalhadores, bem como a compactuação da Administração Pública com situações desta índole.

Portanto, a nossa Corte Superior do Trabalho reconhece a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas, buscou conformar esta decisão com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho e da moralidade e não afastou por completo a responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas em contrato administrativo, como queria a Lei de Licitações.

No entanto, os debates acerca do tema não findaram, notadamente em relação a quem compete demonstrar a existência da culpa “*in vigilando*” do Poder Público ao celebrar o contrato de terceirização, e em como deve ser feita tal demonstração.

O Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a chamada culpa *in vigilando* estaria evidente com a falta de provas referentes à fiscalização do contrato pela Administração Pública,

decisão que o tribunal considerou estar em consonância com o definido pelo STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16⁵.

Apesar de reconhecer a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a Justiça do Trabalho costumava generalizar suas decisões no sentido da culpa da Administração, sem a efetiva análise do caso concreto, o que, na prática, equivalia à responsabilização solidária – e não subsidiária – do Poder Público (BARCELOS, 2017).

Porém, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, no RE 760.931/DF, confirmando o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC nº 16), que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

6.4- Aplicação concreta do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 nos tribunais

A fim de fazermos uma análise acerca da aplicação concreta do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 após a ADC nº 16, escolhemos três julgados emblemáticos com grande repercussão e efeitos.

Em 2013 o Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi instado a se manifestar sobre a irresponsabilidade do Distrito Federal pelo pagamento das verbas trabalhistas de rodoviários no julgamento das Ações de Inconstitucionalidades de nºs 2013.00.2.027529-2 e 2013.00.2.027406-4.

O Conselho Especial do TJDFT deferiu, no dia 17 de dezembro de 2013, o pedido de liminar interposto pela OAB-DF e pelo Ministério Público local para suspender a aplicação dos §§ 4º e 7º do art. 12, o art. 52, inciso VI, e o art. 61, inciso IV, da Lei n. 4.011/07, com a redação dada pela Lei Distrital n. 5.209/13, e o art. 2º da Lei n. 5.209/13.

O objeto dessas ações constitucionais é a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.209/2013, a qual, alterando a Lei nº 4.011/2007, empreendeu considerável mudança no serviço de transporte público coletivo no Distrito Federal, ao dispor, em suma, que o DF deve pagar as verbas rescisórias diretamente aos empregados contratados pelas empresas que não

⁵ STF, RE 76093/DF, relatora Ministra Rosa Weber, publicado no DJE em 12 de setembro de 2017.

mais operação no STPC/DF, sub-rogando-se no direito de crédito. Assim decidiu a Corte Distrital⁶:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 4.011/2007 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 5.209/2013. OFENSA À LODF. DISTRITO FEDERAL. ASSUNÇÃO DE ENCARGOS TRABALHISTAS.

I - O § 4º do art. 12 da Lei 4.011/2007, com a redação dada pela Lei 5.209/2013, que atribuiu dever jurídico ao Distrito Federal de pagar encargos trabalhistas pertinentes aos contratos entre empresa prestadoras de serviços públicos e seus empregados ofende os arts. 19, 20, 341 e 151, incs. I e II, todos da LODF.

II - Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, foi deferida medida cautelar parcial para suspensão da vigência dos arts. 12, § 4º e § 7º; 52, inc. VI, letras "a", "b" e "c"; 61, inc. IV, todos da Lei 4.011/2007 com a redação dada pela Lei 5.209/2013 e art. 2º da Lei 5.209/2013, até o julgamento do mérito.

III - ADI admitida e deferida cautelar parcial com efeitos *ex tunc*.

Nas razões de decidir a Desembargadora Relatora, Dra. Vera Andrighi, consignou no seu voto, *in verbis*:

Sobre a responsabilidade exclusiva das empresas concessionárias, o Governador do Distrito Federal, em 2008, ajuizou perante o e. STF, ação direta de constitucionalidade (ADC nº 16) com o objetivo de ver declarada a vigência do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 e por consequência suspensos os efeitos do inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST. O fundamento daquela ação era a negativa de vigência ao comando normativo do § 1º do art. 71 gerada pela aplicação do referido Enunciado.

Resultou desse julgamento, em resumo que não expressa a grandeza do julgamento feito pelo e. STF, a conclusão de que o conteúdo normativo do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 está adequado à CF, art. 37, § 6º, e, que a responsabilidade contratual se restringe às empresas permissionárias ou concessionárias e seus contratados.

Assentou ainda, o importante julgado, no interesse do Governo do Distrito Federal à época do ajuizamento, que eventual falha no dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento de contrato administrativo, no âmbito dos encargos trabalhistas assumidos pelas empresas prestadoras de serviço público, não implica automática responsabilidade solidária ou “responsabilidade supletiva” no dizer do e. Min. Marco Aurélio (acórdão da ADC16/2008, fl.51).

Segundo esse controle de constitucionalidade feito pelo e. STF aliado a vetustos princípios do direito contratual, as prestações nascidas de contrato não obrigam diretamente pessoas que não foram partes no negócio, salvo em hipóteses legais sempre restritas. Evidentemente, não há participação do GDF nos contratos de trabalho firmados entre as empresas que não venceram as novas licitações e seus empregados, portanto, a LODF não autoriza a assunção dos encargos trabalhistas, como fez a Lei impugnada.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, Acórdão n.747599, 20130020275292ADI, Relatora: VERA ANDRIGHI, Conselho Especial, Data de Julgamento: 17/12/2013, Publicado no DJE: 07/01/2014. Pág.: 95.

O Enunciado nº 331, inc. IV, do Tribunal Superior do Trabalho, antes do julgamento da ADC 16/2008 pelo e. STF, tinha a seguinte redação:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quando 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

O Enunciado nº 331 depois da ADC 16/2008, recebeu mais dois incs. V e VI, e o inc. IV passou a ter a seguinte redação:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte dos empregados, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666 de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legas da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviço abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Por fim, a assunção dos encargos trabalhistas na forma da Lei impugnada contraria ainda o disposto no art. 151, incs. I e II, da LODE, o qual dispõe, in verbis:

Art. 151. São vedados:

I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam aos créditos orçamentários ou adicionais;

Esses fundamentos são suficientes para demonstrarem a presença dos requisitos de deferimento da medida cautelar, não obstante constarem outros nas petições iniciais.

Isso posto, defiro parcialmente a medida cautelar para suspender, ex nunc, os efeitos dos seguintes dispositivos: art. 12, § 4º e § 7º; art. 52, inc. VI, letras “a”, “b” e “c”, art. 61, inc. IV, todos da Lei 4.011/2007 com a redação dada pela Lei 5.209/2013 e art. 2º da Lei 5.209/2013, até o julgamento do mérito”.

Por outro lado, outra decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho⁷, de relatoria da então Ministra Rosa Weber, firmou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em caso que envolve a Petrobrás, vejamos seus principais fundamentos abaixo:

V O T O

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo à análise do mérito dos embargos de declaração. Nos declaratórios, a primeira reclamada reputa omissa o julgado, no tocante “à incidência da norma prevista no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e à súmula 331 do TST, considerada a recente interpretação vinculante conferida pelo STF ao dispositivo legal”.

Alega necessária, tendo em vista o entendimento do Supremo, “fundamentação mais densa do TST para justificar a aplicação da súmula 331. Não se permite mais, nessa linha, presumir a falha na fiscalização do órgão contratante (a chamada culpa in vigilando) pelo simples fato de a pessoa jurídica contratada se tornar inadimplente para arcar com as verbas trabalhistas do empregado”. Defende que, não demonstrado pelo TRT “uma evidente culpa do contratante na fiscalização do contrato de serviços, isenta estará esta empresa contratante da responsabilidade por eventual inadimplemento da contratada das verbas trabalhistas”. Requer o alinhamento da decisão embargada ao novo juízo da Suprema Corte, afastando a aplicação da Súmula 331/TST, para isentá-la da responsabilidade. Assevera necessária a oposição dos presentes declaratórios para fins de prequestionamento, sob pena de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

De início, consta do decisum embargado, a exposição dos motivos que respaldaram o não conhecimento do recurso no que tange à responsabilidade da Petrobras.

Contudo, a fim de complementar os fundamentos do acórdão, notadamente no que trata da ADC 16/DF e da conduta culposa da reclamada, teço as seguintes considerações.

Provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, diante das alegações de que o entendimento firmado por esta Corte Superior afastaria a sua incidência, ainda que não o declarando expressamente, o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 24.11.2010, ao julgamento da ADC 16/DF (Relator Ministro Cezar Peluso) declarou, em votação majoritária, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual “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.”

Nessa linha, ao exame da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando ente integrante da Administração Pública direta ou indireta, por débitos trabalhistas decorrentes da execução do contrato administrativo do empregador, reconheceu a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, afastado o art. 37, § 6º, da Carta Política, cujo objeto estaria circunscrito às hipóteses de responsabilidade objetiva extracontratual da Administração pelos danos causados nessa qualidade, por

⁷ TST, Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-ED-AIRR-9036-68.2010.5.01.0000, em que é Embargante PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS e são Embargados PETROMETAL ENGENHARIA LTDA. e RODRIGO CORDEIRO, 3ª TURMA, Rel. Ministra Rosa Weber, publicado em 15/06/2011.

seus agentes a terceiros, não comportando exegese extensível às hipóteses de responsabilidade contratual.

É, pois, no quadrante da estrita consonância do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com os ditames da Lei Maior da República, confirmada pelo Pretório Excelso, que a controvérsia relativa à eventual responsabilidade da Administração Pública, na condição de tomadora dos serviços, pelos créditos trabalhistas devidos pelos seus contratados, referentes a serviços dos quais se beneficiou, objeto da Súmula 331/TST, deve ser considerada.

Nesse contexto, se por um lado asseverou a Corte Constitucional Pátria que, de fato, segundo a letra do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, a mera inadimplência do contratado não autoriza seja transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, a vedar irrestrita aplicação da Súmula 331, IV, do TST, por outro, reconheceu expressamente, no julgamento da mesma ação declaratória de constitucionalidade, que referido preceito normativo não obsta o reconhecimento dessa responsabilidade em virtude de eventual omissão da Administração Pública no dever - que lhe é imposto pelos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993, bem como pelo art. 37, caput, da Constituição da República. Conforme explicitado naquela assentada, portanto, a jurisprudência vertida na Súmula 331 desta Corte Especializada tem por campo próprio de aplicação as hipóteses em que a inadimplência das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, firmado com a empresa fornecedora de mão-de-obra, está ligada à falha ou falta de fiscalização pelo ente público tomador dos serviços.

Assim, embora afastada a responsabilidade objetiva da Administração Pública das hipóteses de inadimplemento contratual, diante da exegese conferida pelo STF aos arts. 37, § 6º, da Constituição da República e 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, não há no ordenamento jurídico óbice à responsabilização da Administração quando verificada sua culpa, in eligendo ou in vigilando, tratando-se, ao contrário, de verdadeira exigência do estado de direito.

Acresço, por oportuno, que o Tribunal Pleno desta Corte Superior, na sessão extraordinária do dia 24.5.2011, pacificou o entendimento acerca da responsabilidade da Administração Pública, com a inserção do item V à Súmula 331/TST, divulgado nos DJs de 30 e 31.5.2011 e 1º.6.2011, o que culmina, em última análise, por serenar eventual discussão acerca da reserva de plenário (Súmula Vinculante 10/STF e art. 97 da Constituição da República). Eis os termos do item V do referido verbete:

“V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

Na hipótese, consignou o Colegiado de origem que a Petrobras incorreu em culpa in vigilando, ao fundamento de que “se a empresa contratada estava obrigada por lei (art. 71, caput, Lei n.º 8.666/93) e também por contrato (cláusula 2.19 - folha 164) a cumprir a legislação trabalhista e cabendo à Petrobras rescindir o contrato se houvesse descumprimento de cláusula contratual (art. 78, I, Lei n.º 8.666/93), ocorreu falha de sua parte ao manter a relação comercial com uma empresa que não cumpria as obrigações sociais, restando evidenciada uma postura negligente na fiscalização da execução do contrato de terceirização”. Extraíndo-se da moldura fática delineada na decisão recorrida a falta de fiscalização pelo ente público contratante, caracterizadora da culpa in vigilando na espécie, a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos

créditos trabalhistas decorrentes da condenação é medida que se impõe, à luz do entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula 331 do TST.

Embargos de declaração acolhidos, sem a concessão de efeito modificativo.

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

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA

(grifo nosso)

Destaca-se que no julgado acima a culpa *in vigilando* do ente público foi caracterizada pelo TST pela não rescisão do contrato com a empresa prestadora de serviço devido a falha de sua parte ao manter a relação comercial com uma empresa que não cumpria as obrigações sociais, configurando, assim, a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos trabalhistas.

Como já mencionado em tópico anterior, após a ADC nº 16 encetaram-se debates sobre a quem compete demonstrar a existência de culpa do Poder Público ao celebrar o contrato de terceirização e como deve ser feita essa demonstração.

Neste cenário, a União propôs Recurso Extraordinário (RE 760931) no Supremo Tribunal Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do eminente Ministro José Roberto Freire Pimenta, em que havia negado provimento ao agravo de instrumento por ela manejado. A União, em seu Recurso Extraordinário, apontou que foi mantida a responsabilidade subsidiária que lhe fora imputada nas instâncias ordinárias, pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços terceirizados, em flagrante desobediência ao quanto decidido na ADC nº 16 pela Suprema Corte. Asseverou declarada pela Corte trabalhista a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/931, a despeito de já afirmada sua constitucionalidade pelo STF, ao julgamento da referida ADC nº 16, e vedada, por conseguinte, a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição da República. Anotou que apenas eventualmente, quando provada a culpa *in vigilando*, fica autorizada a responsabilização subsidiária, de todo inviável presumi-la, e que inserida no item IV da Súmula 331/TST obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Na decisão recorrida, o TST entendeu que a chamada culpa *in vigilando* estaria evidente com a falta de provas referentes à fiscalização do contrato pela União, decisão que o tribunal considerou estar em consonância com o definido pelo STF no julgamento da Ação Declaratória

de Constitucionalidade 16. Entretanto, o recurso da Advocacia-Geral ressaltou o posicionamento do Supremo pela constitucionalidade do dispositivo da Lei 8.666/1993 (artigo 71, parágrafo 1º), segundo o qual a contratação de empresas prestadoras de serviços pelo poder público implica na responsabilidade do contratado em honrar com encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. Em razão disso, não pode ser transferida a responsabilidade para a Administração Pública.

Em 30 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE 760931) em que o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC nº 16), que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Vejamos⁸:

EMENTA : RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos

⁸ STF, RE 76093/DF, relatora Ministra Rosa Weber, publicado no DJE em 12 de setembro de 2017

artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº

9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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”. (grifo nosso).

Assim, o STF acabou por esclarecer que: de um lado, a constitucionalidade do art. 71 da lei nº 8.666/1993 não representa exclusão de responsabilidade da Administração; por outro, a culpa do ente público deve ser provada e analisada caso a caso, não se permitindo a responsabilização objetiva ou generalização acerca da culpa *in vigilando*.

Portanto, diante do inadimplemento dos encargos trabalhistas por empresa contratada, a responsabilidade não é transferida automaticamente para a Administração. O órgão ou a entidade pública contratante somente serão responsabilizados se houver alguma comprovação de que não cumpriu o seu dever de fiscalização, e não apenas referência à falha.

Por outro lado, no debate entre os ministros, indicou-se que a Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no acompanhamento do contrato. No entanto, não ficou assentado, de maneira objetiva, o comportamento que se deve exigir do Poder Público.

O voto da relatora, ministra Rosa Weber, foi no sentido de que cabe à Administração Pública comprovar que fiscalizou devidamente o cumprimento do contrato. Para ela, não se pode exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento desse dever legal por parte da administração pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho. Seu voto foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Por fim, vale destacar que o Min. Luís Roberto Barroso sinalizou em seu voto que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade.

Assim, em 12 de setembro de 2017 foi publicado o inteiro teor do acórdão que fixou a seguinte tese de repercussão geral sobre a responsabilização da Administração Pública diante do inadimplemento de encargos trabalhistas pelos contratados:

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. (STF, Tese de repercussão geral, RE 76093/DF, relatora Ministra Rosa Weber, publicado no DJE em 12 de setembro de 2017).

Em linhas gerais, a fixação de teses de repercussão geral visa a uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão. Neste caso, havia pelo menos 50 mil processos parados aguardando esse julgamento, segundo a ministra Cármen Lúcia, na conclusão do julgamento.

CONCLUSÃO

Pelo que restou demonstrado neste trabalho, não há dúvidas de que o responsável direto por todos os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato administrativo é o contratado e não a Administração Pública.

A regra trazida pelo § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, que afasta de forma categórica a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento desses encargos em caso de inadimplência do contratado, foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16, para afastar a responsabilidade automática do Estado nestas situações.

Por outro lado, quando se trata de encargos trabalhistas, a jurisprudência pátria evoluiu ao longo desses anos e mereceu uma atenção especial das Cortes Superiores, por ser o trabalho um direito fundamental constitucional com garantias expressas na Constituição Federal,⁹ clara expressão da dignidade da pessoa humana na sua acepção axiológica.

Apesar de declarada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da regra do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações na ADC 16, este estatuto de contratação do poder público com o particular não é soberano quando há culpa da Administração na formalização, execução ou fiscalização do contrato administrativo celebrado com o particular. Pode haver responsabilidade subsidiária da Administração Pública na análise do caso concreto com investigação da conduta da Administração.

É nesse sentido que o Superior Tribunal do Trabalho sumulou seu entendimento no verbete 331.

A decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF, a Corte Suprema fez questão de esclarecer que até pode ser legítimo, em um caso concreto, que a Justiça do Trabalho atribua a responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, mas exige-se que seja comprovada a conduta culposa (por ação ou omissão) ou dolosa do poder público contratante.

No entanto, o que o Supremo não admitiu é que a Justiça do Trabalho, de forma generalizada, automática, objetiva, independente das circunstâncias do caso concreto e de

⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, Direitos Sociais previstos no artigo 7º e seguintes.

comprovação da conduta culposa da Administração, pretenda atribuir-lhe responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado.

Portanto, conclui-se que a regra do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, apesar de declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não tem aplicação absoluta para afastar a responsabilidade subsidiária da Administração quando comprovada, no caso concreto, que a conduta do poder público contratante foi determinante e omissa para o não cumprimento do seu dever de fiscalização do contrato administrativo celebrado com o particular.

Assim, a culpa do ente público deve ser provada e analisada caso a caso, não se permitindo a responsabilização objetiva ou generalização acerca da culpa *in vigilando*. O órgão ou a entidade pública contratante somente serão responsabilizados se houver alguma comprovação de que não cumpriu o seu dever de fiscalização, e não apenas referência à falha.

REFERÊNCIAS

- BARCELOS, Dawson. A responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, 2017. Disponível em: <http://www.licitante.com.br/responsabilidade-administracao-encargos-trabalhistas/>. Última visualização em 02 de outubro de 2017.
- BIAVASCHI, Magda. A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização in Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Última visualização em 01 de outubro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Última visualização em 01 de dezembro de 2016.
- BRASIL. Decreto –lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Última visualização em 01 de dezembro de 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Terceirização na Administração Pública e princípio constitucional do concurso público: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td173>. Última visualização em 20 de setembro de 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DA ROCHA, Camilla Holanda Mendes. Responsabilidade do tomador público após o julgamento da ADC 16 No 16 pelo STF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-do-tomador-publico-apos-o-julgamento-da-adc-no-16-pelo-stf,54466.html>. Última visualização em 02 de outubro de 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DOS SANTOS, Diogo Palau Flores, Terceirização de Serviços pela Administração Pública: Estudo da Responsabilidade Subsidiária, São Paulo: Saraiva, 2010 - (Série IDP).
- DOS SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira, Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Ed. Fax Similar. Brasília. Senado Federal, 2005.

GIACOMMUZZI, Jorge Guilherme, A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GIRARDI, Dante Marciano. A importância da terceirização nas organizações. Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, p. 23-31, jan. 1999. ISSN 2175-8077.

GÓES, Winnicius Pereira de. A terceirização de serviços no âmbito da administração pública – Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

HORBACH, Carlos Bastide. A terceirização na administração pública e o problema central da responsabilidade -- In: Fórum administrativo, v. 14, n. 163, p. 9-15, set. 2014.

KREIN, José Dari. As Relações de Trabalho na Era do Neoliberalismo no Brasil. In: FAGNANI, Eduardo (org.). Debates contemporâneos – Economia Social e do Trabalho, 8. São Paulo: LTr, 2013.

LIMA, Lais Rabelo. Terceirização e a responsabilidade da administração pública pelos débitos trabalhistas, 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16081. Última visualização em 02 de outubro de 2017.

MARCELINO, Paula e CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. Cad. CRH, vol. 25, n.65, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATOS, Jônitas. A responsabilidade civil da administração pública nos contratos de terceirização, 2015. Disponível em: <https://jonitasmatosadv.jusbrasil.com.br/artigos/205399120/a-responsabilidade-civil-da-administracao-publica-nos-contratos-de-terceirizacao>. Última visualização em 25 de setembro de 2017.

MAURER. HARTMUT. Trad: Heck. Luis Afonso. Direito Administrativo Geral. Barueri: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho: versão universitária. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Terceirização na Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 6572, jul. 2013. Disponível:<http://www.editoraforum.com.br/ef/wpcontent/uploads/2017/03/terceirizacaoadministracao-publica.pdf>. Última visualização em 24 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 76093/DF, relatora Ministra Rosa Weber, publicado no DJE em 12 de setembro de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Histórico da Súmula 331. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html Última visualização em 10 de setembro de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-ED-AIRR-9036-68.2010.5.01.0000, 3ª TURMA, Rel. Ministra Rosa Weber, publicado no DJe 15 de junho de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. ADI 20130020275292. Acórdão n.747599, Relatora: VERA ANDRIGHI, Conselho Especial, Publicado no DJE em 07 de janeiro de 2014.

VICENTE Paulo, Direito Administrativo Descomplicado, Ed. Método, 21ª Edição, 2013.