

# A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES, A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF E A NOVA REDAÇÃO DOS ITENS IV E V DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

José Roberto Freire Pimenta\*

1 – A ANTIGA REDAÇÃO DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF EM QUE SE JULGOU CONSTITUCIONAL O ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93

**E**m sessão de 24.11.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em Ação Declaratória de Constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93<sup>1</sup>, tendo ficado vencido parcialmente apenas o Ministro Ayres Britto, que dava pela sua inconstitucionalidade somente no que respeita à terceirização de mão de obra.

Como se sabe, o ponto nuclear da discussão ali travada foi o de determinar se as decisões proferidas pelas Cortes Trabalhistas, tomadas com base na redação, então em vigor, do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior

---

\* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG; professor adjunto III da Faculdade de Direito da PUC Minas, nas áreas de mestrado e doutorado.*

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

§ 1º *A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilização 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” (destacou-se – redação dada pelo art. 4º da Lei nº 9.032, de 28.04.95).*

do Trabalho<sup>2</sup>, condenando, como responsáveis subsidiários, os entes públicos tomadores dos serviços dos trabalhadores terceirizados ao pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas por seus empregadores, que celebraram com a Administração Pública, em estrita observância da referida Lei de Licitações, contratos administrativos para a prestação contínua de serviços, teriam ou não implicado, necessariamente, considerar inconstitucional aquele § 1º do art. 71 daquela Lei, ainda que de forma implícita.

Na medida em que esse dispositivo da lei federal jamais foi declarado inconstitucional pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho (ou, aliás, por qualquer outro Tribunal do Trabalho) por meio do específico incidente de inconstitucionalidade regulado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, as decisões proferidas pelos órgãos fracionários dos Tribunais que não tivessem absolvido os entes públicos de qualquer responsabilidade por aquelas obrigações trabalhistas, por aplicação direta e automática do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, teriam, na verdade, considerado inconstitucional esse preceito de lei embora sem o explicitar, com violação da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal<sup>3</sup> e, em consequência, da Súmula Vinculante nº 10<sup>4</sup>.

Em decorrência daquela decisão e a partir de então, passaram a ser proferidas decisões liminares e finais pelo STF em centenas de Reclamações e de Agravos Regimentais em Reclamações ajuizadas pelos entes públicos condenados pelos órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas, com base no item IV da Súmula nº 331 do TST, todas elas cassando aquelas condenações e determinando, em consequência, o retorno dos autos de cada processo aos órgãos que as haviam proferido, para prolatarem outras decisões<sup>5</sup>.

- 
- 2 “Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) 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 21.06.93)*”. (grifou-se)
  - 3 “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”.
  - 4 Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 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”.
  - 5 Como se sabe, os arts. 102, inciso I, I, e 103-A, § 3º, da Constituição Federal estabelecem, respectivamente, que compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a reclamação “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” e, nos casos referentes a súmulas vinculantes, para cassar “a decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar,” quando “determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Essa situação, afetando dezenas de milhares de trabalhadores terceirizados de todo o país que já haviam obtido a condenação dos entes públicos aos quais prestaram serviços e um número bem maior de reclamantes com ações trabalhistas semelhantes ainda em curso, causou enorme perplexidade em todos os operadores do Direito do Trabalho, pela gravidade das consequências que aparentemente adviriam daquela decisão da mais alta Corte de Justiça brasileira. Com efeito, o afastamento da responsabilidade subsidiária daqueles entes públicos que se utilizaram dos trabalhadores terceirizados pela automática e absoluta aplicação da literalidade daquele preceito da Lei de Licitações, em todo e qualquer caso trabalhista, deixaria ao desamparo todos aqueles empregados que somente estavam executando o responsável subsidiário daquelas obrigações trabalhistas porque o patrimônio de seu empregador e devedor principal já se mostrara, em cada processo, incapaz de suportar seu adimplemento.

No entanto, foi possível verificar, por meio do exame dos *fundamentos determinantes* daquela decisão, que aquele pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, embora tenha implicado significativa modificação de seu posicionamento anterior sobre a necessidade de rigorosa observância dos ditames de sua Súmula Vinculante nº 10 pelos órgãos fracionários dos Tribunais e declarado expressamente ser constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, não acarretou, na verdade, consequência tão drástica para os milhões de trabalhadores terceirizados interessados.

Como se demonstrará a seguir, naquele julgamento, *o Supremo Tribunal Federal absolutamente não reconheceu*, com base naquele preceito legal e como pretendiam as centenas de entes públicos que atuaram como interessados nos autos daquela Ação Direta de Constitucionalidade, *a total impossibilidade de condená-los a responder de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que lhes prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados* – apenas ali se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Esta é, portanto, a questão crucial remanescente: pode a Administração Pública, ao contratar, após regular procedimento licitatório, determinada empresa fornecedora de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de modo contínuo, simplesmente ignorar, no curso daquele contrato administrativo e no momento de sua rescisão, se esta, na condição de empregadora, está ou não cumprindo, a tempo e a modo, todas as obrigações trabalhistas (constitucionais, legais e as estabelecidas em normas coletivas de trabalho) para com seus empregados, de cujos serviços o ente público é tomador?

Em outras palavras, o preceito do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, literal e isoladamente interpretado e aplicado, é suficiente para, *a priori*, absolver o ente público de qualquer responsabilidade pela satisfação dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados que lhe prestam serviços ou, ao contrário, há outros preceitos legais, no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, que podem e devem ser aplicados de forma simultânea e sistemática no julgamento desses dissídios individuais, para permitir a conclusão de que o ente público tomador dos serviços dos trabalhadores terceirizados tem, nesses casos, o dever legal de fiscalizar o cabal e tempestivo cumprimento, por aquela empregadora, de suas próprias obrigações trabalhistas, e, não havendo sido provado que assim o fez, terá incorrido em conduta culposa (ainda que omissiva), ensejadora de sua responsabilidade extracontratual pelos danos a eles causados, nos estritos termos da legislação civil, subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT?

Para bem compreender por que a segunda alternativa é, sem dúvida, a correta, cumpre-se, antes de tudo, relembrar o conceito e o papel da terceirização no âmbito do Direito do Trabalho, bem como a evolução do tratamento legal e jurisprudencial que lhe foi dado em nosso país.

### 2 – A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL, EM GERAL E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A EVOLUÇÃO DE SEU TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Expressão, no campo das empresas privadas, da passagem do modelo *fordista* de organização produtiva para o *toyotista* e, na esfera da Administração Pública, do abandono do paradigma do Estado do Bem-Estar Social intervencionista em prol da adoção do modelo de Estado mínimo e enxuto propugnado pelas ideias neoliberais, o fenômeno da terceirização sempre manteve uma relação de tensão e até mesmo de antagonismo com o Direito do Trabalho, por sua evidente falta de sintonia com os princípios fundamentais deste ramo do Direito.

Isso se dá porque a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distingui-lo da relação empregatícia clássica (que é bilateral, entre empregado e empregador). Nas clássicas palavras do Ministro Mauricio Godinho Delgado, a terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”<sup>6</sup>. Por seu intermédio, o ordenamento jurídico permite que se

---

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 426. Para o aprofundamento do conceito e do significado da terceirização no processo produtivo capitalista, bem como da necessidade de se promover o seu controle civilizatório pela ordem jurídica brasileira,

estabeleça uma relação de trabalho *trilateral*, por meio da qual o trabalhador presta serviços de natureza não eventual a um tomador que, embora continue a dirigir e a assumir os riscos de seu empreendimento, deixa de ser considerado o seu empregador, que passa a ser outro sujeito – a empresa interveniente – que fornece a mão de obra terceirizada e lhe paga o salário (o qual, no entanto, compõe o preço do serviço quitado a este fornecedor pela empresa tomadora).

É fácil de perceber que, embora do ponto de vista econômico e estrutural, as relações de produção capitalistas sejam, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais quanto nas relações de trabalho terceirizado, é exclusivamente o Direito que autoriza (ou não) essa substancial modificação na natureza, no conteúdo e nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços. Repita-se: é apenas o Direito que, excepcionalmente e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico, autoriza o estabelecimento de uma relação contratual diversa da relação de emprego.

Por isso mesmo é que vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ainda hoje, consideram ilegal a pura e simples intermediação de mão de obra (de modo pejorativo denominada *marchandage*), na medida em que a participação de um terceiro intermediário nessa relação de trabalho subordinado não teria nenhuma justificativa plausível, não passando de rele venda, por um intermediário, do trabalho alheio, que se apropriaria de parte do valor da remuneração que, uma vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou aquele trabalho<sup>7</sup>.

---

consultem-se ainda, além da obra recém-citada (p. 426-428 e 457-466), DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização – paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 92-127; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009. p. 23-50, e a parte introdutória, redigida por Márcio Túlio VIANA, do artigo coletivo de VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos – Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST – novos enfoques. In: *LTr* 75-03/282-286, mar. 2011 e in: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 1, nº 1, jan./mar. 2011, p. 54-64.

- 7 É o caso, por exemplo, da França, cujo Código do Trabalho, em seu Capítulo V, proclama ser vedada a *marchandage* por prazo indeterminado, assim entendida “toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra que cause prejuízo ao assalariado ou impeça a aplicação dos dispositivos da lei, regulamento, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (artigo L. 125-1), uma vez que o seguinte artigo L. 125-3 reitera ser proibida “toda operação com fim lucrativo que tenha por objeto exclusivo a prestação de mão de obra”, com exceção do trabalho temporário regulado pela correspondente Lei de 1972 e pelo artigo L 141-1 do mesmo Código (*apud* AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de; TORRES, Marcos Souza e Silva. *Terceirização e direito comparado*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 145-146.

No mesmo sentido dispõe a Convenção nº 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a *marchandage* (por ela caracterizada como a pura e simples comercialização da

Não é apropriado nem necessário narrar aqui, em detalhes, a complexa evolução normativa e jurisprudencial do tratamento que o fenômeno da *terceirização* recebeu em nosso país<sup>8</sup>.

Basta, por ora, apenas registrar que, no campo da Administração Pública, a terceirização recebeu tratamento legal pioneiro por meio do Decreto-Lei nº 200/67, que, ao pretender promover a reforma administrativa e como forma de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, exortava o administrador público a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas executivas e atividades internas que, pela natureza altamente especializada ou pela necessidade apenas transitória, não justificariam a criação de carreiras públicas, e isso por meio da contratação de entidades da iniciativa privada (art. 10, § 7º).

Logo em seguida, e no campo das atividades privadas, a Lei nº 6.019, de 1974, foi o primeiro diploma legal que, nas hipóteses específicas de que tratava (o trabalho temporário nas empresas urbanas, destinado a atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços), dissociou, de forma expressa, a figura jurídica do empregador, que passou a ser a empresa fornecedora daquela mão de obra, daquele tomador (ou beneficiário) dos serviços prestados por estes trabalhadores, quebrando-se, assim, o paradigma clássico da relação bilateral de trabalho. Anos depois, a Lei nº 7.102, de 1983, ao disciplinar o sistema de segurança dos estabelecimentos financeiros, também veio a admitir a prestação,

---

força de trabalho por empresas interpostas). Mônica Valente (em seu artigo “A terceirização nos serviços públicos: trabalho decente e serviço público de qualidade”. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil – do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, 2009. p. 103-105) noticia que, mais recentemente (a partir de 2002), foi retomado esse debate no âmbito daquela Organização e apesar da forte resistência dos representantes dos empregadores, tendo sido aprovada, em 2006, a Recomendação nº 198, que busca criar elementos para uma política nacional de proteção efetiva aos trabalhadores no marco de uma relação de trabalho entre empregador e empregado, estabelecendo indicadores (como, por exemplo, se há integração do trabalhador na organização da empresa) que caracterizem uma relação de trabalho direta e, assim, combater as relações de emprego encobertas sob o manto da terceirização.

- 8 Para uma completa exposição dessa evolução, consultem-se FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira e DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81-118 e GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 428-436 e, no âmbito específico da terceirização no serviço público, AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*, op. cit., p. 103-134 e a parte de autoria da Professora Gabriela Neves Delgado do artigo coletivo de VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST – novos enfoques*. In: *LTr* 75-03/286-290, mar. 2011 e in: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 1, nº 1, jan./mar. 2011, p. 64-71.

por empresa especializada contratada, de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores.

Como se sabe, com a disseminação da terceirização por intermédio de empresas fornecedoras de mão de obra e o ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30.09.86, aprovou a Súmula nº 256, por meio da qual restringiu duramente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, considerando-a sempre, salvo as duas exceções nela expressas, como caracterizadora de *marchandage* (isto é, a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas) e, portanto, ilícita:

“Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.”

No entanto, no âmbito da Administração Pública, o Decreto-Lei nº 2.300/86, que também veio a disciplinar as licitações antes da Lei nº 8.666/93, admitiu, em seus arts. 1º e 5º, inciso II, a contratação, pela via da terceirização, dos serviços ali especificados e a própria Constituição de 1988, por sua vez, previu expressamente, em seu art. 37, inciso XXI, a figura da contratação de serviços. Diante dessa clara ampliação normativa das hipóteses de terceirização lícita no campo da atividade dos entes públicos, a própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pouco a pouco e mesmo no campo das empresas privadas, foi mitigando o rigor de seu Enunciado nº 256 para distinguir da mera intermediação de mão de obra, que continuou considerando ilícita a prestação de serviços técnicos especializados, situação que tornaria lícita a terceirização e que, aos poucos, foi sendo ampliada para abranger, em princípio, todas as atividades-meio do tomador dos serviços.

Em outubro de 1993, o Tribunal Superior do Trabalho, consagrando essa gradativa flexibilização do tratamento dado à terceirização por sua jurisprudência nos anos anteriores, acabou por revisar a Súmula nº 256 e editou, em seu lugar, a Súmula nº 331. Esta, em síntese, passou a admitir como lícita a terceirização em atividades-meio, como instrumento capaz de permitir que a empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores terceirizados se especialize em sua vocação essencial (isto é, no desenvolvimento de suas atividades-fim). Mas, como uma contrapartida essencial e inafastável capaz de impedir que a terceirização se convertesse em puro e simples instrumento de precarização e de desproteção dos trabalhadores terceirizados, assegurou proteção patrimonial a esses por meio da atribuição, ao tomador de seus serviços, de responsabilidade

subsidiária pelo adimplemento de seus direitos trabalhistas que não tenham sido satisfeitos por seu empregador<sup>9</sup>.

Em rica e detalhada exposição, o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim descreve como a edição da Súmula nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao final de 1993, foi a culminação de um acirrado debate interno e uma espécie de solução de compromisso entre as diversas correntes de pensamento então existentes nesta Corte sobre a matéria e que, nos anos anteriores e desde a edição da Súmula nº 256, dividiam-se entre os que manifestavam preocupação com os efeitos da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho (razão pela qual eram favoráveis à manutenção do Enunciado nº 256) e aqueles que preconizavam a modernização desse ramo do Direito para absorver uma nova realidade econômica que, no seu entender, não poderia mais ser ignorada (motivo pelo qual propugnavam a flexibilização da interpretação jurisprudencial sobre o tema, com a revogação daquele enunciado e a edição de uma nova e menos restritiva súmula). O novo consenso produzido foi, como se sabe, deixar de presumir, como antes fazia a primeira súmula, que a terceirização em atividade-meio constitui um artifício fraudulento de comercialização de mão de obra (*a marchandage*), passando-se a presumir exatamente o contrário, ou seja, que essa terceirização nas atividades-meio das empresas privadas e dos entes públicos em geral constitui um veículo de especialização dos tomadores dos serviços em sua vocação essencial<sup>10</sup>.

Só foi possível, no entanto, obter a concordância da maioria dos Ministros então integrantes do Tribunal Superior do Trabalho com esta significativa modificação jurisprudencial por intermédio do estabelecimento dos seguintes limites e condições:

---

9 “Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.” (Redação original que lhe foi dada pela Resolução nº 23/93, DJ 21, 28.12.93 e 04.01.94).

10 AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público...*, *op. cit.*, p. 122-123.

a) os serviços objeto de terceirização, a serem desenvolvidos no âmbito da tomadora e sob as vistas dessa, devem ser necessariamente *especializados*;

b) esses serviços devem estar *ligados à atividade-meio da tomadora*, ou seja, devem ser serviços de apoio ou complementares aos de sua finalidade;

c) quando o fornecedor de mão de obra não tiver idoneidade econômico-financeira para cumprir suas obrigações trabalhistas para com seus empregados terceirizados, *a tomadora de seus serviços deverá responder subsidiariamente por estas obrigações, por culpa extracontratual* decorrente de sua *culpa in eligendo e in vigilando* e em direta aplicação do princípio da proteção ao trabalhador e da teoria do risco<sup>11</sup>.

É sabido que a consagração desta última condição, no item IV da nova Súmula nº 331, como uma espécie de garantia patrimonial dada aos trabalhadores terceirizados contra a insolvência econômica de sua empregadora fornecedora de mão de obra, foi absolutamente necessária para a aprovação do cancelamento da Súmula nº 256 sobre o tema, ao fundamento de que, sem essa compensação, a generalização da terceirização para todas as atividades-meio da tomadora de serviços não passaria de instrumento iníquo de precarização da condição social e econômica daqueles trabalhadores.

Embora a nova Súmula nº 331 do TST tenha exercido enorme impacto sobre a disciplina da terceirização no âmbito da Administração Pública brasileira (na medida em que estendeu expressamente aos entes públicos submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho a possibilidade de contratar, por meio de terceirização e sem concurso público, a prestação de serviços em atividades-meio ou de apoio e em que também proclamou que, no caso dos entes públicos e por força do art. 37 da Constituição, a ilicitude da terceirização praticada não autorizaria o reconhecimento de vínculo de emprego), no aspecto de sua responsabilidade patrimonial pelos débitos trabalhistas das empresas fornecedoras de mão de obra inadimplentes, os entes públicos tomadores daqueles serviços, desde logo, buscaram obter tratamento diverso do dado às empresas privadas. Isso se deu, exatamente, pelo disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93<sup>12</sup>,

---

11 Para uma clara, concisa e lúcida exposição das premissas que levaram à revisão do Enunciado nº 256 e sua substituição pela Súmula nº 331 por um dos Ministros do TST que mais se destacaram na defesa daquela modificação, consulte-se o artigo do Ministro Vantuil Abdala: “Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço”, in: *LT* 60-05/587-590, maio de 1996.

12 Na redação original desse preceito legal, o referido § 1º desta Lei também excluía da responsabilidade da Administração Pública licitante as obrigações previdenciárias do contratado relativas aos trabalhadores terceirizados, o que só foi alterado pela nova redação atribuída a seu § 2º pela citada Lei nº 9.032/95, *in verbis*:

diploma legal promulgado, não por acaso, no mesmo ano daquela profunda alteração do referido entendimento jurisprudencial predominante.

Nos anos subsequentes, a acirrada resistência dos entes públicos demandados e condenados como tomadores dos serviços terceirizados, em todas as reclamações trabalhistas ajuizadas pelos trabalhadores contra eles e seus empregadores contratados após regular licitação, nos precisos moldes preconizados pela redação original do item IV da Súmula nº 331, concentrou-se justamente na invocação da ilegalidade de sua responsabilização subsidiária por aqueles débitos trabalhistas, por deixar a Justiça do Trabalho de aplicar a literalidade daquele artigo da Lei de Licitações e pela conseqüente alegação de que as decisões trabalhistas, ao não aplicarem, de forma automática e absoluta, aquela norma legal, estariam implicitamente considerando-a inconstitucional (sem que essa inconstitucionalidade houvesse sido examinada e decidida pela maioria do Pleno ou do Órgão Especial, conforme o caso, de cada Tribunal, como exige, para tanto, o art. 97 da Constituição).

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, essa acabou por ficar pacificada no âmbito da Justiça do Trabalho em 2000, quando o TST, ao julgar de forma unânime incidente de uniformização de jurisprudência<sup>13</sup> e sem proclamar a inconstitucionalidade do invocado § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, alterou a redação do citado item IV da citada súmula para tornar expresso que a responsabilidade patrimonial nele prevista também abrange a Administração Pública, nos seguintes termos:

“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 21.06.93*)” (destacou-se).<sup>14</sup>

---

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

(...)

§ 2º *A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.*”

13 Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, Rel. Min. Milton de Moura França, julgado por unanimidade na Sessão do Tribunal Pleno de 11.09.00, DJ de 20.10.00.

14 Resolução nº 96/00, DJ de 18,19 e 20.09.00.

Embora não tenha havido, naquela decisão unânime do Pleno do TST, a expressa declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93<sup>15</sup>, é preciso reconhecer que um de seus principais fundamentos foi, paralelamente, a aplicabilidade do § 6º do art. 37 da Constituição Federal a essas controvérsias, o que traria como consequência que a responsabilidade dos entes públicos tomadores daqueles serviços terceirizados poderia ser considerada objetiva, prescindindo-se, assim, da apuração da culpa da Administração Pública em cada caso concreto.

### 3 – A MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO À NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS EFEITOS SOBRE A APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITEM IV, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL

Até o julgamento da ADC nº 16-DF, estava sendo inteiramente desfavorável aos entes públicos a posição do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a arguição de violação da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição pela nova redação dada pelo TST, em 2000, ao item IV de sua Súmula nº 331 e pelas decisões dos órgãos fracionários da Justiça do Trabalho que se limitavam a aplicá-lo de forma automática, em recursos extraordinários (e correspondentes agravos de instrumento) e em reclamações que haviam apresentado contra as decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais trabalhistas.

Eram basicamente dois os fundamentos adotados pelas decisões monocráticas e colegiadas do STF para rejeitar essa arguição:

a) o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não foi declarado inconstitucional pelo item sumulado em discussão, tanto que nele estava mencionado como em pleno vigor;

b) ainda que o afastamento de sua incidência pelos órgãos fracionários dos Tribunais que proferiram as decisões condenatórias naqueles processos trabalhistas pudesse ter significado, implicitamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade daquele preceito legal, não teria havido ofensa à exigência

---

15 E sim a consagração do entendimento de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados não se confunde com a responsabilidade principal e contratual pelas obrigações trabalhistas correspondentes (esta, sim, expressamente excluída por aquele dispositivo da Lei de Licitações) mas não a exime, nos casos em que constatada a presença de sua culpa (*in eligendo* e *in vigilando*), de vir a responder de forma subsidiária por elas, se ocorrido seu inadimplemento pelo empregador e se ela houver participado da relação processual, respeitando-se, portanto, o benefício de ordem e resguardando-se a possibilidade de ação regressiva.

da “reserva de plenário” estabelecida no art. 97 da Constituição, porque a decisão daquele incidente de uniformização, que redundou na nova e combatida redação do item IV da Súmula nº 331 daquela Corte, fora proferida pelo Tribunal Pleno do TST e por unanimidade.

No entanto, ao longo dos últimos anos, pouco a pouco ganhou força, na Corte Suprema brasileira, a compreensão de que alguns órgãos fracionários dos demais Tribunais de nosso país estariam proferindo decisões em que deixavam de aplicar determinados dispositivos da legislação infraconstitucional por considerá-los, ainda que não expressamente, contrários à Constituição, mas sem levarem a questão constitucional ao exame e à decisão do Pleno ou do Órgão Especial correspondentes, violando, assim, a citada exigência do art. 97 da Norma Fundamental. Isso, por sua vez, acarretaria a grave consequência de impedir, por vias transversas, que essa questão constitucional viesse a ser submetida ao conhecimento e ao julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal pelos canais processuais regulares. Em consequência, acabou por pacificar-se o entendimento de que essas decisões deveriam ser reformadas ou cassadas, conforme o caso, de modo que assegurassem o regular e necessário exame e o decorrente prequestionamento da matéria constitucional subjacente pelo Órgão plenário para tanto competente<sup>16</sup>.

Esses precedentes, como se sabe, redundaram na aprovação da Súmula Vinculante nº 10, com a clara e expressa intenção de evitar que órgãos fracionários de tribunal deixem de aplicar dispositivos infraconstitucionais por meio da utilização de critérios, razões e fundamentos extraídos, expressa ou até mesmo implicitamente, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 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.”<sup>17</sup>

16 Vejam-se a respeito os seguintes precedentes, todos da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence como seu Relator:

“I – Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quórum qualificado (Constituição, art. 97): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências.

II – Controle de constitucionalidade: reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” (RE 240.096/RJ, RE 432.597-AgR/SP e AI 473.019-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – RTJ 169/756-757).

17 A Súmula Vinculante nº 10 não foi aprovada para proclamar o óbvio (a necessidade de se observar o disposto no art. 97 da Constituição Federal), mas, sim, para coibir a prática, deliberada ou não, de os demais Tribunais negarem a aplicação de lei federal por considerá-la, na verdade, inconstitucional, sem,

Tudo isso, no entanto, não teria sido suficiente para modificar a jurisprudência do STF a respeito da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra terceirizada se, ao mesmo tempo e naquela mesma sessão de 24.11.10 em que se julgou a ADC nº 16-DF, não tivesse havido outra importante alteração no entendimento daquela Corte, passando-se, agora, a não mais se admitir como válido que o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo do poder público pelos Tribunais brasileiros, ainda que por seu Pleno ou Órgão Especial, houvesse se dado em procedimento ou incidente diverso do incidente de declaração de inconstitucionalidade para tanto previsto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Naquela mesma ocasião, também ficou decidido que não atendeu à cláusula de reserva de plenário estabelecida pelo art. 97 da Constituição e aos ditames da Súmula Vinculante nº 10 a referida decisão do Plenário do TST, ainda que unânime, que, ao julgar um incidente de uniformização de jurisprudência, afastou a incidência daquele artigo da Lei de Licitações, sem declará-lo inconstitucional, mas aplicando o antigo item IV de sua Súmula nº 331 (então considerado de conteúdo diametralmente oposto a esse preceito de lei) *e com base em critérios extraídos da Constituição* (no caso, o disposto no § 6º do art. 37 da Norma Fundamental, referido de forma expressa nos fundamentos daquela decisão). Acrescentou-se ser indispensável, para que a cláusula de reserva de plenário seja observada, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, decisão que, por sua gravidade, não poderia ocorrer em um mero incidente de uniformização de jurisprudência<sup>18</sup>.

---

no entanto, explicitarem esse fundamento central, com isso vedando o acesso do interessado, pela via do recurso extraordinário (art. 102, III, *a e b*, da CF/88), ao Supremo Tribunal Federal, para que este possa dar a última palavra sobre esta questão constitucional. Em outras palavras, ao não adotarem o procedimento exigido pelo art. 97 da Constituição para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, os órgãos fracionários dos outros Tribunais estariam impedindo que o STF pudesse exercer o seu papel precípuo de guardião da Constituição Federal nos casos em que os interessados na aplicação de normas infraconstitucionais em seu benefício se defrontassem com decisões das demais instâncias judiciais que deixassem de aplicá-las por critérios que, na verdade, decorreriam da Constituição Federal.

- 18 Trecho extraído de voto anterior da Ministra Ellen Gracie, transcrito na decisão proferida no Agravo Regimental na Reclamação nº 10.738 AgR/SE, sessão de 25.11.2010, Relª Minª Cármen Lúcia, DJE-233, 02.12.2010. No mesmo sentido, vale também citar a seguinte ementa:

“PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE Nº 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. I – Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. II – Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado nº 331 do TST resultado de uma votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência. III – Dessa forma,

#### 4 – O VERDADEIRO TEOR DO JULGAMENTO DA ADC Nº 16-DF E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal ao julgar, em sua sessão de 24.11.2010, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, houve por bem, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto), *considerar constitucional o referido art. 71 da Lei nº 8.666/93, de modo que vede, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação*. Porém, como se demonstrará a seguir, esse julgamento não impediu, de forma mecânica e absoluta, que, em determinados casos e sob certas circunstâncias (isto é, quando se encontrar configurada a culpa do ente público), a Administração Pública contratante continue a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo nos casos de terceirizações lícitas e após regular licitação para seleção do contratado como fornecedor de mão de obra.

Conforme se verifica da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão<sup>19</sup>, o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com *culpa in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado.

Nesse exato sentido foi o pronunciamento do Ministro-Relator Cezar Peluso, nos seguintes e expressivos termos:

---

afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante nº 10. IV – Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação. (Agravo Regimental na Reclamação nº 6.970 AgR/SP, sessão de 24.11.2010, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, Public. 15.02.2011)”

19 Conforme o vídeo da sessão plenária do STF do dia 24.11.2010, 2º bloco, disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>, acesso em: 13 dez. 2010, *apud* VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques, *op. cit.*, p. 282-295 e p. 73-76, respectivamente.

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

No prosseguimento daquele debate, o mesmo Relator foi ainda mais incisivo ao reconhecer o acerto das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e imputar, em certos casos e sob certas circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, apesar do preceito expresso do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelos seguintes fundamentos:

“Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. *‘Mas isso não significa que eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à administração.’ É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais.* Então, em outras palavras (...), *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’ (...)” (destacou-se)

Na mesma ocasião e seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski foi igualmente claro a esse respeito:

“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’*. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que 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’*, e aí, segundo o TST, *incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666.*” (destacou-se)

Essa mesma preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse de forma absoluta e automática toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado por seu contratante, foi bem exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no incisivo voto que proferiu na ocasião, *in verbis*:

“Bem verdade que os conflitos 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, os responsáveis pelas contas dos municípios, *‘que haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço’*. A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, *‘mas que haja essa culpa in vigilando é fundamental’* (...). *Talvez aqui reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, ‘que inicialmente são os órgãos contratantes’, e depois os órgãos fiscalizadores, ‘de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS’.*” (destacou-se)

No prosseguimento dos debates naquele julgamento, o Ministro-Relator Cezar Peluso, ao responder ao argumento de que seria ilegal atribuir responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento desses débitos trabalhistas diante da literalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e dele discordar abertamente, foi ainda mais enfático sobre essa possibilidade sob certas circunstâncias concretas, verificadas caso a caso:

“V. Exa. está acabando de demonstrar que *a Administração Pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. ‘É isso que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela justiça do trabalho, não é a constitucionalidade da norma’*. A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas *a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei.*” (destacou-se)

Da clareza desses fundamentos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua composição plenária, a ADC nº 16-DF, com um único voto vencido, com efeito reputou constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e também considerou contrário à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos arts. 480 a 482 do CPC), vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuísse, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação, em relação aos empregados deste último fornecidos ao ente público.

Em outras palavras, naquele julgamento, de fato se considerou que, *por força daquele dispositivo da Lei de Licitações em vigor, o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado pelo ente público não enseja automaticamente a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária.*

Contudo, naquela mesma decisão, *em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, da Constituição Federal)*, também se entendeu, de forma também expressa, que a constitucionalidade desse preceito legal não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal, os quais, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução daquele contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento daquelas obrigações trabalhistas.

Em consequência, em absoluto, não foi descartado, naquele julgamento (sendo, ao contrário, ali salientado), que continua plenamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como esse e à luz do conjunto fático-probatório neles delineado, continue a imputar ao ente público tomador daqueles serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária por aquelas obrigações inadimplidas por seu devedor principal, em virtude da presença de *culpa in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório) ou de *culpa in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não

ter fiscalizado, como deveria, o cumprimento das normas trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

O que, então, decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal foi que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade *contratual* da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular que foi selecionado e contratado em decorrência da correspondente licitação, pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderá ser considerado, automaticamente, o devedor principal daqueles trabalhadores.

Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, será sempre possível apurar, através do exame dos elementos fático-probatórios constantes de cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, mesmo que apenas omissiva, que justifique que lhe seja atribuída responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos por ela causados.<sup>20</sup>

Cumpra, desde logo, advertir que, nos casos de terceirizações ilícitas (de que trata o item II da Súmula nº 331 do TST), a responsabilidade extracontratual da Administração Pública é clara e indubitosa, sendo dispensáveis maiores considerações a respeito. Em consequência, o ente público que, em conjunto com o falso empregador daqueles trabalhadores, houver perpetrado tão flagrante ilicitude, não terá como furta-se de responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas daqueles reclamantes, embora não seja possível o reconhecimento

---

20 No mesmo sentido também se pronuncia com propriedade a i. Professora e Desembargadora do TRT da 2ª Região Ivani Contini Bramante (em seu artigo “A aparente derrota da Súmula nº 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização”, in: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, nº 37, jan./mar. 2011, São Paulo: LTr, p. 109 e in: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 07/2011, p. 36-37):

“A declaração de constitucionalidade da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), art. 71, § 1º, pelo Supremo Tribunal Federal (ADC nº 16) foi feita *in abstracto*, desvinculada de qualquer caso concreto, na consideração de um processo de licitação em condições de legalidade e normalidade. Portanto, não constitui *salvo conduto ou incondicional ausência de responsabilidade pelos danos a que deu causa a Administração Pública*, por meio de contratação precedida de procedimento licitatório. Se restar provado que a Administração Pública, por seu agente público, de qualquer modo concorreu para o descumprimento da legislação trabalhista, atrai a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.”

Para idêntica conclusão, consultem-se ainda os artigos dos Desembargadores do Trabalho SILVA, Antônio Álvares da. “Responsabilidade da administração pública nas terceirizações”, in: *LTr* 75-03/271-275, mar. 2011 e GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. “Art. 70 da Lei nº 8.666/93 e Súmula nº 331 do C. TST: poderia ser diferente?”, in: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, nº 37, jan./mar. 2011, São Paulo: LTr/ANAMATRA, p. 133-141.

do vínculo de emprego do trabalhador com ele, por força do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Da mesma forma, nos casos das denominadas terceirizações lícitas de serviços, decorrentes de prévio e regular procedimento licitatório, tem o ente público tomador dos serviços o dever legal de fiscalizar o completo adimplemento, pelo empregador por ele contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

## 5 – A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, DOS DIREITOS E DOS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS EM CONTRASTE E A APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DOS ENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Antes de tudo, é indispensável repelir, com vigor, a alegação, por vezes utilizada pelos entes públicos demandados, de que sua condenação a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos particulares por eles contratados para fornecer trabalhadores terceirizados significaria afronta ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova denominação dada pela Lei nº 12.376/2010 à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) e ao art. 8º, *caput*, *in fine*, da CLT, por pretensamente privilegiar os interesses apenas privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar, uma vez mais, um custo já embutido no preço dos serviços contratados por meio do correspondente contrato administrativo. Nada mais equivocado, no entanto.

É que não se pode esquecer, antes de qualquer coisa, de que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais, constitucionalmente consagrados no art. 7º da Norma Fundamental em vigor, e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu inquestionável caráter alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias. Por isso mesmo, portanto, devem receber uma *tutela jurisdicional diferenciada*<sup>21</sup> e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes

21 Sobre o conceito de *tutela jurisdicional diferenciada*, vejam-se, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo: RT, 1998, p. 66, 259, 392-393 e 406-407 e *Técnica processual e tutela de direitos*, São Paulo: RT, 2004, p. 189-192 e PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 32-41.

atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público secundário<sup>22</sup> do ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas (sempre com preservação da possibilidade de se ressarcir de forma plena esse pagamento por meio da correspondente ação regressiva, que poderá – e deverá – ajuizar contra o devedor principal por ele contratado).

Por isso, aliás, não se pode afirmar que a Administração Pública, que se beneficiou da força de trabalho desses trabalhadores terceirizados, possa ficar indiferente à sorte deles. À luz dos valores e princípios em tensão, não se pode afirmar, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente adotado em nosso país a partir de 1988, que o interesse público primário da Administração Pública, em casos como esse, seja deixar ao desamparo os trabalhadores terceirizados – muito ao contrário. A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que essa se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratadas para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição de 1988 a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho previstos e assegurados nos exatos termos da Norma Fundamental de 1988.

Se, ao contrário, entender-se, como aqui se sustenta, que o ente público contratante tem esse dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram

---

22 Sobre a clássica distinção, originária da doutrina administrativista italiana (Renato Alessi), entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses *secundários* – que o Estado, pelo só fato de ser sujeito de direitos, poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade –, veja-se, por todos, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, in: *Curso de Direito Administrativo*, 13. Ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32-33. Este ilustre jurista tece, a seguir, considerações em tudo aplicáveis à situação ora em exame:

“‘Poderia’ (o Estado), portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir”.

no âmbito da Administração Pública, será inevitável a incidência subsidiária, autorizada pelo parágrafo único do citado art. 8º da CLT, dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extra-contratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, *in verbis*:

“Art. 186 *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

(...)

Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”*

Nessa mesma linha também se pronuncia Helder Santos Amorim:

“A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, 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 dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.”<sup>23</sup>

Cumpre agora, portanto, examinar as demais normas legais aplicáveis à contratação, pela Administração Pública, e após regular procedimento licitatório, de uma empresa para, por intermédio do fornecimento de trabalhadores terceirizados, prestar-lhe serviços para determinar se tem ela, ou não, o dever legal de, no curso daquele contrato administrativo, fiscalizar não apenas a execução daqueles serviços, mas também o pleno e tempestivo adimplemento daquelas obrigações trabalhistas pelo empregador por ela contratado. O simples exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), como se demonstrará a seguir, permite concluir em sentido afirmativo.

A princípio, os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, de forma clara, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabili-

---

23 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST – novos enfoques, op. cit.*, p. 292 e p. 76, respectivamente.

dades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço relativo aos direitos trabalhistas de seus empregados):

“Art. 54. (...)

§ 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:

(...)

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.”

“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.”  
(grifou-se)

A seguir, os arts. 58, inciso III, e 67, *caput* e seu § 1º, da mesma Lei de Licitações, de maneira clara e expressa, impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado, que acabou por ser o selecionado no procedimento licitatório – dentre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

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

(...)

III – *fiscalizar-lhes a execução;*

(...)”

“Art. 67. *A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente de-*

*signado*, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

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

Por sua vez, o art. 77 desta Lei nº 8.666/93 prevê que a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”. O art. 78 da citada lei, de sua parte, prevê, como motivo para a rescisão contratual o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução – o que, sem dúvida, é aplicável à hipótese do inadimplemento, pelo empregador contratado pelo ente público, de suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados.

Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o multicitado art. 71, § 1º, do mesmo diploma legal, a matéria encontra-se, hoje, regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30.04.08, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) nº 3/09, do mesmo Ministério<sup>24</sup>.

Em linhas gerais, a referida IN nº 2/08 do MPOG impõe à Administração Pública federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

a) *desde a seleção da empresa no procedimento de licitação*, na medida em que o Edital de Licitação já deverá prever que “a execução completa do

24 Como acertadamente esclarece Helder Santos Amorim, este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos por força do *princípio da predominância do interesse*, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos Estados e Municípios incumbe complementar essa legislação com respeito às diretrizes nacionais (In: VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques, op. cit., p. 292-293 e p. 77, respectivamente).

contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referentes à mão de obra utilizada”, nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN nº 2/08), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN nº 2/08 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN nº 3/09);

b) *no momento do julgamento das propostas da fase licitatória*, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexequibilidade (art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3º, da IN nº 2/08);

c) *por ocasião da elaboração e celebração do contrato administrativo com a empresa vencedora no certame licitatório*, devendo esse contrato ser automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital e a todas as condições contidas na proposta vencedora, *especialmente os direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, que compõem o preço dos serviços contratados*, cabendo ao ente público contratante especificar, no contrato administrativo, a responsabilidade da empresa contratada de satisfazer os direitos dos seus próprios empregados, nos valores e patamares previstos na planilha de custos por ela apresentada; *como lógica e automática consequência, caberá à Administração contratante o dever de fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações* (conforme os já citados arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93).

Também aqui é acertada a conclusão de Helder Santos Amorim, à luz dessas premissas:

“Em face desta vinculação, exsurge que a *execução contratual*, no modelo da Lei nº 8.666/93, *vai além do cumprimento de seu estrito objeto*, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do

serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo.”<sup>25</sup>

Regulamentando o já citado art. 67, *caput*, e seu § 1º, da Lei nº 8.666/93, o art. 34 da IN nº 2/08 do MPOG ainda determina que, na fiscalização do “cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada”, seja exigida a comprovação dos seguintes fatos e circunstâncias: a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o art. 36 daquela Instrução Normativa exige que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do seu valor para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo art. 19-A da IN nº 2/08 (acrescentado pela IN nº 3/09), que permite que o ente público, mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo, receba autorização prévia do contratado para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados (sendo de se mencionar que a Resolução nº 98/09 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a não ser cumpridos pelo contratado.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 31 da IN nº 2/08 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da referida Instrução Normativa, o qual,

---

25 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques, op. cit., p. 294 e p. 80, respectivamente.

de sua parte, institui um “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”, que esquetematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

a) a *fiscalização inicial* (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

b) a *fiscalização mensal* (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal, com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

c) a *fiscalização diária*, por meio da conferência, dia a dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

d) a *fiscalização especial*, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.

Por fim, para não deixar mais nenhuma dúvida sobre o fato de o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, constituir uma grave

infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante, os arts. 34, § 4º, e 34-A da IN nº 2/08 impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido, por esta, a regularização imediata da situação no prazo para tanto oferecido pela Administração:

“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 ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.”

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui exposto, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, *à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02/08, alterada pela Instrução Normativa nº 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.*

É preciso lembrar, por fim, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público a completa e rigorosa observância das normas legais e regulamentares aqui referidas, que estabelecem o seu dever de fiscalizar o cumprimento das suas obrigações trabalhistas por parte do empregador daqueles trabalhadores terceirizados, não lhe sendo dado, de forma discricionária,

decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações.

Tudo o que até aqui se afirmou, aliás, acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho como o novo entendimento predominante desta Corte sobre a matéria, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária de 24.05.2011 (Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.05.2011, f. 14 e 15), quando se atribuiu nova redação ao seu item IV e decidiu-se inserir-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos:

“SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

(...)

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 nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.*” (destacou-se)<sup>26</sup>

26 As várias Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, a partir do julgamento da ADC nº 16 pelo STF e, especialmente, a partir da aprovação da nova redação de sua Súmula nº 331, itens IV e V, já têm proferido decisões em que, sem automaticamente atribuir responsabilidade subsidiária aos entes públicos tomadores dos serviços de trabalhadores terceirizados em decorrência do mero inadimplemento das correspondentes obrigações trabalhistas por seus empregadores contratados mediante licitação, reconhece-se a responsabilidade extracontratual da administração pública em virtude de sua conduta culposa, concretamente evidenciada nos autos, buscando-se, assim, dar a mais rigorosa e exata aplicação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Veja-se, apenas a título de exemplo, a seguinte decisão unânime de sua Segunda Turma de nossa lavra, *in verbis*:

“TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE *CULPA IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO

## 6 – A QUESTÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA ENTRE OS LITIGANTES

Cumprido, ainda, enfrentar uma questão que, nos futuros processos trabalhistas em que se discutir a existência de responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações lícitas, talvez se torne relevante: devem os reclamantes que atuaram como trabalhadores terceirizados no âmbito da Administração Pública, desde sua petição inicial e ao formularem seus pedidos iniciais de responsabilização subsidiária do ente público tomador de seus serviços, obrigatoriamente afirmar, de forma expressa, ter ele agido com cul-

---

TRABALHO. 1. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de *culpa in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas (fato que deve estar expressamente registrado na decisão regional), como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/09. 2. Nesses casos, sem nenhum desprezo aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. 3. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.05.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.05.2011, f. 14/15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: “SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) 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 nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.” Agravo de instrumento *desprovido*. (...)” (Proc. nº TST-AIRR-4048-52.2010.5.10.0000, 2ª T., Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 01.06.2011).

pa, omissiva ou comissiva, sob pena de inépcia ou até mesmo de automática improcedência desse pedido inicial?

A resposta deve ser categoricamente negativa: em primeiro lugar, porque a própria formulação do pleito inicial em referência, baseado, de forma implícita ou expressa, no entendimento jurisprudencial consagrado no novo item V da Súmula nº 331 do TST, já terá como pressupostos todos os elementos nele previstos, dentre os quais avulta a conduta culposa dos entes integrantes da Administração Pública, podendo-se considerar essa assertiva como algo inerente à própria formulação dessa pretensão; ademais, o § 1º do art. 840 da CLT, que disciplina os requisitos mínimos e essenciais da peça inicial da reclamação trabalhista escrita, exige, apenas a esse respeito, que ela contenha “uma breve exposição dos fatos de que resulta o dissídio” e “o pedido”, não sendo a exigência de alegação expressa de culpa do ente público pelo autor da demanda trabalhista compatível com o informalismo e a simplicidade que caracterizam o processo do trabalho.

Por outro lado, é preciso que também se diga, de modo expresso, ser apenas do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento, pelo empregador que contratou, das obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores terceirizados, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos previstos no respectivo contrato administrativo (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele fornecedor de mão de obra inadimplente – afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que de forma subsidiária, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, que atrai para o demandado o ônus da prova correspondente, nos precisos termos dos arts. 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova (decisivo para estabelecer, em determinado litígio judicial, a inversão do *onus probandi* de um fato controvertido em detrimento da parte sobre a qual, em princípio, esse encargo não recairia mas que se mostra, para a comprovação do fato controvertido, muito mais apta do que o seu *ex adverso*), não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada que detém as provas correspondentes (e que, simetricamente, são inacessíveis ou de difícil acesso à

parte contrária) e que, por isso mesmo, terá melhores condições para demonstrar haver praticado todos os atos administrativos, de sua responsabilidade, de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados<sup>27</sup>.

A única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei – prova puramente negativa e de natureza “diabólica”, de produção quase impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração, pelo ente público contratante do fornecedor de mão de obra terceirizada, de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era seu dever legal, só se poderá concluir que, naquele caso, a Administração Pública, por omissão voluntária ilícita, ensejou a violação, pelo contratado por ela selecionado por intermédio de licitação, dos direitos daqueles empregados terceirizados e, assim, causou-lhes dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta *culpa in vigilando*.

Ao assim se decidir, é preciso reiterar, com todas as letras, que não se estará responsabilizando a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos nem, muito menos, violando e negando vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (o que ficou expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16-DF).

## 7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito que nasceu da denominada Constituição Cidadã de 1988 tem como alguns de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana<sup>28</sup> e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do seu art. 1º), objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), com respeito aos direitos fundamentais dos

27 Sobre o tema, consulte-se a clássica obra do Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Carlos Alberto Reis de Paula: *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2001, p. 122-126 e 139-143.

28 A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua repercussão nas decisões judiciais, veja-se, por todos, a obra da Ministra e atual Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho Maria Cristina Irigoyen Peduzzi *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*, São Paulo: LTr, 2009.

trabalhadores (art. 7º), funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e a ordem social no primado do trabalho (art. 193) e, como Estado-Juiz, tem a Justiça do Trabalho como um de seus ramos mais atuantes e como o instrumento de concretização, na esfera trabalhista, do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

Por isso mesmo, constitui intolerável contradição e indefensável paradoxo que o ramo executivo deste mesmo Estado Democrático de Direito, por meio de seus entes integrantes da Administração Pública direta e indireta e na persecução de seus interesses meramente *secundários*, feche os olhos à situação de absoluto desamparo e de total descumprimento dos direitos fundamentais sociais justamente daqueles trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício, ainda que por interposta pessoa, nos casos em que seus empregadores inadimplentes revelem-se incapazes de, com seu patrimônio, satisfazer aqueles débitos, e lute, com denodo, na própria Justiça, pela aplicação isolada e literal de um preceito de lei (o multicitado art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93) apenas para se furtar à responsabilidade extracontratual que decorre de sua conduta culposa, caso a caso evidenciada. Se isto ocorrer, também o direito fundamental de acesso à Justiça ou a uma tutela jurisdicional efetiva e célere que a mesma Norma Fundamental assegura a todos os jurisdicionados, inclusive a aqueles trabalhadores, será transformado, na prática, em mera promessa, vazia de conteúdo<sup>29</sup>.

Conforme aqui se procurou demonstrar, é perfeitamente possível reconhecer a constitucionalidade daquele preceito da Lei de Licitações, bem como interpretá-lo e aplicá-lo de forma sistemática, em perfeita harmonia com outros preceitos de lei também aplicáveis a estas controvérsias, para produzir um resultado prático muito mais consentâneo com os ditames da justiça social e com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>30</sup> – basta que se admita, como

---

29 Diante dos indiscutíveis preparo e tenacidade demonstrados pelos ilustres procuradores e advogados dos entes públicos demandados nos milhares de processos trabalhistas, na ADC nº 16-DF e nas reclamações que antecederam e sucederam a seu julgamento, cabe, com o devido respeito, indagar: por que eles e os dirigentes daqueles entes não dirigem os seus inegáveis talento e combatividade contra os contratados inadimplentes, após a extinção daqueles contratos de trabalho e nas correspondentes ações regressivas para reaver os prejuízos aos cofres públicos por eles causados, e, principalmente, para a prevenção desse inadimplemento, quando os contratos administrativos ainda estiverem em pleno curso e ainda for possível redirecionar as verbas públicas que, em princípio, seriam parceladamente destinadas ao contratado, para a satisfação dos direitos fundamentais sociais daqueles trabalhadores?

30 Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*), vejam-se SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 398-406; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 246-281; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-497; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações*

bem o fez o Supremo Tribunal Federal na decisão que proferiu no âmbito da ADC nº 16-DF, que se responsabilize subsidiariamente o ente público que se valeu de mão de obra terceirizada mas que, em cada caso, comprovadamente tenha se omitido, de forma culposa, em fiscalizar o adimplemento, pela empresa empregadora por ele contratada, das correspondentes obrigações trabalhistas.

Ao se ponderar e determinar, em casos de conflitos de normas como o aqui examinado, quais princípios, direitos e interesses devem prevalecer, o intérprete preocupado com a justa concretização dos valores constitucionais não poderá deixar de considerar os correspondentes resultados práticos dos vários e alternativos caminhos interpretativos, que decorrem de suas escolhas axiológicas e jurídicas. Esse é o desafio que, mesmo num ambiente pós-positivista, todos os aplicadores do Direito continuam a enfrentar, de maneira permanente.

Em última análise, trata-se, aqui, de escolher entre, de um lado, priorizar a defesa do interesse público secundário e apenas patrimonial dos entes públicos responsabilizados pelo pagamento dos direitos trabalhistas devidos pelos empregadores inadimplentes dos trabalhadores que atuaram, para os primeiros, como terceirizados, deixando, nesse caso, esses sem nada receber ou, de outro, atribuir à Administração Pública que, de forma comprovada, tenha contribuído, com sua conduta culposa para a impossibilidade prática de os empregadores daqueles empregados satisfazerem suas obrigações trabalhistas, a responsabilidade por estes pagamentos em caráter apenas subsidiário (ou seja, só depois de esgotadas as possibilidades de aqueles devedores principais suportarem, com seu patrimônio, essas execuções) e sempre com a possibilidade de ação regressiva contra aqueles fornecedores de mão de obra por eles contratados, após regular licitação.

Na primeira hipótese, a escolha será por resguardar o patrimônio do ente público, mesmo que esse, comprovadamente, tenha agido de forma culposa. Na segunda alternativa, serão priorizados e assegurados os direitos fundamentais trabalhistas daqueles trabalhadores que colocaram sua força de trabalho, ainda que por interposta pessoa, em favor do ente público que, de forma culposa, deixou de cumprir com suas obrigações legais de fiscalizar o cumprimento, a

---

*jurídicas entre particulares.* In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.* In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, op. cit., p. 169-175.

tempo e a modo, da legislação laboral pelo fornecedor de mão de obra por ele contratado, na condição de empregador dos terceirizados.

A respeito dos perigos que cercam a atividade interpretativa, em especial quando se tratar de aplicação do método da ponderação dos valores constitucionais e da técnica da proporcionalidade<sup>31</sup>, merece consideração a incisiva advertência do administrativista Almiro do Couto e Silva, que tem inteira pertinência com o problema examinado neste trabalho:

“A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, com diz Bernard Schwartz, toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade.”<sup>32</sup>

Não se propugna, aqui, condenar, a qualquer custo, os entes públicos em questão – em todos os processos em que esses demonstrarem que cumpriram por completo os deveres legais de fiscalização a eles atribuídos pelas normas sobre licitação e contratos administrativos *retro* indicadas, não será possível lhes atribuir culpa pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados, inexistindo, assim, sua responsabilidade extracontratual pelo ocorrido. Isso, porém, nada terá de negativo: se a Administração Pública brasileira passar a cumprir, com rigor, o que a legislação administrativa já determina a esse respeito, com toda a certeza o número de trabalhadores terceirizados lesados pelo descumprimento de seus direitos sociais por seus empregadores por ela contratados diminuirá substancialmente.

Por outro lado, é dever de todos os magistrados do trabalho, com base nos fatos apurados pelas instâncias ordinárias, continuarem a aplicar não apenas o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de forma isolada, literal e absolu-

31 Sobre proporcionalidade e ponderação, consultem-se, por todos, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-253; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215- 295 e 297-382; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 111-118 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 49-118.

32 COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 84, p. 262.

ta<sup>33</sup>, mas também, de forma harmônica e sistemática, as demais normas infra-constitucionais (ou seja, de igual hierarquia à do referido dispositivo da Lei de Licitações) que também devem incidir sobre as controvérsias trabalhistas submetidas a seu julgamento (as quais, no caso, são os demais preceitos da mesma Lei nº 8.666/93, que estabelecem o dever dos entes públicos de fiscalizar o adimplemento, pelos empregadores, dos direitos trabalhistas daqueles que atuarem como terceirizados em seu âmbito e os arts. 186 e 927 do Código Civil, que disciplinam a responsabilidade extracontratual pela prática de ato ilícito).

Ao assim proceder, estar-se-á levando em conta, como certamente também continuará a fazer o Supremo Tribunal Federal, a necessidade de sempre assegurar, por meio das decisões judiciais, a prevalência dos valores do trabalho e da livre iniciativa, a satisfação efetiva dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores brasileiros e a concretização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional consagrados pela Constituição Democrática de 1988.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. São Paulo: LTr 60-05/587-590, maio de 1996.

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

AQUINO Jr., Getúlio Eustáquio de; TORRES, Marcos Souza e Silva. *Terceirização e direito comparado*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 138-162.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

---

33 Ao contrário do que erroneamente sustentam os entes públicos condenados como responsáveis subsidiários pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra por eles contratados após regular licitação, a não aplicação do disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 para, de forma automática e absoluta, absolvê-los dessa responsabilidade extracontratual não significa negar vigência a esse preceito legal nem, muito menos, considerá-lo inconstitucional. Significa, tão somente, que outros dispositivos legais de idêntica hierarquia e igualmente incidentes sobre essas controvérsias submetidas a julgamento acarretam e justificam tais condenações.

Humberto Ávila, em sua consagrada obra *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42-45, sustenta essa inaplicabilidade, em certos casos e circunstâncias, da lógica do “tudo ou nada” também às regras (como é o caso do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93), que também devem ter seu rigor e seu alcance condicionados e limitados por princípios ou por outras regras. Acrescenta ele que o caráter absoluto de uma regra pode ser completamente modificado a partir da apreciação das circunstâncias do caso concreto, pois o texto normativo não informa o modo de aplicação que, pelo contrário, decorre das conexões axiológicas construídas no desenrolar do processo de interpretação.

## 70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula nº 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, nº 37, jan./mar. 2011, São Paulo: LTr, p. 93-114 e in: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 07/2011, p. 35-42.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 84.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização – paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*, São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81-118.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Art. 70 da Lei nº 8.666/93 e Súmula nº 331 do c. TST: poderia ser diferente?. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, nº 37, jan./mar. 2011, São Paulo: LTr/ANAMATRA, p. 133-141.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 237-253.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2001.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*, São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.