



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 249643/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário (com repercussão geral)
760.931 DF

Relatora: Ministra **Rosa Weber**

Recorrente: União

Recorridos: Priscila Medeiros Nunes Evolution
Administradora de Serviços Terceirizados Ltda.

Constitucional, direito administrativo e do trabalho. Tema 246 de Repercussão Geral. Responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. ADC 16/DF. Decisão vinculante. Constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Possibilidade de responsabilização subsidiária do Poder Público por omissão fiscalizatória do cumprimento das obrigações trabalhistas em contratos de obras e serviços. Confirmação da tese jurídica firmada em controle concentrado de constitucionalidade. Fiscalização eficiente do adimplemento de obrigações trabalhistas – dever jurídico do Poder Público contratante. Preservação da higidez contratual. Função socioambiental do contrato administrativo – execução conforme os interesses sociais e ambientais protegidos pela Constituição. Omissão ou deficiência fiscalizatória. Responsabilização do estado por ato ilícito. Princípio do Estado de Direito. Responsabilidade estatal por ato omissivo danoso a direito de terceiro. Teoria da falha do serviço. Responsabilidade objetiva. Constituição, art. 37, § 6º. Precedentes. Hipótese de responsabilidade subjetiva – presunção relativa de culpa da administração. Demonstração da omissão fiscalizatória do ente público. Prova impossível para o trabalhador demandante – teoria da “prova diabólica”.

1. Confirmação da tese firmada na ADC 16/DF, segundo a qual, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 veda a transferência **automática** de responsabilidade ao Poder Público contratante de obras e serviços, pelo fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. No entanto, isso não obsta a responsabilização civil subsidiária da administração pública, pelo pagamento dos respectivos encargos, em face de sua omissão ou deficiência fiscalizatória danosa à satisfação dos direitos sociais dos trabalhadores vinculados ao contrato.

2. Constitui **dever jurídico** do Poder Público contratante de obras e serviços exigir e fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas, pela entidade contratada. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 27, inciso IV; 29, incisos IV e V; 44, § 3º; 54, § 1º; 55, incisos VII e XIII; 58, inciso III; 65, § 6º; 66, 67; 78, incisos VII e VIII, e 87, da Lei 8.666/1993. No âmbito da administração federal, incidem os arts. 19, 19-A, § 3º; 28, 31, §§ 1º e 3º; 34, § 4º; 34-A; 35, § 5º e Anexo IV da IN 2/2008 do Ministério do Planejamento.

3. A fiscalização contratual tem por fim imediato promover a higidez do contrato, mas também visa a preservar a **função socioambiental do contrato administrativo** (Lei 8.666/1993, art. 3º), que vincula sua execução à proteção de interesses maiores da sociedade constitucional e, em particular, dos direitos sociais fundamentais (Constituição, art. 7º).

4. A definição da natureza e a configuração da responsabilidade estatal por omissão danosa ao direito do trabalhador terceirizado, nos casos concretos, constitui matéria que extrapola os **lindes do controle de constitucionalidade** do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações. Fundada a responsabilidade civil na omissão fiscalizatória do Poder Público, resta afastada a hipótese de transferência automática de responsabilidade, vedada pela norma jurídica.

5. A omissão fiscalizatória do Poder Público, quanto ao adimplemento dos direitos trabalhistas, se equipara em consequência à omissão estatal por **falha do serviço**, ensejando responsabilidade aquiliana objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição. Precedentes. Caso se opte pela responsabilidade subjetiva, o caráter omissivo da conduta estatal desafia **presunção relativa de culpa da administração pública**, cabendo ao ente público demandado o ônus de comprovar a fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada.
6. A imputação do *onus probandi* ao trabalhador demandante, quanto à omissão fiscalizatória estatal, impondo-lhe prova impossível, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal, com grave violação ao princípio da igualdade, fundante do Estado de Direito.
7. Reconhecida a responsabilidade subsidiária da União, por culpa *in vigilando*, no caso concreto, em face da ausência de prova da fiscalização contratual, não se constata violação à decisão da ADC 16/DF.
8. Parecer por desprovimento do recurso extraordinário.

1. INTRODUÇÃO

Trata de recurso extraordinário representativo do Tema 246 – responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço –, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF no RE 603.397/SC, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, acórdão publicado em 15 de abril de 2010.

A presente repercussão geral diz respeito à constitucionalidade ou não do § 1º do art. 71 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que afasta a transferência de responsabilidade à administração pública por encargos trabalhistas de empresa prestadora de serviços, em face de seu inadimplemento pela empregadora, à luz dos artigos 5º, II; 37, § 6º, e 97 da Constituição da República.¹

Considerando que o RE 603.397/SC corria em segredo de justiça, a Ministra Relatora promoveu sua substituição pelo presente feito, como recurso paradigma (*leading case*) do Tema 246, fls. 344/345.

O caso versa recurso extraordinário da União, fundado nas alíneas **a** e **b** do inciso III do art. 102 da Constituição, em face de decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 257/286), em que mantém o reconhecimento de responsabilidade patrimonial subsidiária da entidade pública tomadora de serviços terceirizados, pelo pagamento de verbas trabalhistas devidas ao trabalhador demandante, por força de culpa *in vigilando* caracterizada pela omissão em fiscalizar adequadamente o contrato de prestação de serviços, fls. 290/328.

1 Descrição do Tema 246 de Repercussão Geral: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

Aduz a recorrente que a decisão recorrida viola a decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF, em que se reconheceu a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993.² Segundo alega, dessa decisão é possível extrair as seguintes conclusões: (i) que é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, que veda a transferência de encargos trabalhistas da empresa contratada ao ente público contratante; (ii) que, por esse motivo, a União não pode ser condenada em responsabilidade subsidiária objetiva, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição,³ (iii) somente podendo ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do ente público, eventualmente, quando restar comprovada e não presumida a culpa *in vigilando*.

Alega que, ao condená-la com base no art. 37, § 6º, da Constituição, é dizer, com suporte na teoria da responsabilidade objetiva, o TST desobedeceu o conteúdo da decisão vinculante na ADC 16/DF, violando, por conseguinte, o disposto no § 2º do art. 102 da Constituição,⁴ que atribui às decisões proferidas em

2 Lei 8.666/1993, 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.

3 Constituição, art. 37, § 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.

4 Constituição, art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra

ação de controle abstrato de constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Argumenta a recorrente que, ao afastar a incidência do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, a decisão recorrida declara sua inconstitucionalidade sem observar a cláusula de reserva de plenário, incorrendo em violação ao art. 97 da Constituição⁵ e ao disposto na Súmula Vinculante 10 do STF.⁶ Em socorro de sua tese, traz à colação arestos de julgados nas Reclamações 7517 e 8150.

Sustenta, que, ao reconhecer a responsabilidade subsidiária com fundamento no item IV da Súmula 331 do TST, com a redação então em vigor,⁷ o TST julgou contrariamente à Lei de Licitações, criando obrigação não prevista em lei, em afronta direta ao

todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

- 5 Constituição, art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
- 6 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.
- 7 Súmula 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).

princípio da legalidade insculpido nos arts. 5º, II, e 37 da Constituição.⁸

Alega, por fim, que a aplicação à Fazenda Pública de juros de mora idênticos aos aplicáveis ao particular, na hipótese de responsabilização subsidiária, ao negar vigência o art. 1º-F da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, viola o art. 5º, II, da Constituição.

Recebido o presente recurso a julgamento, como paradigma do Tema 246 de Repercussão Geral, requereram ingresso na qualidade de *amicus curiae*, para defesa da inviabilidade de responsabilização subsidiária do Poder Público o Estado de São Paulo, fls. 349/366, o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, fls. 445/457, e a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., fls. 470/472. Em defesa do reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público, requereu ingresso a Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental, fls. 376/390.

A Ministra Relatora admitiu o ingresso de todos os peticionantes, na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do despacho de fls. 491/492.

8 Constituição, art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
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: (...)

Posteriormente, ainda requereu ingresso na condição de *amicus curiae*, a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – Abrasf, fls. 532/548, em defesa da tese da ausência de responsabilidade das Fazendas Públicas das capitais associadas pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas terceirizadas.

Considerando a substituição do recurso paradigma, a Ministra Relatora determinou a juntada de cópia do parecer oferecido pelo Procurador-Geral da República no recurso substituído, RE 603.397/SC, fls. 367, o que se fez às fls. 368/370.

O feito foi inserido na pauta de julgamento do dia 14 de setembro de 2016.

Não obstante o traslado de seu parecer lançado no recurso substituído, este órgão requereu vista dos autos para oferecimento de novos subsídios, especialmente considerando a evolução jurisprudencial acerca da responsabilidade subsidiária do Poder Público por direitos inadimplidos de trabalhadores terceirizados, após o julgamento da ADC 16/DF, fls. 551/553.

Em atendimento ao pleito formulado, o processo foi retirado de pauta e vieram os autos à Procuradoria-Geral da República, para emissão de parecer.

2. DISCUSSÃO

2.1. Decisão da ADC 16/DF

O presente recurso extraordinário versa o Tema 246 de Repercussão Geral, que trata da “responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos de trabalhadores terceirizados, em face de inadimplemento de empresas prestadoras de serviço”, envolvendo o exame da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993).

A repercussão geral nesse tema foi reconhecida em 5 de fevereiro de 2010, no RE 603.397/SC. No final daquele ano, houve julgamento da ADC 16/DF, em que esta Corte reconheceu a constitucionalidade e interpretou o citado art. 71, § 1º.

Em fevereiro de 2011, a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer no RE 603.397/SC e sugeriu seu provimento, com o fundamento de que, na ADC 16/DF, se decidiu por ausência de responsabilidade subsidiária do poder público, peça transladada às fls. 368/370.

Sucedede que, com a substituição do recurso paradigma, o presente apelo substituto, posterior ao julgamento da ADC 16/DF, remete à aplicação do julgado vinculante, cujo acórdão somente veio a publicação em 9 de setembro de 2011.

Com o julgamento da ADC 16/DF e a publicação do respectivo acórdão, posteriormente à emissão do parecer lançado no RE 603.397/SC, os fundamentos do julgado, então revelados, conduzem à revisão do posicionamento do *Parquet* acerca do tema de repercussão geral, nos termos a seguir expostos.

2.2. Fundamentos da decisão da ADC 16/DF.

Possibilidade de responsabilização subsidiária do Poder Público. Alteração da Súmula 331 do TST

No julgamento da ADC 16/DF, o Plenário do STF, por maioria, reconheceu a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, nos termos da ementa firmada nos seguintes termos:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, neste 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 redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (sem destaques no original).⁹

⁹ Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADC 16/DF. Relator: Ministro

Da ementa dessume-se que o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, sendo constitucional, **não admite a responsabilização subsidiária automática** da administração pública, pelo mero inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada.

No entanto, os fundamentos do julgado revelam que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais, especialmente aqueles que impõem à administração pública contratante o dever de licitar e fiscalizar a execução dos contratos, o que possibilita a responsabilização patrimonial subsidiária do Poder Público, quando demonstrada sua omissão em fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas. Para isso, se faz necessário que tal circunstância seja **aferida e fundamentada à luz dos fatos do caso concreto**.

Essa interpretação se encontra explicitada nos fundamentos apresentados pelo Relator, Ministro CEZAR PELUSO, seguido pela maioria do órgão Plenário, conforme revela o acórdão em estudo.

Em princípio, o Relator negava conhecimento à ação, mas, convencido pelos pares, a recebeu a julgamento, reconhecendo a

CEZAR PELUSO. 24 nov. 2010, maioria. *Diário de Justiça Eletrônico* 173, 9 set. 2011.

constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, para conferir-lhe interpretação que comporta responsabilização do Poder Público à luz dos fatos da causa, conforme retratam os seguintes trechos de sua manifestação, constantes do acórdão:

[...] se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, **o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.**

[...] eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que **o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.**

[...]

[...] deixe-me só dizer o que eu estou entendendo da postura da justiça do trabalho. Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. **Então esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isso não significa que eventual omissão da administração pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade.** É outra matéria.

[...]

Nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma.

[...]

Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera

inadimplência, mas por outros fatos [...] (sem destaques no original).¹⁰

O Ministro CELSO DE MELLO seguiu objetivamente o voto do Relator, quanto ao mérito da controvérsia:

Uma vez superada a questão prévia **pertinente** à cognoscibilidade da **presente** ação declaratória, **julgo-a procedente**, na linha do voto que Vossa Excelência, Senhor Presidente, como **Relator**, **proferiu** sobre o mérito da controvérsia constitucional suscitada nesta sede de controle normativo abstrato (sem destaques no original).

A mesma linha de fundamentação se infere da leitura promovida pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, que acompanhou o posicionamento do Relator:

Na verdade, **eu tenho acompanhado esse posicionamento do ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não**, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Há claramente, **está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da Administração. Aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei 8.666** (sem destaques no original).¹¹

10 Idem.

11 Idem.

Os Ministros CÁRMEN LÚCIA e MARCO AURÉLIO firmaram posição profundamente crítica à jurisprudência da Justiça do Trabalho acerca do tema, cristalizada na Súmula 331 do TST, à qual atribuíram o efeito de negar incidência ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade da norma, em violação à Súmula Vinculante 10 da Corte. Nesse sentido, firmaram interpretação restritiva à imputação de responsabilidade subsidiária ao Poder Público, pelo inadimplemento trabalhista da empresa contratada.

Analisando os fundamentos que deram ensejo à Súmula 331 do TST, o Ministro MARCO AURÉLIO manifestou entendimento de que o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 exclui categoricamente a responsabilidade objetiva do Poder Público, prevista no § 6º do art. 37 da Constituição, quando o ente público licita e contrata regularmente o serviço terceirizado:

Então, creio que sobra, unicamente, o **parágrafo único do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, no que exclui** – e, a meu ver, ao excluir, não há conflito dessa norma com a Carta da República – **a responsabilidade pela inadimplência do contratado, isso quanto ao Poder Público que licita, formaliza o contrato, e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais.**

A entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva – seria supletiva, não seria sequer solidária –, ter-se-á que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços.

Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao § 6º do art. 37 da Constituição Federal que ele não tem, decididamente não tem.

[...]

Considerado o Verbete nº 331, partiu-se para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versa essa responsabilidade, porque **não há o ato do agente público causando prejuízo a terceiros que são os prestadores de serviço** (sem destaque no original).¹²

Em seu voto, por sua vez, a MINISTRA CÁRMEN LÚCIA firmou que, em princípio, nem mesmo a omissão da entidade pública em fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada ensejaria sua responsabilidade subsidiária pelos respectivos débitos, sob pena do erário arcar com “duplo prejuízo”, conforme se infere dos seguintes excertos de sua manifestação:

Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.

[...]

Desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato.

[...]

É certo que o dever de fiscalização cuidado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal diz respeito, prioritariamente, ao objeto

12 Idem.

do contrato administrativo celebrado. Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.

Contudo, **eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular.**

[...]

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada (sem destaques no original).¹³

Não obstante o consenso firmado acerca da constitucionalidade da norma em questão, portanto, os debates travados no curso do julgamento revelaram a existência de variações interpretativas em torno de sua interpretação.

Para a vertente capitaneada pelo Ministro Relator CEZAR PELUSO, a declaração de constitucionalidade da norma não impediria a Justiça do Trabalho de continuar reconhecendo a responsabilidade subsidiária do Poder Público, por omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, pela empresa

¹³ Idem.

contratada. Para outra corrente, capitaneada pelos Ministros CÁRMEN LÚCIA e MARCO AURÉLIO, o reconhecimento da constitucionalidade da norma implicaria séria restrição ao reconhecimento de responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Não obstante a divergência, formou-se no curso dos debates um consenso mínimo em torno da proposta formulada pelo Relator, acerca da possibilidade de configuração de responsabilidade subsidiária do Poder Público por omissão fiscalizatória, com anuência, inclusive e, em alguma medida, da Ministra CÁRMEN LÚCIA e do Ministro GILMAR MENDES. É o que demonstram as seguintes passagens dos debates:

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

pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar **a posteriori**, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. **É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei.**

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

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – **Claro, não discordo disso.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

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

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma

irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, eu só gostaria de pontuar, embora isso para até parecer **obiter dictum**, que, **a rigor, ao afirmarmos a constitucionalidade do artigo 71, nós estamos a fazer, pelo menos, uma severa revisão da jurisprudência do TST.**

[...]

Nós temos de mudar, portanto, a nossa postura em relação à não admissibilidade dos recursos. **Até pode ocorrer- Ministra Cármen Lúcia já ressaltou -, num quadro, sei lá, de culpa in vigilando, patente, flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada porque não tomou as cautelas de estilo** (sem destaques no original).¹⁴

Seguiram o voto do Relator os Ministros JOAQUIM BARBOSA e ELLEN GRACIE. O Ministro DIAS TOFFOLI, sucessor do Ministro MENEZES DIREITO no curso do julgamento, declarou-se impedido.

O Ministro AYRES BRITTO manteve voto divergente, no sentido da inconstitucionalidade da norma quanto à terceirização de serviços (terceirização com exclusividade de mão de obra), por entender que essa terceirização é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Mas, no

¹⁴ Idem.

contexto da posição divergente, anuiu à tese do reconhecimento de responsabilidade subsidiária do Poder Público, afirmando que, sendo aceita a terceirização, “(...) pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa”.¹⁵

Inquestionável, portanto, à luz desse relato, que o reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações não afastou a possibilidade de interpretação sistemática desse dispositivo com outros princípios e regras jurídicas, de modo a conduzir ao reconhecimento de responsabilidade subsidiária do Poder Público, quando demonstrada sua omissão em fiscalizar a execução do contrato de terceirização, no caso concreto.

Por força dessa decisão vinculante, o TST terminou por reformular sua Súmula 331, que versa sobre a matéria. Em maio de

15 O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO: (...) A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão e obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que à Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que, pelo menos, admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa. (...) Eu só dou a inconstitucionalidade no que tange à terceirização de mão de obra com exclusividade; mas, se for contrato de empreitada, não. Então, seria uma impropriedade parcial. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADC 16/DF. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. 24 nov. 2010, maioria. *Diário de Justiça Eletrônico* 173, 9 set. 2011.

2011, alterou-se a redação do item IV e foram inseridos os itens V e VI ao verbete. O item IV foi alterado para excluir o Poder Público da incidência de responsabilidade subsidiária **automática**, decorrente do mero inadimplemento da empresa contratada, como antes ocorria, reservando-se tal previsão às entidades da iniciativa privada.

No novo item V do verbete, por sua vez, ratificou-se a tese vencedora no julgado da ADC 16/DF, para prever que a responsabilização subsidiária do Poder Público pelas verbas devidas a trabalhador terceirizado não decorre automaticamente do inadimplemento pela empresa contratada, configurando-se apenas quando evidenciada a conduta culposa da Administração na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.¹⁶ Eis o novo teor do verbete, nos aspectos que ora interessam:

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, especialmente na fiscalização do

¹⁶ Resolução TST 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31 de maio de 2011.

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 (sem destaque no original).

Nesses termos se constata que a jurisprudência do TST adaptou-se adequadamente ao comando da decisão superior do STF.

2.3. ADC 16/DF. Interpretação que exorbita a tese jurídica vinculante. Necessidade de reformulação hermenêutica

O Tema 246 de Repercussão Geral, reconhecido pelo STF em 5/2/2010 no RE 603.397/SC, versa, basicamente, sobre a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Mas, após o reconhecimento da repercussão geral, ocorreu o julgamento da ADC 16/DF, finalizado em 24/11/2010.

Na ação de controle abstrato, a Corte tratou de matéria idêntica ao tema da repercussão geral e, conforme exposto no item anterior, reconheceu a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, conferindo-lhe interpretação que exclui a responsabilização subsidiária **automática** do Poder Público por encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas de terceirização,

sem excluir a possibilidade de sua responsabilização subsidiária quando constatada a omissão do ente público em fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços.

A rigor, portanto, a decisão da ADC 16/DF, dotada de efeito vinculante (Constituição, art. 102, § 2º), ofereceu solução específica à questão posta no recurso extraordinário com repercussão geral. Tal solução deve ser aplicada neste e nos demais recursos extraordinários com idêntica matéria, nos termos do art. 101 do Regimento Interno do STF, segundo o qual, firmada tese jurídica em controle concentrado, a mesma deve ser aplicada aos novos feitos pendentes. Reza o dispositivo, *in verbis*:

“A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103”.¹⁷

Segundo firme jurisprudência do STF, o controle concentrado de constitucionalidade precede o controle difuso, do que decorre que a pendência de recurso extraordinário não obsta o julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade acerca de idêntica matéria.¹⁸

17 Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

18 EMENTA Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. **O controle direto de constitucionalidade**

Lado outro, a decisão proferida em controle concentrado, embora vincule a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, não vincula o próprio STF.¹⁹ Daí porque, não se deve objetar a possibilidade de reapreciação da constitucionalidade da norma já declarada constitucional pelo STF em ação de controle concentrado.

Segundo doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a reapreciação da constitucionalidade é possível, desde que se esteja diante de uma nova questão, tal como ocorre se, após a publicação da decisão, houver mudança na Constituição ou na norma objeto do controle, “de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção”.²⁰

A mutação constitucional também é apontada como justificativa para reapreciação da decisão declaratória de constituionali-

precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2.

Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal (sem destaque no original). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC-MC 18/DF, Relator Ministro Menezes Direito. DJe, 24 out. 2008.

19 STF Rcl 20.592/RN. Rel. Min. Roberto Barroso. Decisão Monocrática. DJe, 8 mai. 2015.

20 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 1337/1338.

dade da norma, pelo próprio STF, conforme revela a seguinte lição doutrinária:

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. (...) Daí parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade.²¹

No mesmo sentido, a jurisprudência da Corte, na linha do precedente firmado na ADI 3.345/DF, Relator Ministro CELSO DE MELLO:

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. **No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’.** Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico

²¹ Idem.

vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental (sem destaques no original).²²

No caso presente, porém, não aparentam ocorrer razões que justifiquem a alteração do posicionamento adotado no decisório da ADC 16/DF, acerca da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, com possibilidade de reconhecimento de responsabilidade subsidiária do Poder Público por omissão fiscalizatória.

Da análise de decisões proferidas pelo STF em ações de reclamação constitucional ajuizadas pelo Poder Público com o fim de preservar a autoridade da decisão vinculante firmada na ADC 16/DF,²³ constata-se tendência de reafirmação da constitucionalidade da norma.

Não obstante, persistem no âmbito da Corte as variações interpretativas que escaparam à órbita do consenso no processo objetivo, quanto à configuração da responsabilidade do Poder Público. Essa variação tem ensejado soluções díspares em situações

²²Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.345, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe, 20 ago. 2010.

²³Constituição, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

idênticas, no âmbito da Corte, configurando cisão jurisprudencial na aplicação da decisão vinculante.

De um lado, em decisões predominantemente originárias da Primeira Turma, tem-se considerado preservada a decisão da ADC 16/DF diante da aplicação, pela Justiça do Trabalho, de responsabilidade subsidiária ao Poder Público, quando constatado que sua omissão em fiscalizar a execução do contrato de terceirização deu causa ao inadimplemento do direito trabalhista vindicado pelo trabalhador, configurando culpa *in vigilando*.

É a posição que se extrai do julgado em Agravo Regimental na Reclamação 15.353, Primeira Turma, Relatora Ministra ROSA WEBER, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE OBJETO ENTRE O ATO IMPUGNADO E A DECISÃO INDICADA COMO DESRESPEITADA.

O manejo de reclamação é restrito às hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, “1”, e 103-A, § 3º, da Constituição da República – incabível a utilização desse instrumento como sucedâneo de recurso ou atalho processual.

Decisão reclamada fundada na segunda parte do art. 509 do CPC – “ recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”.

Ausência de identidade de objeto entre o ato impugnado e a decisão indicada como desrespeitada.

Agravo regimental conhecido e não provido.

(...)

2. Consoante destacado na decisão agravada, no julgamento da ADC 16, ocorrido em 24.11.2010, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o Pleno desta Corte abraçou a tese da inviabilidade da aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços firmado na forma da Lei 8.666/93, consoante emerge da ementa do acórdão da lavra do eminente Min. Cezar Peluso:

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

Também resultou destacado que aludido dispositivo não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público ante ação culposa da Administração Pública – como no caso de omissão na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado–, consideradas as peculiaridades fáticas do caso concreto, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico.

3. Inúmeras as decisões monocráticas desta Corte, exaradas em sede de reclamação, em que afastada a alegação de afronta à ADC 16, porquanto embasado o julgamento na constatação de culpa da Administração Pública: Rcl 15.152/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 07.3.2013, Rcl 15.157/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 06.3.2013, Rcl 15.052/RO, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 01.02.2013, Rcl 15.298/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 05.3.2013, Rcl 12.925/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje

26.11.2012, Rcl 14.888/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 22.11.2012, Rcl 8.475/PE, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 13.4.2012.

Note-se que, **nesses casos, não se cuidou de responsabilização automática do ente público, tampouco de ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas de efetiva culpa do ente público pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços contratada** (sem destaque no original).²⁴

Para essa corrente interpretativa, encontra guarida na decisão da ADC 16/DF o julgado trabalhista que reconhece culpa *in vigilando* da administração pública em face da ausência de prova de fiscalização do contrato de terceirização, a cargo do ente público demandado. Quanto à prova da culpa, tem-se ressaltado a impossibilidade do reexame do conjunto fático-probatório por meio de reclamação constitucional.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgR-Rcl 22.332/PR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, Dje 31 mar. 2016; Rcl 19.225/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Dje 17 dez. 2014; AgR-Rcl 12.634, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, Dje 13 out. 2015; AgR-Rcl 14.704, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, Dje 11 dez. 2014; AgR-Rcl 13.703/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, Dje 17 fev. 2016.

²⁴Supremo Tribunal Federal. AgR Rcl 15353/SP. Primeira Turma. Rel. Rosa Weber. Dje, 24 fev. 2016.

De outra banda, em direção diversa, decisões em reclamações constitucionais predominantemente originárias de Ministros integrantes da Segunda Turma do STF têm se revelado profundamente restritivas à configuração de responsabilidade subsidiária do Poder Público. Reputa-se violadora da decisão na ADC 16/DF o julgado trabalhista que responsabiliza subsidiariamente o Poder Público diante da ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização.

Argumenta-se, em suma, que a presunção de culpa do ente público implica transferência automática de responsabilidade trabalhista ao Poder Público, vedada pela decisão da ADC 16/DF, cabendo ao trabalhador demandante comprovar a omissão fiscalizatória do Poder Público, violadora de normas legais.

É o que se extrai do julgado na Reclamação 19.174/SP, decisão monocrática da Ministra CÁRMEN LÚCIA:

DECISÃO RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CULPA DA ENTIDADE ADMINISTRATIVA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. [...] Eis a decisão recorrida: “[...] Ficou demonstrado ainda que a prestadora de serviço contratado deixou de adimplir diversas obrigações trabalhistas e de remunerar corretamente as verbas rescisórias, observar o salário mínimo estadual, pagar horas extras e tíquete alimentação, situações que bem ilustram sua falta de idoneidade

financeira e trabalhista. Com já realçado, o Município não comprovou a efetiva fiscalização do cumprimento da legislação previdenciária, fiscal e trabalhista por parte da empresa que lhe prestou serviços, incorrendo em conduta culposa apta a gerar responsabilidade subsidiária. Assim, patente a culpa contratual da recorrente, porquanto descuidou o ente público de seu dever de fiscalizar o cumprimento da lei pelos prestadores de serviço, encargo expressamente previsto pela Lei n. 8.666/93 [...].”

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

terceirizada. [...]. (sem destaque no original).²⁵

Em idêntico sentido, a seguinte decisão monocrática do Ministro TEORI ZAVASCKI, na Reclamação 17.917/RS:

[...] No julgamento da ADC 16, esta Corte, além de declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8666/1993, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado, também deixou clara a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar eventual culpa na gestão e fiscalização do contrato e, com base nessa causa jurídica e por incidência de outras normas, atribuir responsabilidade pelas consequências. Em sessão plenária de 19/11/2014, no julgamento da Rcl 10.829 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 10/2/2015), a Ministra Cármen Lúcia fixou balizas objetivas quanto ao alcance do conteúdo decisório da ADC 16, oportunidade em que registrou em seu voto: “Eu considerei que o Ministro Celso estabeleceu que, no caso examinado, estaria demonstrada a culpa da Administração. Também já decidi assim. E o que nós estávamos discutindo, naquela ADC 16, foi que, por presunção, não se pode declarar a responsabilidade contratual do Estado, porque o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 é constitucional. Reconhecemos sua constitucionalidade, ressalva feita à possibilidade de, num caso concreto, ao se contratar – caso que nós já tivemos –, o Tribunal do Trabalho verificar que ficou provado que não houve, por exemplo, a fiscalização. O que não vale para mim, acho que também para o Ministro Toffoli – pelo menos temos partilhado da mesma conclusão –, é a só existência da afirmação: fica provado, sem fundamentação. Mas, se o Ministro examinou e verificou que nos casos dele estava provado, e por isso é que ele deu essa solução na reclamação, em agravo, eu penso e continuo pensando isto: Justiça do Trabalho não pode, desconhecendo o

25 Supremo Tribunal Federal. Rcl 19.147/SP. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Decisão monocrática. DJe, 5 mar. 2015.

nosso julgamento, presumir o contrário do que é a presunção no Brasil. Os atos da Administração Pública presumem-se válidos até prova cabal e taxativa em contrário.” Assentadas essas premissas, o caso revela ofensa ao conteúdo decisório da ADC 16. Isso porque **o acórdão reclamado, considerando que caberia ao Município demonstrar a regular fiscalização e execução do contrato, faz referência à ausência de provas aptas a afastar a responsabilidade imputada ao ente público:** (...) O tomador de serviços não carrou aos autos qualquer evidência das medidas tomadas para evitar as irregularidades observadas, configurando-se inarredável a respectiva omissão. Ante todo o exposto, encontra-se perfeitamente qualificada a culpa in vigilando do ente público. (...) Manifesta, pois, a culpa in vigilando do tomador de serviços, sendo, ademais, patente a relação de causalidade entre a conduta culposa omissiva do referido ente público, qualificada pelo descumprimento dos deveres legais a que estava jungido e a violação de direitos trabalhistas da autora (doc. 11, fls. 9/10). Com efeito, **o acórdão não se pauta em elementos fáticos e probatórios para subsidiar a condenação da Administração Pública, o que evidencia, sem adentrar na discussão acerca do ônus da prova, a presunção de responsabilidade do ora reclamante – conclusão não admitida por esta Corte quando do julgamento da ADC 16.** [...] (sem destaque no original).²⁶

Na mesma esteira, os seguintes precedentes da 2ª Turma: AgR–Rcl 22.244/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 1º dez. 2015; Rcl 13.935/SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 03 dez. 2014; AgR–Rcl 22.273, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 17 fev. 2016;

26 Supremo Tribunal Federal. Rcl 17.917/RS. Relator Ministro TEORI ZAVASCKI. Decisão Monocrática. DJe, 16 mar. 2015

AgR-Rcl 20.905, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 10 ago. 2015.

Do Tribunal Pleno, no mesmo sentido, os seguintes precedentes, ambos sob relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA: AgR 8.745/RN, DJe 16 out. 2009; AgR-Rcl 12.926/PR, DJe 9 fev. 2012.

Essa segunda corrente de entendimento, restritiva da responsabilidade subsidiária, promove séria cisão com a tradição jurisprudencial da Corte acerca do tema da responsabilidade civil do Poder Público por ato danoso omissivo.

Na verdade, ambas as correntes expostas, ao conferirem à responsabilidade do Estado pela omissão fiscalizatória natureza subjetiva, com a decorrente exigência de demonstração de culpa, nos casos concretos, exorbitam a aplicação da tese firmada na ADC 16/DF, para além de sua esfera de vinculação.

Nessa decisão, a Corte afirmou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, para afastar a transferência **automática** de responsabilidade do Poder Público, pelo só fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. Mas, expressamente permitiu que a responsabilidade do Poder Público seja reconhecida em face da omissão fiscalizatória danosa ao direito do trabalhador terceirizado.

Firmada nesses limites a tese jurídica em controle

concentrado, a definição da natureza (subjéitiva ou objetiva) da responsabilidade, à luz de outras normas jurídicas e conforme os elementos da causa, é matéria que extrapola a fiscalização de constitucionalidade, invadindo esfera normativa infraconstitucional estranha à competência da jurisdição constitucional, em violação ao disposto no art. 102, inciso I, **a e l**, e inciso III, da Constituição de 1988.

Já não integra a nova competência da Corte Constitucional, à luz dessas disposições, a atribuição de sentido último e definitivo às normas legais ordinárias, senão o controle de sua constitucionalidade, o que justifica o afastamento de interpretações inconstitucionais, sem tolher a possibilidade de outras interpretações condizentes com a Constituição.

A cassação das decisões da Justiça do Trabalho que imputam responsabilidade subsidiária à administração pública ao argumento da ausência de demonstração de culpa, nos casos concretos, além de estender-se sobre matéria infraconstitucional, constitui ruptura com a predominante jurisprudência da Corte, que reconhece o caráter objetivo da responsabilidade estatal por atos omissivos danosos ao particular, confrontando ainda a jurisprudência que recusa o revolvimento de material fático-probatório em sede de recurso extraordinário e de reclamação constitucional.

Ainda que se entenda apanhada pela decisão vinculante da ADC 16/DF, a natureza subjéitiva da responsabilidade do Poder

Público, pela omissão em fiscalizar seus contratos de prestação de serviços, há que se reconhecer, por sua vez, a necessidade de presunção de culpa da administração, por força do caráter omissivo do ato estatal danoso ao particular, também sob pena de violação da jurisprudência da Corte acerca da denominada prova impossível.

Constata-se, assim, a necessidade de reformulação hermenêutica acerca do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, mediante leitura renovada dos princípios que regem a contratação administrativa de obras e serviços, à luz das novas disposições legais inseridas no diploma normativo,²⁷ que atribuem a esses contratos uma função socioambiental, para além da finalidade puramente econômica, de busca da proposta economicamente mais vantajosa para a administração.

A nova hermenêutica ainda desafia a compreensão integrada do dispositivo legal com outras disposições da Lei de Licitações que tratam do dever de fiscalização contratual das obrigações trabalhistas, pelo Poder Público contratante.

Por fim, essa interpretação há que ser empreendida também com olhos atentos à efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados (Constituição, art. 7º), diretamente afetados pela disposição normativa ordinária, sob pena de

²⁷Lei 12.249, de 15 de dezembro de 2010; Lei 12.440, de 7 de julho de 2011; Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.

submissão de interesses sociais constitucionais à lógica unitária do interesse econômico imediato da máquina administrativa, em franca violação à unidade hierárquico-normativa da Constituição.

É o que se demonstra nos próximos tópicos, iniciando-se pela abordagem acerca do dever jurídico de fiscalização contratual, pelo Poder Público, quanto ao adimplemento dos direitos trabalhistas.

2.4. Fiscalização do adimplemento trabalhista da empresa contratada: dever jurídico do Poder Público contratante

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais, inclusive do mesmo diploma normativo, que imputam à administração pública, de forma correlata e proporcional às suas prerrogativas, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados (Constituição, art. 7º).

Ao celebrar contrato de obras e serviços que demandam prestação de mão de obra, para realização de suas competências, o Poder Público, tal como o particular que contrata serviço de ter-

ceiros, desencadeia a formação de contratos de trabalho, indispensáveis à execução do contrato principal.

A contratação de empresa para execução de obras ou realização de serviços que demandam mão de obra é causa determinante necessária do entabulamento de vínculos de emprego que, por sua vez, constituem fonte matriz de incidência do estatuto de proteção jurídica do trabalhado, cujo arcabouço mínimo se ampara no rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

No contrato de prestação de serviços o trabalhador terceirizado tem empregada sua mão de obra e nele encontra sua única fonte garantia financeira de adimplemento.²⁸ A satisfação dos salários e demais direitos patrimoniais trabalhistas, de caráter essencialmente alimentar, depende única e exclusivamente da fiel execução do contrato principal, que compreende a realização do

28 Matéria jornalística publicada no Correio Braziliense, edição de 13 de maio de 2014, notícia que o fechamento da empresa PH Serviços Administração Ltda, maior fornecedora de serviço de vigilância, conservação e limpeza ao Poder Público, ensejou a quebra contratual em 44 entidades e órgãos do governo federal, entre ministérios, agências reguladoras, autarquias e fundações públicas, deixando 12.000 trabalhadores terceirizados desamparados, com salários e demais direitos atrasados. Segundo a matéria, o encerramento das atividades foi determinada, dentre outras razões, por atraso no repasse de recursos de faturas de serviços realizados, por diversos órgãos públicos.

Disponível em:

<http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2014/05/13/internas_economia,427278/terceirizada-fecha-as-portas-e-12-mil-pessoas-perdem-o-emprego.shtml> Acesso em 4/10/2016.

serviço pela contratada, o pagamento do preço pelo contratante e a garantia de remuneração do trabalho.

Nessa relação de interdependência contratual (entre contrato de serviço e contrato de emprego), interessa igualmente à ordem constitucional, tanto a garantia de satisfação do objeto contratado, para realização de interesse imediato da administração pública, quanto a satisfação das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais, decorrentes do contrato (Lei 8.666/1993, art. 71, § 1º). O implemento das obrigações trabalhistas, nesse plano, constitui condição de satisfação de direitos fundamentais sociais, cuja promoção e garantia compete precipuamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.²⁹

Daí porque, a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato de prestação de serviços, o que se infere da Lei de Licitações.

2.4.1. Fundamentos jurídicos do dever de fiscalização.

Preservação da higidez contratual. Função socioambiental do contrato administrativo

²⁹ Nos termos do art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a garantia dos direitos fundamentais, ao lado da separação dos poderes, constitui elemento pressuposto do Estado Constitucional: *Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*

No art. 58, inciso III, da Lei 8.666/1993, figura como prerrogativa da administração pública, decorrente do regime de direito administrativo a que estão sujeitos os contratos administrativos, o poder-dever de fiscalizar sua execução, ao lado dos poderes de rescisão unilateral, modificação, aplicação de sanções a até de assunção dos bens necessários à continuidade do contrato, em situações excepcionais.³⁰

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

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;=

III - **fiscalizar-lhes a execução;**

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

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

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, **as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual** (sem destaque no original).

Em contraponto a essas prerrogativas estatais, ao particular contratado se garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (arts. 58, § 2º, e 65, § 6º, da Lei 8.666/1993).³¹

Adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que a face contraposta às prerrogativas da administração pública, no âmbito dos contratos administrativos, diz respeito precisamente às garantias do particular ligado pelo acordo, cabendo-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo.³²

De outra banda, a fiscalização contratual constitui para a administração pública, para além de um poder, verdadeiro dever, a ser exercitado, no escólio de MARÇAL JUSTEN FILHO, com vistas a melhor realizar os interesses fundamentais: “parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos”.³³

O dever de exigir e fiscalizar o adimplemento dos direitos trabalhistas, pelo Poder Público contratante, se fundamenta inicial-

31 Art. 65. (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, **o equilíbrio econômico-financeiro inicial**.

32 “Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodá-la com jaça, por pequena que seja”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 655.

33 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 811/812.

mente nessa lógica, de preservação da higidez do contrato, para satisfação imediata dos interesses promovidos pela administração pública.

Essa exigência se inicia por ocasião da habilitação das empresas, no procedimento de licitação de obras e serviços. Nesse momento, as empresas concorrentes devem demonstrar situação de regularidade trabalhista, mediante prova de regularidade relativa ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) e demais encargos sociais previstos em lei, devendo provar ainda a **inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho**, mediante a apresentação de certidão negativa. É o que dispõem os arts. 27, inciso IV, e 29, incisos IV e V, da Lei 8.666/1993, com a nova redação inserida pela **Lei 12.440, de 7 de julho de 2011**:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – **regularidade fiscal e trabalhista** (sem destaque no original).

Art. 29. **A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

(...)

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS),³⁴

³⁴ Lei 8.036, de 11 de maio de 1990:

Art. 27. A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:

demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V – **prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa**, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (sem destaque no original).³⁵

Se, no momento da habilitação, a norma visa a impedir a participação de empresas inadimplentes com direitos trabalhistas, no momento seguinte, de julgamento das propostas, o art. 44, § 3º,

a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município.

35 Acerca da certidão negativa de débitos trabalhistas, o art. 642-A da CLT dispõe:

É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar: (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

do mesmo diploma legal, veda a aprovação de propostas que apresentem preços incompatíveis com o valor dos salários de mercado e demais encargos sociais, a fim de garantir que a proposta seja exequível e o contrato se execute com satisfação das obrigações trabalhistas da empresa contratada. Confira-se o texto legal:

Art.44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 3º **Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos,** ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração (sem destaque no original).

Julgadas as propostas e definido o vencedor da licitação, exige a Lei de Licitações que conste do contrato de prestação de serviços previsão expressa dos direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. Deve obrigar-se a empresa contratada a manter, durante a execução do contrato, todas as **condições de habilitação exigidas na licitação**. É o que decorre da leitura integradas dos arts. 54, § 1º, e 55, incisos

VII e XIII, da Lei 8.666/1993:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º **Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.**

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

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

XIII - **a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação** (sem destaques no original).

Constituindo condição para a habilitação da empresa, no procedimento licitatório, a prova de sua regularidade trabalhista, e obrigando-se a empresa vencedora a manter no curso do contrato essa mesma condição, disso decorre que o adimplemento das obrigações trabalhistas no curso do contrato constitui obrigação imposta pela Lei de Licitações à empresa contratada.

Firmado o contrato, o mesmo deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e com as normas previstas na Lei de Licitações, conforme dispõe

seu art. 66.³⁶

O art. 67 da Lei, por sua vez, impõe à administração o dever de fiscalizar a execução do contrato, para zelar pelo cumprimento das obrigações assumidas, devendo para isso designar um representante que anotará toda as ocorrências contratuais, identificando as irregularidades verificadas e adotando medidas voltadas à sua regularização:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

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

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes (sem destaque no original).

A fiscalização contratual, que no art. 58, III, da Lei 8.666/1993, figura como prerrogativa da administração, aqui comparece como um dever legalmente imputado ao ente público contratante, corolário dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, da moralidade, publicidade e da probidade

³⁶ Art.66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

administrativa, que orientam a atividade da administração pública (Constituição, art. 37, *caput*).

É nesse contexto que se impõe, como dever da administração, a fiscalização permanente do adimplemento trabalhista da empresa contratada, relativamente às obrigações vinculadas à execução do contrato de serviço.

Constitui interesse imediato da administração pública o cumprimento das obrigações trabalhistas, pelo contratado, como condição essencial à fiel execução do contrato. Nos contratos de terceirização, e especialmente nos contratos de serviços com exclusividade de mão de obra, a folha de pagamento representa o custo principal do contrato. O passivo trabalhista da empresa contratada, nesses casos, conduz fortemente à inexecução e à consequente quebra contratual.

A exigência de adimplemento trabalhista imediato, no curso do contrato, visa a prevenir um círculo vicioso que inarredavelmente conduz à frustração do contrato.

Por isso, o inadimplemento trabalhista da empresa contratada importa inexecução parcial do contrato, a desafiar a aplicação de sanções que vão da advertência à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, na forma do art. 87 da Lei 8.666/1993,³⁷ ou mesmo, a

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

depende da gravidade ou reiteração da falta contratual, a própria rescisão contratual, na forma dos arts. 77 e 78 do diploma legal.³⁸

De todo modo, constatada falta contratual relativa a inadimplemento trabalhista, incumbe à administração notificar a empresa contratada para adotar medidas corretivas, conforme se infere dos arts. 67 § 1º, e 78, incisos VII e VIII, da Lei de Licitações.³⁹

I - advertência;

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

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

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

38 Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei (...) (sem destaques no original).

39 Art. 67, § 1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

Para adequar o sistema de licitação e contratação pelo Poder Público à mais ampla variedade de interesses constitucionais por ele afetados, a legislação ordinária vem lhe conferindo uma nova feição regulatória que, para além do sentido meramente econômico, de defesa do interesse imediato da administração, busca preservar uma relação de custo-benefício social da contratação pública, afinada com os valores maiores da sociedade constitucional.

Nesse sentido, a **Lei 12.249, de 15 de dezembro de 2010** inseriu no *caput* do art. 3º da Lei 8.666/1993, como objetivo da licitação, além da obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública, também a promoção do desenvolvimento nacional sustentável,⁴⁰ noção que remete ao desenvolvimento capaz de suprir as necessidades imediatas, sem esgotar os recursos

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei.

40 Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção de proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

necessários para atender as necessidades futuras.⁴¹

Com esse objetivo, por exemplo, o novo § 5º do mesmo art. 3º, combinado com art. 66-A do diploma legal, ambos inseridos pela **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**, institui preferência, nos procedimentos de licitação, para empresas que observem a contratação da cota de pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social, e que atendam a normas de acessibilidade,⁴² **impondo à administração fiscalizar o cumprimento dessas condições nos serviços e ambientes de trabalho.**⁴³

41 A expressão “desenvolvimento sustentável” foi usado pela primeira vez em 1987, no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criado em 1983 pela Assembleia das Nações Unidas. Consta do relatório o seguinte sentido de desenvolvimento sustentável: “O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Desenvolvimento_sustentavel>

42 § 5º. Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

43 Art. 66-A. As empresas enquadradas no inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º do art. 3º desta Lei deverão cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, bem como as regras

Embora não integre o objeto do contrato de serviços, a medida de inclusão social condiz com o novo sentido instrumental da contratação pública, submetida a uma função socioambiental, com o respectivo dever de fiscalização pela própria administração contratante.

Por sua vez, dispõe o § 6º do mesmo art. 3º da Lei de Licitações, incluído pela Lei 12.249/2010, que a margem de preferência na licitação levará em consideração a geração de emprego e renda,⁴⁴ o que também submete a contratação de obras e serviços, no ambiente público, a objetivo constitucional de promoção do pleno emprego, princípio da ordem econômica previsto no art. 170, inciso VIII, da Constituição.

Esses exemplos demonstram a **sujeição crescente do contrato administrativo a um função social**, que condiciona a consecução do interesse econômico imediato da máquina administrativa à preservação de valores comunitários, de quilate constitucional, acentuando a função instrumental da administração pública como veículo de promoção de direitos.

de acessibilidade previstas na legislação.

Parágrafo único. Cabe à administração fiscalizar o cumprimento dos requisitos de acessibilidade nos serviços e nos ambientes de trabalho.

44 § 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda (...).

Trata-se de inquestionável influxo do princípio da função social sobre os contratos administrativos de obras e serviços, de modo a neles preservar o desenvolvimento sustentável, racional e equilibrado da humanidade, e os interesses constitucionais metaindividuais, tais como, o meio ambiente e os direitos sociais.

Nesse sentido, ressalta RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA que a nova função regulatória social do processo licitatório “pressupõe o atendimento não apenas dos valores econômicos, mas, também, dos valores sociais, ambientais entre outros”, voltados a “resguardar os valores consagrados na Constituição da República”.⁴⁵

Sob essa atualizada leitura, a fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas, pelo Poder Público contratante, para além do interesse imediato de proteção à higidez contratual, também constitui elemento de preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como fator de coesão social.

2.4.2. Padrão fiscalizatório das obrigações trabalhistas adotado no âmbito da administração pública federal. Instrução Normativa 2/2008 do Ministério do Planejamento

⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2012, pp. 154.

No âmbito da administração pública federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) mantém regulamentação específica acerca do procedimento fiscalizatório das empresas contratadas, inclusive quanto ao cumprimento de direitos trabalhistas, em plena conformidade com os deveres legais e constitucionais que lhe são imputados.

Por meio da **Instrução Normativa (IN) 2, de 30 de abril de 2008**,⁴⁶ o MPOG, considerando o disposto na Lei 8.666/1993, institui regras e diretrizes para a contratação de serviços, em que contempla o adimplemento das obrigações trabalhistas, pela empresa contratada, como elemento integrante da execução do contrato, sujeito a detalhada fiscalização.

Para isso, em seus arts. 19 e 19-A, a instrução normativa estabelece uma série de disposições que, obrigatoriamente, devem constar dos editais de licitação de serviços, voltadas especificamente à garantia de satisfação de direitos dos trabalhadores terceirizados, mediante as seguintes previsões:

a) que só se considere completa a execução do contrato diante da prova do cumprimento das obrigações trabalhistas, pela

⁴⁶ Alterada pela Instrução Normativa 3, de 16 de outubro de 2009; pela Instrução Normativa 4, de 11 de novembro de 2009; pela Instrução Normativa 5, de 18 de dezembro de 2009; pela Instrução Normativa 6, de 23 de dezembro de 2013; pela Instrução Normativa 3, de 24 de junho de 2014, e pela Instrução Normativa 4, de 19 de março de 2015.

empresa contratada (art. 19, inciso XVIII);⁴⁷

b) que a garantia contratual fique vinculada à satisfação completa dos direitos trabalhistas, condicionada sua liberação à comprovação de pagamento de todas as verbas rescisórias decorrentes da contratação (art. 19, **b**, IV e **k**);⁴⁸

c) que se caracterize como falta grave, compreendida como falha na execução do contrato, o não pagamento de salário, de

47 Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem o conter o disposto no art. 40 da Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

(...)

XVIII – disposição prevendo que **a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada**, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (sem destaque no original).

48 Art. 19, XIX – exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei n 8.666, de 1993 (...), observados ainda os seguintes requisitos:

(...)

b) a garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de:

(...)

4. **obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada**, quando couber;

(...)

k) deverá haver **previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no inciso XIX deste artigo somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação**, e que, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas, conforme estabelecido no art. 19A, inciso IV, desta Instrução Normativa, observada a legislação que rege a matéria.

vale-transporte e auxílio-alimentação, além de depósito do FGTS, podendo dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo de outras sanções legalmente previstas (art. 19, XXVI);⁴⁹

d) que sejam provisionados os valores necessários ao pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos trabalhadores da contratada, e sejam depositados pela administração em conta vinculada específica, para liberação aos trabalhadores por ocasião da aquisição dos respectivos direitos, mediante autorização da contratante (art. 19-A, inciso I, e § 1º);⁵⁰e

49 XXVI - disposição que caracterize como **falta grave, compreendida como falha na execução do contrato, o não recolhimento do FGTS dos empregados e das contribuições sociais previdenciárias, bem como o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio-alimentação**, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002.

50 Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras **para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas** nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

I - **previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica**, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa (sem destaque no original).

§ 1º. Os valores provisionados na forma do inciso I somente serão liberados para o pagamento das verbas de que trata e nas seguintes condições:

I - parcial e anualmente, pelo valor correspondente ao 13º (décimo terceiro) salário dos empregados vinculados ao contrato, quando devido;

II - parcialmente, pelo valor correspondente às férias e a um terço de férias previsto na Constituição, quando do gozo de férias pelos

e) que seja autorizada a administração a reter a garantia contratual e, não sendo suficiente, a reter crédito contratual, a qualquer tempo, para pagamento de direitos trabalhistas inadimplidos no curso do contrato (art. 19-A, incisos IV e V).⁵¹

No procedimento de licitação, a fim de assegurar que todos os direitos legais e convencionais devidos aos trabalhadores terceirizados sejam contemplados na formação do preço do serviço, conferindo **exequibilidade trabalhista ao contrato**, o art. 21 da IN 2/2008 exige que em suas propostas as empresas concorrentes indiquem os sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço, e as respectivas datas-bases e vigências (inciso III), assim como, a quantidade de

empregados vinculados ao contrato;

III - parcialmente, pelo valor correspondente ao 13º (décimo terceiro) salário proporcional, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da dispensa de empregado vinculado ao contrato; e

IV - ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias.

51 IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, **autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea “k” do inciso XIX do art. 19** desta Instrução Normativa;

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, **autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos** (sem destaques no original).

trabalhadores que será alocado na execução contratual (inciso V).⁵²

Quando do julgamento das propostas, se houver indícios de inexecutabilidade contratual quanto à satisfação dos direitos trabalhistas, determina o § 3º do art. 28 da instrução normativa que a comissão de licitação efetue diligência para comprovação da exequibilidade, por meio de verificação de acordos e convenções coletivas (inciso II), levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (inciso III), consultas a sindicatos (inciso IV) e verificação de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa (inciso IX).⁵³

52 Art. 21. As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com o instrumento convocatório, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

(...)

III - a indicação dos sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas bases e vigências, com base no Código Brasileiro de Ocupações – CBO;

(...)

V - a quantidade de pessoal que será alocado na execução contratual.

53 § 3º. Se houver indícios de inexecutabilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

(...)

II - verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho;

(...)

III - levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e junto ao Ministério da Previdência Social;

IV - consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;

V - pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;

Celebrado o contrato com essas previsões e cautelas, dispõe o art. 31, § 3º, da normativa, que se promova a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, considerando as falhas que impactem o contrato em sua integralidade.⁵⁴

Para orientar a fiscalização do contrato, quanto às obrigações trabalhistas da empresa contratada, a IN 2/2008 traz, em seu Anexo IV, um **guia de fiscalização dos contratos de terceirização**, com previsão esquematizada do procedimento de fiscalização periódica, a ser realizada em momentos específicos, a saber (art. 31, § 1º):⁵⁵

a) fiscalização inicial (no momento em que a terceirização é iniciada): compreende a **elaboração de uma planilha resumo de todo o contrato, com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao órgão, divididos por contrato, com nome completo, função e direitos devidos**; conferência de todas as

(...)

IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa (...)

54 § 3º A fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.

55 § 1º. Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no Anexo IV desta Instrução Normativa. **ANEXO IV** - Guia de Fiscalização dos Contratos de Prestação de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão-de-Obra.

anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados; verificação de que o salário pago não seja inferior ao previsto no contrato administrativo e na convenção coletiva de trabalho da categoria; consulta sobre eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas; verificação da existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados e ao fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPIs) etc.;

b) fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura): compreende a elaboração de uma **planilha mensal com informações sobre o nome completo do empregado**, função exercida, dias efetivamente trabalhados, horas extras trabalhadas, férias, licenças, faltas, ocorrências; verificação do número de dias e horas trabalhados efetivamente; exigência de que a empresa apresente cópias das folhas de ponto dos empregados por ponto eletrônico ou meio que não seja padronizado, de forma que, em caso de faltas ou horas trabalhadas a menor, deve ser feita glosa da fatura; exigência de comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio alimentação dos empregados; realização da retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores da contrata, caso exista autorização da empresa contratada, conforme definido no instrumento convocatório, ou exigência de comprovação de

recolhimento de contribuições previdenciárias, FGTS e demais encargos sociais etc.;

c) **fiscalização diária:** consiste na **conferência diária de quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções, acompanhando com a planilha mensal; verificação de que os empregados estejam cumprindo à risca a jornada de trabalho**, instaurando-se uma rotina para autorizar pedidos de realização de horas extras por terceirizados etc.; e

d) **fiscalização especial:** compreende a análise da data-base da categoria prevista na convenção coletiva; verificação dos reajustes dos empregados no dia e percentual previstos; verificar a necessidade de proceder ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de reajuste salarial; controle de férias e licenças dos empregados na planilha resumo; verificação das estabilidades provisórias dos empregados (cipeiro, gestante, estabilidade acidentária) etc.

Para viabilizar essa minuciosa fiscalização, o art. 35, § 5º, inciso I, da IN 2/2008, determina seja a empresa contratualmente obrigada a apresentar os documentos necessários à comprovação do adimplemento trabalhista, na periodicidade indicada.⁵⁶

⁵⁶ § 5º. Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores

Por fim, diz a norma administrativa, constatado o descumprimento parcial ou total dos direitos trabalhistas e encargos sociais, e não sendo corrigida a irregularidade no prazo concedido pela administração, esse fato deve ensejar a aplicação das sanções administrativas cabíveis, até a rescisão contratual, conforme o caso (IN 2/2008, art. 34, § 4º, e art. 34-A).⁵⁷

Como se observa, portanto, dispõe a União – recorrente, de

da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT:

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação:

1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;
2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e
3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços;

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF:

4. Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e
5. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT;

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos:

1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;
2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;
3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários;

normativa própria, por meio da qual procedimentaliza as cautelas contratuais destinadas aos órgãos e entes públicos da administração direta federal, necessárias ao cumprimento das disposições da Lei 8.666/1993, que lhe obrigam a exigir e fiscalizar o adimplemento de direitos trabalhistas, pelas empresas contratadas.

Longe de influenciar a interpretação do § 1º do art. 71 da

4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e

5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato;

d) entrega da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato:

1. termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria;

2. guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais;

3. extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; e

4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados

57 § 4º. O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé

Lei de Licitações, para os efeitos pretendidos no presente recurso, em censurável inversão da hierarquia normativa, essas disposições administrativas aqui demonstram a adequação da postura normativa interna do ente público recorrente às diretrizes legais e constitucionais que ditam sua obrigação de fiscalizar os contratos administrativos, no aspecto relativo aos direitos dos trabalhadores terceirizados. Essa postura normativa é incompatível com o objetivo prático perseguido no presente recurso, de isenção do dever fiscalizatório contratual.

2.5. Responsabilidade do Estado por dano a direito trabalhista em contrato de terceirização

Firmada a dimensão do dever fiscalizatório do Poder Público sobre a satisfação dos direitos trabalhistas nos contratos de prestação de serviços, importa verificar se a omissão estatal no cumprimento desse dever importa responsabilidade da administração pública pelo inadimplemento de direitos dos trabalhadores terceirizados.

Restou firmado no julgamento da ADC 16/DF, à luz do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, que o mero inadimplemento dos direitos trabalhistas não transfere automaticamente para a adminis-

ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação

tração pública a responsabilidade pelo pagamento das respectivas verbas. Mas, que, a inadimplência da obrigação fiscalizatória, pela administração, pode lhe acarretar responsabilidade pelos encargos trabalhistas, por aplicação de outras normas do sistema jurídico.⁵⁸

Com isso, de plano, o STF afastou corretamente a tese da irresponsabilidade do Estado pela satisfação dos direitos dos trabalhadores terceirizados, em seus contratos de prestação de serviços.

A responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros é consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito, que submete à ordem jurídica todos igualmente, pessoas de direito público ou privado. Trata-se, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de aplicação do princípio da igualdade de todos perante a lei, o que leva a reconhecer que “é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado”.⁵⁹

No **plano privado**, a responsabilidade subsidiária das empresas contratantes de serviços, pela satisfação dos direitos dos tra-

58 Manifestação do Ministro Relator, Cezar Peluso, no julgamento da ADC 16/DF: “Isso é o que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento deves não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei”. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADC 16/DF. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. 24 nov. 2010, maioria. *Diário de Justiça Eletrônico* 173, 9 set. 2011.

59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1015.

balhadores terceirizados, é reconhecida pela Súmula 331 do TST. Decorre de aplicação analógica de preceitos do próprio direito do trabalho (art. 455 da CLT, que imputa responsabilidade solidária ao contratante de empreitada;⁶⁰ art. 16 da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que imputa responsabilidade solidária ao tomador de trabalho temporário⁶¹); da noção do risco da atividade econômica, imputado ao beneficiário da força de trabalho, arts. 2º e 3º da CLT; da aplicação de normas jurídicas do direito comum que disciplinam a responsabilidade (arts. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro) e da incidência integrada de normas constitucionais que protegem o valor-trabalho e prestigiam os créditos trabalhistas, por sua natureza alimentar (Constituição, arts. 1º, incisos III e IV; art. 3º, *in fine*, inciso III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4º, II, art. 6º, art. 7º, *caput*, *in fine*; art. 7º, incisos VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, inciso III).⁶²

Essa responsabilidade do tomador de serviços, no espaço privado, ainda encontra disciplina no art. 932, inciso III, combi-

60 Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro

61 Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

62 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, pp. 519/520.

nado com o art. 933 do Código Civil Brasileiro,⁶³ os quais submetem à reparação civil o comitente, pelos danos produzidos por seus prepostos “no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele”, “ainda que não haja culpa de sua parte”, em típica hipótese de responsabilidade objetiva.⁶⁴⁶⁵

Firmada nessa intensidade a responsabilidade subsidiária objetiva do particular contratante de serviço pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada, seria de constitucionalidade duvidosa norma ordinária que vedasse a responsabilização do Estado em idêntica situação, especialmente na hipótese de ato ilícito praticado por agente estatal. Muito provavelmente, nessa hipótese, a norma violaria o princípio da igualdade, corolário do Estado de Direito (Constituição, arts. 1º, 5º, *caput*, e 37, § 6º).

63 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (sem destaque no original).

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

64 MELO, Raimundo Simão de. *A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;2000900460>> Acesso em 1/10/2016.

65 A Súmula 341 do STF, editada em 1946, sob a vigência do Código Civil de 1916 (arts. 1521 e 1523), já dispunha que “*é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”.

Afastada essa possibilidade, e sendo o Poder Público passível de responsabilização, parece claro que de **responsabilidade contratual não se trata**. A fiscalização contratual, inclusive quanto ao adimplemento trabalhista da empresa contratada, não constitui obrigação contratual assumida pelo Poder Público.

Conforme exposto em tópico anterior, o poder-dever de fiscalização contratual constitui prerrogativa da administração pública contratante (Lei 8.666, art. 58, inciso III) e, ao mesmo tempo, dever jurídico a serviço da fiel execução do contrato (art. 67) e da preservação de direitos fundamentais sociais (art. 3º). É dever que precede o contrato.

A omissão de previsão contratual acerca da garantia de cumprimento de direitos trabalhistas, assim como, a ausência ou deficiência da fiscalização desse adimplemento, no curso do contrato, não configuram violação contratual, pois são deveres que a ele precedem. É impensável admitir que a empresa contratada possa exigir da administração pública sua própria fiscalização ou que possa pleitear a responsabilização do Poder Público por omissão em fiscalizá-la.

Ainda por maiores razões, essa fiscalização não constitui prestação contratual devida pelo Poder Público aos trabalhadores terceirizados, pois com estes não mantém vínculo de natureza contratual.

Em relação ao contrato administrativo de prestação de serviços, os trabalhadores figuram como terceiros juridicamente interessados. O contrato constitui fonte e garantia de suas relações de emprego. O preço do serviço deve ser dimensionado, segundo a norma jurídica, de forma a garantir o custeio de sua mão de obra. O ente público contratante é juridicamente obrigado a fiscalizar o pagamento de suas verbas trabalhistas.

Disso decorre a existência de uma vinculação jurídica entre o Poder Público e o trabalhador terceirizado que, não sendo contratual, constitui relação jurídico-administrativa de *status* positivo, marcada pela **prestação de garantia jurídica** devida pela administração pública ao particular.

Assim descartado o caráter contratual da relação, o descumprimento do dever legal de fiscalização implica para o Estado responsabilidade do tipo aquiliana, decorrente de ato omissivo, conforme análise que se segue.

2.5.1. Omissão fiscalizatória. Ato omissivo ilícito. Responsabilidade objetiva. Hipótese de responsabilidade subjetiva. Presunção relativa de culpa

Impondo a norma jurídica à administração pública contratante o dever de diligenciar, no procedimento de licitação, para

que o preço do serviço contemple o custo integral das obrigações trabalhistas da empresa contratada, assim como, o dever de fiscalizar o adimplemento dessas obrigações, e conferindo-lhe para isso instrumentos de controle, sanções e retenção de créditos, é de se concluir que a violação de direitos dos trabalhadores terceirizados vinculados ao contrato, pela empresa contratada, é fato que pode e deve ser impedido pelo Poder Público contratante.

Na formação do preço contratual, identificado o custo da mão de obra e demais insumos (custos diretos), além dos tributos e encargos sociais (custos indiretos), sobre esse montante fixa-se percentualmente o lucro empresarial. É fato que os encargos trabalhistas estão sujeitos a algumas variações decorrentes de eventos imprevisíveis (auxílio-doença, licença maternidade/paternidade, faltas legais etc.) que podem impactar negativamente a margem de lucro empresarial. Mas, eventual discrepância de estimativa, nesse aspecto, se insere no risco do negócio, inerente à atividade econômica.

Daí que, ao receber da administração pública o preço pelo serviço, deixando de efetuar o pagamento de créditos trabalhistas respectivos, previstos na planilha de custos contratuais, a contratada/empregadora apropria-se de recurso contratualmente afetado à satisfação das prestações de caráter alimentar, dotadas de natureza de direito fundamental social (Constituição, art. 7º).

O Poder Público contratante, por sua vez, embora não incorra em mora contratual para com a prestadora do serviço e, muito menos, para com os trabalhadores vinculados, conforme acima exposto, ao omitir-se em exigir e fiscalizar o adimplemento dos direitos trabalhistas, incorre em **violação do dever legal de impedir o evento danoso aos direitos dos trabalhadores**.

Na hipótese, viola a empregadora os direitos de seus empregados, causando-lhes dano contratual, enquanto o ente estatal incorre em violação do dever legal de prevenir o dano. Configura-se, no caso, típico **dano por omissão do ente estatal**.

Embora não seja o Estado o autor do dano, já que, não sendo empregador, não lhe incumbe a satisfação dos direitos trabalhistas, sua responsabilidade decorre do **descumprimento do dever** de impedir o evento danoso. Incorre, portanto, em **comportamento ilícito, por negligência** no exercício de um dever legal.

Não sendo contratual a relação que liga a administração ao trabalhador terceirizado, a situação desafia solução equivalente à da teoria da *faute du service*, dos franceses, que diz respeito à culpa do serviço ou falta de serviço, quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou atrasado, causando prejuízo ao particular. A ausência do serviço ou seu funcionamento defeituoso bastam, segundo a consolidada teoria, para configurar a

responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo aos administrados.⁶⁶

Seja porque o dever público do Estado o submete à condição de devedor de multifárias e inarredáveis tarefas, seja porque dispõe do uso normal de força ou mesmo porque seu contato uniforme com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em larga escala, a responsabilidade do Estado deve assumir forma que propicie proteção proporcional ao risco a que se submetem os interesses e bens jurídicos do particular.⁶⁷

É de extrema vulnerabilidade a situação do trabalhador terceirizado que labora em prestação de obras e serviços contratados pela administração pública. A empresa contratada, sua empregadora, em contraponto à posição privilegiada da administração no contrato administrativo, dispõe de intensa garantia contratual de equilíbrio econômico-financeiro. Já o trabalhador, para fazer face à inadimplência da empresa contratada, ampara-se tão-somente no dever jurídico de fiscalização imputado ao ente público, especialmente por ocasião do pagamento das faturas do serviço, como única garantia de adimplemento de suas verbas trabalhistas.

Descumprida a obrigação trabalhista, e constatada relação de causalidade entre o dano sofrido pelo trabalhador e a ausência

66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1019.

67 Idem.

ou mal funcionamento da atividade fiscalizatória, a consequência se equipara à da falta do serviço, em que o Poder Público responde pelo ato omissivo, por não adotar a contento providência que lhe incumbia para evitar o dano.

Sem esse vínculo de responsabilidade, ao particular (trabalhador) seria imposto encargo excessivo, incompatível com o Estado de Direito, ao empregar sua mão de obra em benefício da máquina pública, por meio de contrato justificado na realização do **interesse público**, sem garantia de recebimento de suas verbas salariais.

E, ainda que se entenda como próprio e imediato da pessoa jurídica administrativa o interesse na realização do serviço, cabe a advertência de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem, o Estado só pode realizar os interesses privados de seus sujeitos administrativos quando coincidam com a realização dos interesses públicos propriamente ditos.⁶⁸

Não discrepa, portanto, a ausência de fiscalização do contrato administrativo, ensejadora de dano ao trabalhador terceirizado, das situações em que o dano ao particular decorre da omissão do Estado em prestar a contento atividade de segurança

⁶⁸ O autor conceitua o interesse público como “o *interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29^a ed. São Paulo: Malheiros, pp. 62/66.

(prevenção de dano) a pessoas e ao patrimônio, no ambiente público.

Acerca da natureza subjetiva ou objetiva da responsabilidade estatal por ato omissivo, anota HELENA ELIAS PINTO que de 1946 até 1988 o STF adotou pacificamente a teoria da responsabilidade subjetiva.

A partir da Constituição de 1988, no entanto, a autora constata uma ruptura nessa tradição jurisprudencial da Corte, com decisões que passaram a reconhecer responsabilidade estatal objetiva por ato omissivo. O primeiro momento dessa ruptura teórica ocorreu com o julgamento do RE 130.764/PR, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES, em 1992,⁶⁹ e se consolidou em 1996 no julgamento do RE 109.615/RJ, sob a relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, em que se reconheceu responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento no § 6º do art. 37 da Constituição,⁷⁰ por dano decorrente de violência praticada entre

69 “*Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido varios meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo*

6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros”. Supremo Tribunal Federal. RE 130764/PR. Primeira Turma. Rel. Min. Moreira Alves. DJe, 7 ago. 1992.

70 § 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.

alunos, em estabelecimento público de ensino, em face da omissão fiscalizatória do Poder Público, conforme se infere do seguinte excerto do julgado:⁷¹

(...) **Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem** (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e **o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público**, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)

(...)

A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos (sem destaques no original).⁷²

71 PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 261-262.

72 Supremo Tribunal Federal. RE 109615/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Celso de. DJe, 02 ago. 1996.

Esses julgados não inauguraram de plano nova orientação pacífica na jurisprudência da Corte. A responsabilidade subjetiva por omissão danosa do Estado continuou sendo reconhecida, a exemplo das decisões proferidas no RE 170.014/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão;⁷³ RE 140.270/MG, relator Ministro Marco Aurélio,⁷⁴ e RE 382.054/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso.⁷⁵

Não obstante, há na atualidade forte tendência da jurisprudência da Corte em reconhecer a responsabilidade objetiva na hipótese de falha do serviço, conforme revela o recente acórdão da Primeira Turma no ARE 697.326/RS, Relator Ministro Dias Toffoli:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento de ensino. Ingresso de aluno portando arma branca. Agressão. **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

73 Detento assassinado na cela por outro detento. Supremo Tribunal Federal. RE 170014/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJe, 13 fev. 1998.

74 Erro de junta médica que considerou policial militar apto para participar da instrução policial de tropa, embora sofresse de cardiopatia. Supremo Tribunal Federal. RE 140270/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe, 18 out. 1996.

75 Vítima de disparo de fogo, que se encontrava detido, por ocasião de motim de detentos Supremo Tribunal Federal. RE 382054/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. DJe, 1º out. 2004.

Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexó 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 (sem destaque no original).⁷⁶

O recente acórdão proferido no ARE 655.277/MG, Relator Ministro CELSO DE MELLO, por sua vez, ao adotar a responsabilidade objetiva por evento danoso omissivo do Poder Público, também descreve tendência doutrinária no mesmo sentido:

Sabemos que a teoria do risco administrativo, consagrada em **sucessivos** documentos constitucionais brasileiros, **desde a Carta Política de 1946**, revela-se fundamento de ordem doutrinária **subjacente** à norma de direito positivo **que instituiu**, em nosso sistema jurídico, **a responsabilidade civil objetiva** do Poder Público, pelos danos que seus agentes, **nessa** qualidade, **causarem** a terceiros, por ação **ou** por omissão (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público, **tanto** no que se refere à ação **quanto** no que concerne à omissão do agente público – **faz emergir**, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, **o dever de**

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal. ARE 697.326/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe, 5 mar. 2013.

indenizá-la pelo dano pessoal **e/ou** patrimonial sofrido, **independentemente de caracterização de culpa** dos agentes estatais **ou** de demonstração de falta do serviço público, **não importando** que se trate de comportamento positivo **ou que se cuide** de conduta **negativa** daqueles que atuam **em nome** do Estado, **consoante enfatiza o magistério da doutrina** (HELY LOPES MEIRELLES, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, p. 650, 31ª ed., 2005, Malheiros; SERGIO CAVALIERI FILHO, “**Programa de Responsabilidade Civil**”, p. 248, 5ª ed., 2003, Malheiros; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 90, 17ª ed., 2000, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, “**Responsabilidade Civil do Estado**”, p. 40, 2ª ed., 1996, Malheiros; TOSHIO MUKAI, “**Direito Administrativo Sistematizado**”, p. 528, 1999, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “**Curso de Direito Administrativo**”, p. 213, 5ª ed., 2001, Saraiva; GUILHERME COUTO DE CASTRO, “**A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**”, p. 61/62, 3ª ed., 2000, Forense; MÔNICA NICIDA GARCIA, “**Responsabilidade do Agente Público**”, p. 199/200, 2004, Fórum, v.g.), **cabendo ressaltar**, no ponto, **a lição** expendida por ODETE MEDAUAR (“**Direito Administrativo Moderno**”, p. 430, item n. 17.3, 9ª ed., 2005, RT):

“**Informada** pela ‘teoria do risco’, **a responsabilidade** do Estado **apresenta-se** hoje, na maioria dos ordenamentos, como ‘responsabilidade objetiva’. **Nessa linha**, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. **Necessário se torna existir** relação de causa e efeito **entre ação ou omissão administrativa e dano** sofrido pela vítima. **É o chamado nexos causal** ou nexos de causalidade. **Deixa-se de lado**, para fins de ressarcimento do dano, **o questionamento** do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau

funcionamento da Administração.

Demonstrado o nexu de causalidade, **o Estado deve ressarcir.” (grifei).**⁷⁷

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO defende posição diversa, no sentido da responsabilidade subjetiva do Estado por evento danoso omissivo. O autor identifica a natureza da responsabilidade estatal a partir das características da conduta lesiva.

Para o doutrinador, das condutas positivas (comissivas) ensejadoras de danos a terceiros, praticadas por seus agentes, decorre para o Estado a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição, fundada na teoria do risco administrativo. Mas, quando o dano decorre de uma conduta negativa (omissiva) em adotar providência a que estava obrigado para impedir o dano, essa omissão configura ato ilícito e a ela se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva.⁷⁸ Diz o doutrinador:

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. ARE 655.277/MG. Rel. Min. Celso de. DJe, 12 jun. 2012.

⁷⁸ O autor define a responsabilidade objetiva como “a obrigação de indenizar (...) em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1022.

(...)

Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em obrigação (dolo).⁷⁹

Na mesma direção, MÁRIO DA SILVA VELLOSO, para quem, a conduta estatal omissiva ensejadora de dano implica responsabilidade subjetiva, com base na teoria da culpa ou falta de serviço.⁸⁰

Nessa linha doutrinária, para configuração da responsabilidade estatal não basta a simples relação de causalidade entre a ausência do serviço (a omissão estatal) e o dano sofrido. Cumpre que se configure a culpa do ente estatal por imprudência, negligência ou imperícia na adoção das medidas preventivas do dano, a que estava obrigado. Essa culpa se caracteriza por ter o Estado atuado abaixo do padrão legal de eficiência capaz de obstar o evento lesivo.⁸¹

79 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29^a ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1029.

80 “No direito brasileiro, convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 447.

81 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29^a ed.

Mas, mesmo entendendo necessária a configuração de culpa, nesse caso, a referida corrente doutrinária sustenta a necessidade de uma presunção relativa de culpa, em favor da vítima, para viabilizar o exercício do direito.

Sustenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que nos casos de comportamentos estatais omissivos danosos, identificados pela doutrina como falta de serviço, sempre há que se admitir uma **presunção de culpa *in omittendo* do ente estatal, mediante inversão do ônus da prova**, sob pena de inviabilizar ao particular a demonstração de falha da atuação devida pelo Estado, capaz de evitar o dano:

Com efeito, nos casos de ‘falta de serviço’, é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em situação extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria.⁸²

A presunção de culpa da administração, no caso, segundo autor, se justifica porque o administrado não possui domínio sobre os meandros do aparelho estatal, seus instrumentos organizacionais, ordens de serviços e meios técnicos de que dispõe o Estado para implementar suas atividades. Restaria inviável a responsabilização do Estado, na hipótese de omissão danosa, sem o reconheci-

São Paulo: Malheiros, pp. 1030/1031.

82 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1031/1032.

mento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, tendo em vista a ausência de meios para obtenção da finalidade responsabilizatória perseguida pelo ordenamento jurídico.⁸³

Não é diferente a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem, em caso de omissão danosa, “não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial”.⁸⁴

A decisão da ADC 16/DF, por interpretação ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, afasta a aplicação automática de responsabilidade ao Poder Público contratante, em face do inadimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Com isso, no entanto, não inviabiliza a responsabilização da administração, quando constatada sua omissão fiscalizatória sobre o cumprimento daqueles direitos.

A determinação da natureza e os critérios de configuração dessa responsabilidade por ato omissivo danoso, constitui matéria exorbitante do controle de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

Mas, ultrapassado os lindes da jurisdição constitucional, o tratamento complementar da matéria deve ajustar-se à jurisprudência do STF em matéria de responsabilidade por omissão esta-

83 Idem, pp. 1032.

84 JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de direito administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2014, pp. 1346.

tal, acima referida, para que se reconheça a responsabilidade aquiliana objetiva da administração pública, por omissão estatal no exercício de seu dever específico de fiscalização contratual.

Na situação dos autos, a omissão fiscalizatória é passível de identificação objetiva, pois, o padrão de fiscalização das obrigações trabalhistas, pelo ente público contratante, decorre concretamente da interpretação sistemática e teleológica das regras dos arts. 27, inciso IV; 29, incisos IV e V; 44, § 3º; 54, § 1º; 55, incisos VII e XIII; 58, inciso III; 65, § 6º; 66, 67; 78, incisos VII e VIII, e 87, todos da Lei 8.666/1993, analisados no item anterior.

No âmbito da administração pública federal, além disso, o padrão fiscalizatório ainda se acentua à luz dos arts. 19, 19-A, § 3º; 28, 31, §§ 1º e 3º; 34, § 4º; 34-A; 35, § 5º e Anexo IV da IN 2/2008 do MPOG, também analisados.

A existência dessa determinação legal objetiva para o agir estatal, de modo determinado e específico, com vistas a prevenir violação de direitos trabalhistas, é determinante para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, na esteira da jurisprudência predominante da Corte, que se confirma nos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO.

PRECEDENTE.

1. 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.

2. **Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil.** Agravo regimental a que se nega provimento (sem destaque no original).⁸⁵

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.

Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro.

85 Supremo Tribunal Federal. RE 573.595/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Eros Grau. DJe, 15 ago. 2008.

Recurso extraordinário desprovido (sem destaque no original).⁸⁶

Ainda que se entenda inviável, na espécie, o reconhecimento da responsabilidade objetiva, conforme expressamente manifestado pelo Ministro MARCO AURÉLIO no julgamento da ADC 16/DF,⁸⁷ a aplicação da responsabilidade subjetiva, no caso, desafia a presunção de culpa da administração.

Por força do caráter omissivo da conduta danosa, nesse caso, a culpa *in omittendo* da administração se presume, mediante inversão do ônus da prova, conforme doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, cabendo ao ente estatal a incumbência de comprovar que atuou com diligência fiscalizatória, quando invocado nexos causal entre sua omissão e a ocorrência do dano.

Cabe à administração demonstrar a promoção eficaz de todos os procedimentos de controle disponíveis para evitar a lesão, indispensáveis ao resultado fiscalizatório, em observância ao **princípio da eficiência administrativa** que rege a atuação da administração pública (Constituição, art. 37).

⁸⁶Supremo Tribunal Federal. Re 409.203/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. DJe, 3 jul. 2006.

⁸⁷Trecho do voto do Ministro MARCO AURÉLIO: “*Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao § 6º do art. 37 da Constituição Federal que ele não tem, decididamente não tem*”. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADC 16/DF. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. 24 nov. 2010, maioria. *Diário de Justiça Eletrônico* 173, 9 set. 2011.

A negativa de presunção de culpa da administração, no caso presente, como em todos os outros de omissão estatal, inviabilizaria a responsabilização do Estado, em face da impossibilidade prática da produção da prova da omissão ou defeito da fiscalização contratual, pelo trabalhador terceirizado. Isso equivale a impor ao trabalhador demandante, já fragilizado na relação jurídica de direito material, a produção de prova impossível, denominada “prova diabólica”.

Segundo escólio de FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, “prova diabólica é aquela cuja produção é considerada impossível ou muito difícil”.⁸⁸ A noção é acolhida pela jurisprudência do STF, conforme se infere dos seguintes precedentes: ARE 985.910/MG, Relator Ministro MARCO AURÉLIO. DJe, 26 ago. 2016; HC 103.094/SP, Relator Ministro AYRES BRITTO, Segunda Turma. DJe, 09 fev. 2012; AC 3.136 MC-AgR/DF, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe, 14 set. 2012.

A presunção de culpa se justifica, no caso dos autos, pela ausência de conhecimento e domínio do trabalhador terceirizado sobre os procedimentos internos de fiscalização do contrato administrativo, na esteira do seguinte escólio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

88 DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexadria de. Curso de direito processual civil. 11^a ed. 2^o vol. Salvador: Ed. Jus Podvum, 2016, pp. 117.

O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-la em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.⁸⁹

Por essas razões, a imputação do *onus probandi* da omissão estatal ao trabalhador terceirizado equivale, na prática, à consagração da irresponsabilidade do Estado por omissão em cumprir com um dever legal, solução inadmissível na atual quadra evolutiva do Estado Democrático de Direito.

Ademais, essa atribuição de ônus de prova, no controle de autoridade da decisão vinculante, constitui avanço sobre matéria fático-probatória, em afronta à Súmula 279 do STF. É o que se passa a demonstrar

2.5.2. Prova de culpa da administração pública por omissão fiscalizatória. Matéria fática e infraconstitucional

89 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 1032.

Conforme ressaltado pelo Relator da ADC 16/DF, Ministro CEZAR PELUSO, reconhecido o dever fiscalizatório do Poder Público sobre a execução do contrato de serviços, “a inadimplência da obrigação da Administração (...) lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei”.⁹⁰

Reconhecida a responsabilidade por omissão, esse reconhecimento já afasta, *tout court*, a hipótese vedada pelo § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, de transferência automática de responsabilidade ao Poder Público pelo fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas, em respeito à tese jurídica firmada no controle concentrado de constitucionalidade.

A partir desse ponto, a configuração denexo causal entre o dano e a omissão fiscalizatória (caso se adote a responsabilidade objetiva) ou a comprovação de culpa da administração (caso se reconheça a responsabilidade subjetiva), nos casos concretos, é matéria que escapa ao controle de constitucionalidade da norma, não se sujeitando à competência da Corte Constitucional.

O STF possui farta jurisprudência que recusa o controle de correção sobre onexo causal ou a prova de culpa, em recurso ex-

⁹⁰ADC 16/DF Relator: Ministro CEZAR PELUSO. 24 nov. 2010, maioria. *Diário de Justiça Eletrônico* 173, 9 set. 2011.

traordinário acerca de responsabilidade estatal por ato omissivo, com amparo em sua Súmula 279, segundo a qual, “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. São exemplos os julgados no ARE 721.571/SC, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, e no RE 692.332/PB, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, cujas ementas seguem a seguir respectivamente transcritas:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SOLDADO DO EXÉRCITO. ACIDENTE DURANTE MARCHA. BURACO EM VIA. FALTA DE CONSERVAÇÃO E SINALIZAÇÃO. OMISSÃO ESTATAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRADO IMPROVIDO.

I - A apreciação do recurso extraordinário, no que concerne à alegada ofensa ao art. 37, § 6º, da Constituição, encontra óbice na Súmula 279 do STF. Precedentes.

II - Agravo regimental improvido (sem destaque no original).⁹¹

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OMISSÃO ESTATAL ESPECÍFICA AFIRMADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE ASPECTOS FÁTICOS. SÚMULA 279/STF. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA

⁹¹Supremo Tribunal Federal. ARE 721.571. Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe, 29 abr. 2013.

PROVIMENTO (sem destaque no original).⁹²

Nos fundamentos desse último caso, RE 692.332/PB, argumenta a Corte que, tendo o acórdão recorrido reconhecido o nexo de causalidade entre a conduta culposa do ente público e os danos causados pelo rompimento da barragem de Camará com base no conjunto probatório dos autos, “inviável essa reanálise no âmbito do recurso extraordinário”.⁹³

Em idêntico sentido, os seguintes precedentes: RE 237.561, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe, 05 abr. 2002; AI 830.461-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJe, 16 ago. 2011; RE 603.342-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe, 1º fev. 2011; AI 727.483-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJe, 19 nov. 2010; RE 585.007-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe, de 05 jun. 2009; RE 678.144 AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe, 18 fev. 2013.

Essa tem sido a posição adotada predominantemente pela Primeira Turma do STF, especificamente quanto ao tema da responsabilidade do Poder Público por omissão fiscalizatória dos

⁹²Supremo Tribunal Federal. ARE 692.332. Segunda Turma. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe, 22 ago. 2013.

⁹³ Idem.

contratos de prestação de serviços, conforme o julgado em Agravo Regimental na Reclamação 22.332, Primeira Turma, Relator EDSON FACHIN:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. É improcedente a reclamação quando o ato reclamado não contraria a decisão proferida na ADC 16.
2. Não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(...)

A matéria discutida no presente agravo regimental não é nova nesta Corte. A ADC 16 restou assim ementada:

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 09.09.2011)

Examinando o ato reclamado, verifico que, **com base na análise das provas produzidas nos autos, ele reconheceu a responsabilidade subsidiária da parte reclamante por débitos trabalhistas, em face de reconhecer a sua culpa**

in vigilando, ao faltar com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, por parte da devedora principal.

Ao ser declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, na ADC 16, com efeito vinculante, ficou vedada a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de empresa contratada em contrato de terceirização. Contudo, não se vedou o reconhecimento de responsabilidade subsidiária em casos como o presente, nos quais fica constatada a culpa *in vigilando*.

Ademais, **ressalto a impossibilidade de se reverter o entendimento adotado pelo ato reclamado, sobre a existência, no caso concreto, de culpa in vigilando, porque, nos termos da jurisprudência desta Corte, não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos** (sem destaque no original).⁹⁴

Em idêntica esteira, decisão da Primeira Turma em Agravo Regimental na Reclamação 17.124, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, na qual se adverte para **não confundir-se**

⁹⁴ Julgado por maioria, restou vencido o Ministro, cujo voto se consignou no sentido da impossibilidade de configuração linear de culpa da administração pública por ausência de fiscalização do contrato de prestação de serviços: “**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Presidente, provejo os agravos regimentais. O tema de fundo é a responsabilidade subsidiária da administração pública, e, portanto, a problemática do desrespeito ao que decidimos na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. A partir desse julgamento, começou-se a assentar, de forma linear e invariável, que haveria culpa da administração pública pela ausência de fiscalização da prestação dos serviços, quando, na verdade, a relação empregatícia é com a empresa prestadora dos serviços”. Supremo Tribunal Federal, AgR Rcl. 22.332/PR. Primeira Turma. Rel. Min. Edson Fachin. DJe, 31 mar. 2016.

aplicação automática da responsabilidade subsidiária, vedada pela decisão da ADC 16/DF, com a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Não importa, segundo o julgado, se a configuração da culpa do Poder Público se deu por força de prova positiva ou se decorreu da omissão da entidade pública em produzir prova da fiscalização contratual. É o que se infere da dicção do julgado:

Ementa: DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

- 1. Decisão reclamada que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração por débitos trabalhistas de suas contratadas, quando reconhecida a omissão da contratante na fiscalização da execução do contrato (culpa in eligendo ou in vigilando).**
- 2. Inexistência de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 16.**
- 3. Em reclamação, é inviável reexaminar o material fático-probatório dos autos, a fim de rever a caracterização da omissão do Poder Público.**
- 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.**

(...)

3. Ademais, não se pode confundir a responsabilização automática da Administração – que é efetivamente vedada – com a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Pouco importa, portanto, se a decisão reclamada considerou demonstrada a culpa da Administração por prova positiva nesse sentido ou porque o ente público deixou de produzir elementos de convicção que

apontassem no sentido inverso. Em ambos os casos, o que se tem é um juízo sobre a interpretação do material fático-probatório dos autos, sendo inviável sua revisão em sede de reclamação. Não é outra a orientação desta Corte:

“A comprovação de culpa efetiva da Administração Pública não se revela cognoscível na estreita via da Reclamação Constitucional, que não se presta ao reexame de matéria fático probatória. Precedentes: Rcl 3.342/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Rcl 4.272/RS, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl. 4.733/MT, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl. 3.375-AgR/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes.” (Rcl 14.151 ED, Rel. Min. Luiz Fux) (sem desque no original).⁹⁵

Além do caráter fático-probatório da matéria, a jurisprudência do Tribunal é farta em reconhecer que, na seara da responsabilidade subjetiva por omissão estatal, a configuração de culpa constitui matéria eminentemente infraconstitucional. Nesse sentido, o julgado no RE 237.561/RS, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, assim ementado:

(...)

4. Se se entende - na linha da doutrina dominante -, que a questão é de ser resolvida conforme o regime legal da responsabilidade subjetiva (C.Civ. art. 15), a matéria é infraconstitucional, insusceptível de reexame no recurso extraordinário.

5. Se se pretende, ao contrário, que a hipótese se insere no

⁹⁵Supremo Tribunal Federal. AgR Rcl. 17.124. Primeira Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. DJe, 14 out. 2015.

âmbito normativo da responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º), a questão é constitucional, mas – sempre a partir dos fatos nela acertados – a decisão recorrida deu-lhe solução que não contraria a norma invocada da Lei Fundamental (sem destaque no original).⁹⁶

Essa noção jurisprudencial tem por virtude preservar ao STF a jurisdição constitucional prevista no art. 102, incisos I e III, da Constituição, reservando, no entanto, aos tribunais superiores, a competência que lhe reserva a Constituição para interpretar de forma unificada e definitiva a norma ordinária infraconstitucional.

Pertinente, nesse aspecto, reflexão do Subprocurador-Geral da República ODIM BRANDÃO FERREIRA, em parecer lançado no ARE 791.932/DF (com repercussão geral), em que ressalta o descabimento da determinação última de sentido das normas ordinárias, pelo STF, à luz de sua nova competência traçada no art. 102, inciso I, I, e inciso III, da Constituição de 1988:

Em primeiro lugar, a determinação primordialmente do sentido do direito ordinário não consta do rol da competência do STF do art. 102, i, I, e iii, da CR. Ademais, a fixação – pelo STF – do sentido de norma das normas legais destoa das funções da jurisdição constitucional.

Embora tenha reconhecido, no próprio trabalho que delineou a jurisdição constitucional, que toda violação da lei redunde em ofensa da constituição¹⁸, *Kelsen* excluiu a atribuição de restaurar a mera legalidade da competência da justiça constitucional, por

⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. RE 237.561/RS. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Primeira Turma. DJe, 05 abr. 2002.

lhe caber a interpretação das normas da constituição, como meio de sua proteção. **Não por outro motivo, vige a Súmula 636, pela qual o STF se recusa ao reexame da interpretação da lei, para que dela ulteriormente se infra desrespeito da garantia constitucional da legalidade.** Como notou o em. Min. *Sepúlveda Pertence*, cuida-se de verdadeiro axioma da nossa jurisprudência. Afirmou-o o Tribunal, sem vacilações, desde quando, a partir da EC 16/65, se iniciou, nas áreas da Justiça Eleitoral (onde os textos anteriores eram ainda mais restritivos; CF 34, art. 83, § 1º; CF 46, original, art. 120) e da Justiça do Trabalho, a tendência – universalizada pelo regime atual –, de circunscrever o recurso extraordinário à hipótese de contrariedade à Constituição.⁹⁷ Também no direito comparado é corrente a afirmação doutrinária e jurisprudencial de que o Tribunal Constitucional não pode ser visto como superinstância de revisão da aplicação do direito ordinário.⁹⁸

Do ponto de vista funcional, a transferência da função aludida atentaria contra a estrutura de tribunal composto por apenas onze Juízes. Além disso, prejudicaria as atribuições inequivocamente sujeitas à jurisdição do Tribunal, com enfraquecimento da defesa das normas relativas aos bens constitucionais protegidos noutros processos.

Ainda no aspecto funcional, **a assunção pelo STF da competência para determinar, em última análise, o exato sentido de normas legais implodiria o sistema de repartição de competência entre ele mesmo e os restantes tribunais, em especial os superiores.** Ainda que, como se verá, o controle da validade de decisões judiciais, pela via do art. 97 da CR, permita ao STF algum exame da atividade dos tribunais a respeito do direito infraconstitucional, **não se**

97 Supremo Tribunal Federal. RE 147.684. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJe, 13 ago. 1993.

98 Cf., por todos, em monografia dedicada ao tema, ALLEWELDT, Ralf. *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*. 1. AUFL., Tübingen: Mohr, 2006, p. 43, 47 e, especificamente no controle da aplicação do direito ordinário, p. 278.

pode chegar ao ponto da completa especificação do sentido da norma legal, sob pena de os mencionados parâmetros funcionais da jurisdição constitucional serem transgredidos.

A dimensão histórica das normas de competência do STF demonstra a impossibilidade de se realizar, agora, o controle de aplicação do direito ordinário, em julgamento cujo “resultado [...] é fixar a única interpretação que o texto legal [...] pode ter”.⁹⁹ Sem indagar se a representação para a interpretação de leis do art. 119, i, l, da Carta de 1969 se dispunha a uma utopia – a demarcação “em caráter definitivo”¹⁰⁰ do sentido de normas –, havia norma constitucional a autorizar que o Tribunal o fizesse.¹⁰¹ Sucede que **similar competência não foi reproduzida na Constituição de 1988, de modo que parece anacrônico pretender-se, no atual regime que o STF o faça, por meio de recurso extraordinário ou de reclamação.** (...)

Do ponto de vista histórico-sistemático, desapareceu a razão pela qual se deferiu outrora ao STF a jurisdição mencionada, pois a criação do STJ veio a completar o processo iniciado ainda em 1965 de focar o STF no trato das matérias constitucionais. Assim, carece de sentido devolver ao STF a determinação final do conteúdo da legislação infraconstitucional, quando não lhe cabe mais apreciá-lo com essa finalidade sistemática.

(...)

Em síntese, diversos fundamentos impedem a adoção de técnica de decisão que invista o STF no papel de intérprete final do

⁹⁹ Voto do Min. MOREIRA ALVES, na Rp. 1.273.

¹⁰⁰ O art. 179 do RISTF então vigente autorizava: “o Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este lhe fixe a interpretação”. Segundo o art. 180 do RISTF, entre as condições da representação estava a exposição dos “motivos que justificam a interpretação” da lei, “bem como o entendimento que lhe dá o representante”.

101

direito ordinário, pois esta função lhe cabe apenas quando promove, “precipualemente, a guarda da Constituição”, nos termos do *caput* do art. 102 da CR.

O controle último de resultado sobre os julgados trabalhistas acerca da responsabilidade subsidiária do Poder Público, promovida pela Segunda Turma do STF, tem ultrapassado, nesse sentido, os limites da jurisdição constitucional, invadindo competência da Justiça do Trabalho para reconhecer a responsabilidade do Poder Público por omissão fiscalizatória, em plena sintonia com a tese firmada na ADC 16/DF.

2.6. Encaminhamentos para conclusão

Em face do exposto, como solução ao Tema 246 de Repercussão Geral, opina-se seja confirmada a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, nos termos da decisão da ADC 16/DF, para afastar a transferência **automática** de responsabilidade ao Poder Público contratante, pelo fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, **sem prejuízo** da responsabilização por omissão ou deficiência fiscalizatória do ente público contratante.

Desse modo, reconhecida a responsabilidade por omissão fiscalizatória, esse reconhecimento já afasta, *tout court*, a hipótese

vedada pelo § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, de transferência automática de responsabilidade ao Poder Público pelo fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas, em respeito à tese jurídica firmada no controle concentrado de constitucionalidade.

O dever de exigir e fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas, no âmbito dos contratos de obras e prestação de serviços, decorre de interpretação sistemática e teleológica de dispositivos da Lei de Licitações. No âmbito da administração pública federal, além disso, o rígido padrão fiscalizatório se assenta em disposições da IN 2/2008 do MPOG.

Essa fiscalização tem por objetivo imediato a preservação da higidez contratual, mas, o dever fiscalizatório também decorre da função socioambiental do contrato administrativo, que submete a realização dos interesses imediatos da administração pública à proteção da sociedade constitucional e, em particular, dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores (Constituição, art. 7º).

Quanto à definição da natureza (objetiva ou subjetiva) e aos requisitos de configuração da responsabilidade estatal por omissão danosa ao direito do trabalhador terceirizado, nos casos concretos, constitui matéria que extrapola os lindes do controle de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

Caso ultrapassado, no entanto, o referido limite de apreciação, considera-se que a omissão fiscalizatória do Poder Público, quanto ao adimplemento dos direitos trabalhistas, se

equipara em consequências à omissão por **falha do serviço**, ensejando responsabilidade aquiliana objetiva, na forma do § 6º do art. 37 da Constituição, conforme jurisprudência da Corte.

Lado outro, caso seja conferida natureza subjetiva a essa responsabilidade, o caráter omissivo da conduta estatal desafia presunção relativa de culpa da administração pública, conforme doutrina administrativista aplicável à espécie, cabendo ao ente público demandado o ônus de comprovar a realização da fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o dano ao direito social do trabalhador.

A negativa de responsabilidade subsidiária do Poder Público, na hipótese de omissão fiscalizatória, ou a imputação de *onus probandi* ao trabalhador demandante, quanto à omissão estatal, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal, com grave violação ao princípio de justiça em que se assenta o Estado de Direito.

Ademais, a análise da prova de culpa do ente público, em reclamações constitucionais, desafia o revolvimento de material fático-probatório, em afronta à jurisprudência predominante da Corte.

Aplicada a tese ao caso concreto do recurso extraordinário em apreço, tem-se que a decisão recorrida, de fls. 257/286, manteve a responsabilidade subsidiária da União, reconhecida na instância ordinária, por culpa *in vigilando*, em face da ausência de

prova de fiscalização contratual, pela entidade pública contratante.

É o que se extrai do seguinte excerto do julgado:

Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.

Fundada em responsabilidade civil da administração pública, portanto, a condenação da União encontra guarida no § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, afastando, por conseguinte, a alegada violação à decisão da ADC 16/DF, o que enseja o desprovimento do recurso extraordinário.

Em apreciação ao Tema 246 de Repercussão Geral, o presente parecer substitui, pois, aquele lançado no RE 603.397/SC.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral da República pela adoção da tese jurídica acima exposta, com o desprovimento do recurso extraordinário.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2016.

José Bonifácio Borges de Andrada
Procurador-Geral da República em exercício

JCCR/HSA