

A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A CONVENÇÃO Nº 94 DA OIT

Igor de Oliveira Zwicker

Segundo conceitua Sérgio Pinto Martins¹, terceirização consiste “na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa”, podendo compreender tanto a produção de bens como a prestação de serviços.

Temos, nessa figura triangular – daí o nome terceirização –, a empresa que terceiriza a mão de obra (um), o trabalhador (dois) e o tomador (três), sendo que este último, inevitavelmente, usufruirá seja dos bens produzidos, seja dos serviços prestados. Se não usufrísse, não teria porque contratar uma empresa que terceirizasse a mão de obra.

À primeira vista, parece um conceito simples, mas este é um dos temas mais complexos do Direito do Trabalho na atualidade. Elencamos, rapidamente, alguns pontos

polêmicos, para se ter uma ideia da dimensão da problemática em torno do assunto:

- 1) *franchising* como forma de terceirização;
- 2) terceirização e cooperativas;
- 3) terceirização dos setores de *back office* nas empresas de telefonia;
- 4) o permissivo legal da terceirização na segurança privada (Lei nº 7.102/1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.056/1983);
- 5) terceirização bancária no Brasil;
- 6) terceirização na Administração Pública;
- 7) terceirização e fiscalização trabalhista;
- 8) o equívoco conceitual entre terceirização e intermediação de mão de obra;
- 9) os conceitos de terceirização lícita e ilícita vinculados às atividades-meio e fim, respectivamente, e o atual Projeto de Lei nº 4.330, da Câmara dos Deputados, que pretende, enquanto

1 MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.



Igor de Oliveira Zwicker

Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia, Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Servidor concursado do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor de Direito.

marco legal para a terceirização, permitir que ela ocorra também na atividade-fim, indiscriminadamente;

10) a fixação de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim de um empreendimento, do ponto de vista da possibilidade de terceirização, enquanto tema a ser discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713.211², que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do excelso Supremo Tribunal Federal³;

11) o aparente permissivo legal de terceirização da atividade-fim (a contratação de terceiros para o “desenvolvimento de atividades inerentes”) no artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e no artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações; **etc.**

Há ainda outro importante ponto a se destacar, que é o caráter eminentemente precarizador que tem assumido a terceirização, ao longo do tempo – mormente após o *boom* dos anos 70. Em matéria recente, a revista CartaCapital publicou dados objetivos sobre o tema⁴, dos quais colhemos, entre outros,

2 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>

3 Segundo o ministro Luiz Fux, relator da matéria, o tema em discussão – a delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim – é matéria de índole constitucional, “sob a ótica da liberdade de contratar”.

4 Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/817/direitos-ameaçados-6355.html>>. Reportagem publicada originalmente na edição nº 817

a constatação do pagamento de baixíssimos salários a trabalhadores terceirizados, em contraponto aos salários recebidos por **trabalhadores diretos**: enquanto 29% destes se encontra na faixa de um a dois salários mínimos, o percentual daqueles chega a 48%.

Entretanto, não obstante tais relevantes questões, para fins de delimitação do objeto deste artigo firmamos que a ideia é a de tratar a questão da responsabilidade da Administração Pública, em contratos de terceirização, diante da legislação internacional que trata a respeito do assunto, em confronto com a legislação pátria e o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, além de tratar da jurisprudência consolidada no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Tudo, por óbvio, sem ter a pretensão de se esgotar o tema.

Em relação a leis que tratem de terceirização, pode-se até dizer que sua **gênese normativa** está ligada ao serviço público, em razão do Decreto-Lei nº 200/1967, ainda em vigor, e que “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”.

O capítulo III do título II da norma trata da figura da jurídica da descentralização. A descentralização nada mais é que uma forma de execução indireta dos serviços públicos pelo Estado. O próprio Decreto-Lei nº 200/1967 trata a respeito desses conceitos, em seu artigo 4º.

Segundo escólio de José dos Santos

.....
de CartaCapital, com o título “Direitos ameaçados”.

Carvalho Filho⁵, há execução indireta “quando os serviços são prestados por entidades diversas das entidades federativas”, isto é, entidades diversas da própria Administração Direta – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, por conveniência pública, nunca abdicando a Administração Direta, porém, do dever de controle sobre aquelas.

A descentralização, nas palavras do eminente Professor administrativista, “é o fato administrativo que traduz a transferência da execução da atividade estatal a determinada pessoa, **integrante ou não da Administração**”. A descentralização se contrapõe à desconcentração, que é um processo eminentemente interno e significa apenas a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de melhorar e acelerar a prestação do serviço. Nesta, o serviço continua centralizado.⁶

E vejamos que interessante: já desde a cabeça do artigo 10, que abre o capítulo III do título II do Decreto-Lei nº 200/1967, resta asseverado: “A execução das atividades da Administração Federal deverá ser **amplamente descentralizada**”.

O parágrafo 7º do artigo 10 vai além:

*Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de **impedir o crescimento desmesurado***

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 317.

6 Quanto a este parágrafo, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. Cit.*, p. 318.

*da máquina administrativa, a Administração procurará **desobrigar-se** da realização material de tarefas executivas, recorrendo, **sempre que possível**, à **execução indireta**, mediante contrato, desde que exista, na área, **iniciativa privada** suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.*

O Decreto nº 2.031/1996, já revogado, e que dispunha sobre a contratação de serviços de vigilância e de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, previra já em seu artigo 1º a possibilidade de a Administração Pública, através de regular procedimento licitatório, proceder à contratação de serviços de vigilância e de limpeza e conservação, executados de forma contínua.

O Decreto nº 2.271/1997, que está atualmente em vigor e que revogou o citado Decreto nº 2.031/1996 (artigo 11), dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

O Decreto nº 2.271/1997 não só mantém a inteligência do decreto anterior como avança consideravelmente neste campo: a cabeça do artigo 1º prevê, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, a execução indireta das atividades materiais **acessórias, instrumentais ou complementares** aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, abrindo um considerável leque de atividades com o permissivo da terceirização.

O parágrafo 1º do citado artigo



1º continua a avançar, elencando um rol meramente exemplificativo e não exaustivo de atividades as quais “serão, de preferência, objeto de execução indireta: “atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”.

O rol já é bastante extenso, incluindo até serviços de informática, mas é importante deixar claro, repita-se, que o rol é **meramente exemplificativo e não exaustivo**, visto que, por técnica legislativa, o parágrafo se subordina à inteligência da cabeça do artigo, a qual é explícita em permitir a execução indireta *das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares*, como dito, o que permite

uma interpretação jurídica bastante generosa.

O artigo 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/1997 é claro, por sua vez, em vedar a terceirização na atividade-fim. Nesse caso, como estamos falando da Administração Pública, não custa lembrar que, se assim não o fosse, teríamos uma inconstitucionalidade declarada, considerando que a Constituição Federal consagra, em seu artigo 37, inciso II, a bem-vinda regra do concurso público.

Feita a digressão normativa, desembocamos na problemática sobre contratos administrativos, conceituados por Carvalho Filho como os “ajustes firmados entre a Administração Pública e um particular, regulados basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma

forma, traduza interesse público”⁷.

Entretanto, antes de adentrarmos na Lei nº 8.666/1993, façamos um pequeno histórico da jurisprudência sumulada do colendo Tribunal Superior do Trabalho anterior à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cuja percepção é fundamental para o entendimento evolutivo da terceirização nas decisões da Justiça do Trabalho, mormente pelo fato de que, como vimos, ainda não existe marco legal sobre esse tema, muito embora já tramite desde 2004 o Projeto de Lei nº 4.330, da Câmara dos Deputados, também já lembrado neste artigo.

Inicialmente, e a partir da Resolução nº 4/1986, tínhamos a Súmula nº 256 do TST, que dizia:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Como se vê, a visão do colendo Tribunal Superior do Trabalho era de apenas cancelar a terceirização com expressa previsão legal, quais sejam, a Lei nº 6.019/1974, que dispõe do trabalho temporário nas empresas urbanas, e a Lei nº 7.102/1983, que trata da segurança privada, todas ainda em plena vigência. A par disso, dizia a Orientação Jurisprudencial nº 321 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, originária de 2003 e ainda em vigor: “É aplicável a Súmula nº 256 para as hipóteses

de vínculo empregatício com a Administração Pública, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.”

A redação atual, com a alteração ocorrida em 2005 e após o cancelamento da Súmula nº 256, é a seguinte:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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 empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.

Como bem colocado pelo desembargador baiano Carneiro Pinto⁸, embora o entendimento mantido pela Corte Trabalhista procurasse evitar fraudes, na prática “quase proibiu” a terceirização, tanto que o colendo Tribunal Superior do Trabalho, “reconhecendo que a interpretação, tomada ao pé da letra, poderia criar problemas cona contratação de empresas de prestação de serviço”, consolidou a Súmula nº 331, através da Resolução nº 23/1993, o que impôs o cancelamento da Súmula nº 256, que acabou por acontecer em 2003, através da Resolução nº 121.

Feitas essas considerações, o histórico da Súmula nº 331 do TST é o seguinte (lembremos: em momento anterior ao julgamento da ADC nº

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. Cit.*, p. 169.

8 PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 228.

16 pelo excelso Supremo Tribunal Federal):

Tudo começou com a Resolução nº 23/1993, quando era Presidente do colendo Tribunal Superior do Trabalho o ministro paraense Orlando Teixeira da Costa, autoridade que dá nome ao egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, com sede em Belém do Pará e do qual sou concursado. Esta era a redação originária:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256

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), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A legislação expressamente citada e que compõe os anais da colenda

Corte, no tocante à Resolução nº 23/1993, foi a seguinte:

1) o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/1967, que tratamos ainda no início deste artigo, e que trata da descentralização de serviços públicos, impondo à Administração Pública execução indireta de suas atividades;

2) o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/1970, lei ainda em vigor e que “estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências”, e cujo citado artigo 3º, parágrafo único, dizia: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.” (parágrafo já revogado pela Lei nº 9.527/1997);

3) Lei nº 6.019/1974, que dispõe do trabalho temporário nas empresas urbanas;

4) Lei nº 7.102/1983, que trata da segurança privada;

5) artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que trata da regra do concurso público como forma de ingresso no serviço público.

A Súmula nº 331 do TST foi alterada pela Resolução nº 96/2000, com tal redação mantida na importante reforma jurisprudencial de 2003, consoante Resolução nº 121. A alteração se deu apenas no item IV da súmula, cujo enunciado passou a ter a seguinte redação:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do

*empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).*⁹

Tal redação se manteve intocada até 2011, enfim alterada pela Resolução nº 174, a partir da intenção do colendo Tribunal Superior do Trabalho de se “adequar” ao entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal exarado na ADC nº 16. Entretanto, como dissemos, essa análise será feita mais adiante.

Pois bem.

Veja-se que, a partir de então, passou-se a fazer expressa menção ao polêmico artigo 71 da Lei nº 8.666/1993.

Em matéria de licitações e contratos administrativos, tínhamos, em um passado já distante, o vetusto Código de Contabilidade da União, organizado pelo Decreto-Lei nº 4.536/1922, textualmente revogado pelo artigo 90 do Decreto-Lei nº 2.300/1986, que passou a dispor “sobre licitações e contratos da Administração Federal”.

Ocorre que, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, a qual prevê, em seu artigo 37, inciso XXI, que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação

pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, foi promulgada a citada **Lei nº 8.666/1993**, atualmente em vigor, que revogou expressamente o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e que regulamenta o citado artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

O artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 diz o seguinte: “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.” E complementava, em seu parágrafo 1º: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

A redação alterada do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, com a alteração promovida pela Lei nº 9.032/1995, passou a ser a seguinte: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

É de se notar que a redação permaneceu a mesma, especialmente porque o parágrafo 1º está subordinado à cabeça do artigo 71.

9 Em negrito, destacamos as inserções feitas pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho no item IV.

Entretanto, percebe-se da alteração legislativa uma tentativa do Parlamento de reforçar a ideia de que a inadimplência do contratado não transfere à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento, com relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Em relação aos encargos previdenciários, a redação originária do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 era silente, o que veio a ser suprido pela citada Lei nº 9.032/1995, que expressamente consignou, ao alterar a redação do parágrafo 2º: “A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

A propósito, nossa conhecida Lei nº 8.212/1991 dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências, e, na cabeça do artigo 31, prevê que a empresa contratante de serviços executados **mediante cessão de mão de obra**, inclusive em regime de trabalho temporário, tem a obrigação de reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida.

Já o parágrafo 3º do citado artigo 31 prevê que, para os fins da Lei nº 8.212/1991, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, **relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.**

Guardadas as proporções das alterações legislativas sucessivas (o parágrafo 3º, por exemplo, é fruto da Lei nº 9.711/1998), verdade

é que a inteligência do artigo 31 é a mesma, desde a sua redação originária, de 24 de julho de 1991 (DOU do dia seguinte).

A grande polêmica do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 residia no fato de o artigo, aparentemente, vedar qualquer forma de responsabilização da Administração Pública, seja em que circunstância for, no tocante aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados.

A Justiça do Trabalho, como se viu pela evolução da jurisprudência e após a guinada da Súmula nº 331 do TST, sempre entendeu que a Administração Pública era, sim, responsável pelo pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores, mas de forma subsidiária, ou seja, tendo em sua garantia o benefício de ordem, somente podendo ser citada a pagar a dívida trabalhista no caso de execução infrutífera em relação à empresa que terceirizou os serviços.

Além de subsidiária, a Justiça do Trabalho adotava a sistemática da responsabilidade subjetiva, por perquirir o elemento culpa na conduta da Administração – seja a culpa *in eligendo*, seja a culpa *in vigilando*.

Diga-se de passagem, este raciocínio permanece (responsabilidade subjetiva e sob a forma subsidiária), mesmo após a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, como veremos mais adiante.

Primeiro, pela própria Constituição Federal de 1988 e seus princípios explícitos e implícitos. A **rede protetiva geral trabalhista**, consagrada na Constituição Federal, é farta e extensa. Para sermos bem concisos, podemos citar: artigo 1º, incisos III e IV; artigo 3º, incisos I, III e IV; artigo 5º, *caput*, inciso XXIII e §§ 1º e 2º; artigo 7º, *caput*; artigo 60, § 4º, inciso IV; artigo 170, *caput* e incisos III, VI, VII e VIII; artigo

193; artigo 200, inciso VIII; e artigo 225.

Dentre esses mais variados artigos, destacamos, ainda: a dignidade da pessoa humana do trabalhador, os valores sociais do trabalho, os valores sociais da livre iniciativa, a função social da propriedade, a cláusula de avanço social do artigo 7º da Constituição Federal, a vedação do retrocesso social, a valorização do trabalho humano na ordem econômica, a exigência de se assegurar uma existência digna, a justiça social, o primado do trabalho como base da ordem social, o bem-estar social, a compreensão do trabalho inserta no conceito de “meio ambiente” desenvolvido no seio constitucional etc.

Por outro lado, soma-se a isso toda a principiologia trabalhista, de modo que não caberia à Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, simplesmente se beneficiar da mão de obra do trabalhador e não *garantir* o pagamento das verbas trabalhistas, de natureza alimentar e superprivilegiada, consoante artigos 100 da Constituição Federal e 186 do Código Tributário Nacional.

Além disso, fazia-se uma interpretação sistemática da própria Lei nº 8.666/1993, que consagra, nos seus artigos 58, inciso III, 66 e 67, *caput*, da citada lei, que dizem, respectivamente:

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. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua

inexecução total ou parcial.

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

Além do dever de fiscalização, por óbvio se tem o dever de contratação por meio de licitação, quando não configurada algumas das exceções da própria Lei de Licitações (licitações dispensada e dispensável e inexigível – artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993), pelo próprio comando constitucional inserto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Assim, a Administração Pública poderia ser responsabilizada tanto pela culpa *in eligendo*, isto é, ao “eleger” a contratada, se burlado ou mal executado o procedimento licitatório, que é o meio adequado para a contratação e “escolha” da empresa, leia-se, da licitante vencedora do procedimento; como também poderia ser responsabilizada pela culpa *in vigilando*, ou seja, pela culpa consubstanciada na omissão da Administração em fiscalizar o contrato.

Ambas as culpas, seja a *in eligendo*, seja a *in vigilando*, têm arrimo na própria Lei nº 8.666/1993, como dito, seja porque cabe à Administração Pública “eleger” seus futuros contratados por meio de licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei nº 8.666/1993), seja porque cabe à Administração “vigiar” seus contratados, diante do dever legal de fiscalização dos contratos administrativos (artigos 58, inciso III, 66 e 67, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).

Havia também um entendimento de que, pelo simples fato de já existir uma reclamação trabalhista, motivada pelo inadimplemento da empresa contratada, isto por si só bastaria (*in re ipsa*) para a responsabilização da Administração Pública, não sob fundamento da responsabilidade objetiva (sem se perquirir o dolo ou a culpa), mas ainda da subjetiva, por ser consequência lógica do inadimplemento uma falha na fiscalização contratual pela Administração.

Diga-se de passagem, essa omissão na fiscalização do contrato administrativo é uma questão muito séria, mormente porque o administrador público tem **diversos** meios de fiscalizar o contrato e garantir o pagamento dos direitos trabalhistas a quem de direito. Minha experiência na Assessoria Jurídico-Administrativa do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região me mostrou isso de forma bastante clara¹⁰.

Basta citar que, consoante Acórdão nº 964/2012 – TCU – Plenário¹¹, do colendo Tribunal de Contas da União, entre outros julgados, o Plenário da colenda Corte de Contas entendeu que, em princípio, a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais não enseja a retenção

do pagamento; contudo, **isso não impede a Administração reter pagamentos quando verificada a inadimplência da contratada na quitação das obrigações trabalhistas dos empregados alocados na execução do contrato em regime de dedicação exclusiva.**

Isso porque – reconhecia o próprio colendo Tribunal de Contas da União naquele acórdão – o entendimento é o de que as falhas no exercício do dever de fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra, principalmente quando há o inadimplemento pela contratada de suas obrigações trabalhistas, podem determinar a responsabilização subsidiária da Administração tomadora dos serviços, de modo que, por conta do risco de a Administração Pública ser chamada a responder pelas verbas trabalhistas não quitadas pela contratada, reputara-se legítima a adoção de **medidas acutelatórias** dirigidas a afastar eventual responsabilização subsidiária e a preservar o interesse público, inclusive com retenção de pagamento.

Nesse sentido, inclusive, é a cristalina jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE. 1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública

10 Nesse diapasão, destacamos o Parecer ASJUR/IOZ nº 531/2014 e o Parecer ASJUR/IOZ nº 536/2014, ambos de minha lavra, proferidos no processo administrativo nº 903/2012, no qual a Diretoria-Geral de Secretaria do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região consultara a Assessoria Jurídico-Administrativa sob a possibilidade de retenção de pagamentos devidos à empresa contratada e de pagamento direto das verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados, ao que respondemos positivamente.

11 Nesse sentido, cf. SAMPAIO, Ricardo Alexandre. *A possibilidade de retenção de pagamento em contratos de terceirização*. Curitiba: Zênite, 2012. [Blog Zênite]

a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1241862/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28.06.2011).

O próprio colendo Tribunal de Contas da União determinou, no Acórdão nº 1.450/2011 – TCU – Plenário, ser “dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993”.

Inclusive, segundo este colendo Tribunal de Contas, “a falta de qualquer das providências acima configura conduta extremamente reprovável, que enseja a irregularidade das contas, a condenação dos gestores ao

ressarcimento do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992”.

Em outro momento, ratificou tal entendimento o colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC nº 16.257/SP):

Sem desatentar para o fato de que o STF vem avaliando a correção do posicionamento do TST quando em confronto com a Súmula Vinculante nº 10 (AgRg na Rcl. 7.517/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, com julgamento suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie), se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas (mesmo que subsidiariamente), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público.

E novamente o colendo Tribunal de Contas da União, desta vez no Acórdão nº 1.402/2008 – TCU – Plenário:

(...) a situação de inadimplência do contratado junto ao Poder público é uma irregularidade grave, pois além das dívidas fiscais onerarem a Administração em sentido amplo, poderá onerar também a Administração contratante, em face da solidariedade legalmente estabelecida, quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, conforme o art. 71, § 2º da Lei nº 8.666/1993. Para que isso não ocorra, com base no art. 80, IV, da lei nº 8.666/1993, é admissível a retenção de pagamentos, porém, limitada aos prejuízos causados ao Poder Público e apenas nos contratos em que a Administração seja tomadora de serviços e possa, eventualmente, responder

pela inadimplência do contratado relativamente a tais encargos. A retenção, neste caso, será tão-somente no sentido de resguardar a Administração e não de obter vantagem indevida, locupletando-se indevidamente à custa do contratado.

A própria Instrução Normativa nº 2 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, cujo seguimento pelos órgãos da Administração Pública é estimulado pelo colendo Tribunal de Contas da União, e que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, tem nos artigos 19-A, 34-A, 35 e 36 previsão expressa quanto à possibilidade de pagamento direto aos trabalhadores, diante da omissão da empresa contratada na quitação de verbas trabalhistas.

Entretanto, a Administração Pública, ao se defender nos processos, trazia até então um forte argumento, considerando o caminhar da jurisprudência da Suprema Corte naquele momento, que era o de violação do artigo 97 da Constituição Federal, que consagra a cláusula de reserva de plenário, mormente diante do enunciado Súmula Vinculante nº 10, aprovado na sessão plenária de 18 de junho de 2008¹², segundo o qual “viola a cláusula de reserva de plenário 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”.

A polêmica acabou por chegar na mais alta Corte do país – o excelso Supremo Tribunal Federal –, por meio da Ação Declaratória de

Constitucionalidade nº 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal em março de 2007.

Inicialmente, o ministro Cezar Peluso, relator da matéria, rejeitou o pedido liminar, por entendê-la complexa para ser decidida individualmente. Na ocasião do julgamento, suscitou preliminar de não conhecimento da Ação Declaratória, por entender que a Justiça do Trabalho, mormente, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, não declarava a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, nem pela via transversa, isto é, embora não a declarando expressamente, afastar-se-ia a sua incidência, no dizer da Súmula Vinculante nº 10.

Segundo o ministro-relator, “o autor é carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de agir, na particular conformação que essa condição adquire na disciplina legal da via da ação direta de constitucionalidade”¹³. Entretanto, ficou vencido quanto ao conhecimento da Ação Declaratória, que foi conhecida, por maioria. No mérito propriamente dito, e por votação majoritária, o Plenário da Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Segundo notícia lançada no *site* da Suprema Corte, “houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de

12 DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008 – DO de 27/6/2008, p. 1.

13 Para a íntegra do julgamento e das discussões travadas no Plenário, conferir o acórdão completo pelo link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>.

fiscalização pelo órgão público contratante”¹⁴.

Destaca a notícia, ainda, que “o ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária”.

Prosseguiu o ministro Britto: “assim, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas”.

Já o presidente do excelso Supremo Tribunal Federal e relator da matéria, ministro Peluso, o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. E mais: “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Ainda conforme o ministro Peluso, o que o colendo Tribunal Superior do Trabalho tem reconhecido “é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização – se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais – gera responsabilidade da União”.

Um ponto bastante frisado, especialmente pelas intervenções do ministro Marco Aurélio e da ministra Cármen Lúcia, é o de que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal

limitar-se-ia a impor a responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual dos entes públicos, o que não incluiria a responsabilidade contratual. Cheguei a proceder à degravação do julgamento, na íntegra, e cujas anotações agora recorro, para fazer transcrições referentes ao artigo 37, § 6º:

O MINISTRO MARCO AURÉLIO:

Esse é o ponto crucial. O art. 71 da Lei 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão-de-obra mediante empresa prestadora de serviço. O que ocorreu no âmbito do TST: ocorreu que se sedimentou, sem se instaurar um incidente de inconstitucionalidade desse artigo, se sedimentou uma jurisprudência a partir do art. 2º da CLT, quanto à solidariedade, e a partir do 37, § 6º, da Constituição Federal quanto à responsabilidade do poder público, em sentido de que haveria a responsabilidade do setor público, e o que houve lá não foi um incidente de inconstitucionalidade, mas um incidente de uniformização da jurisprudência, editando-se, portanto, a partir desse incidente, o verbete 331. É uma matéria que está em aberto e, a meu ver, quando se declarou sem se assentar em inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 a responsabilidade, se afastou esse preceito sem se cogitar da pecha de inconstitucionalidade.

A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

Só um minutinho. “... num contexto de evidente de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade pelo ato administrativo que pratica”. E aí se faz referência aos arts. 173 e 195, § 3º, da Constituição Federal

14 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>

para se afirmar a responsabilidade, afirmando-se ali: “registre-se que o **artigo 37, § 6º, da Constituição Federal** consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiro”, com o detalhe: **essa frase é rigorosamente, fragorosamente, exemplarmente contrária à Constituição Federal, porque o art. 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva extrapatrimonial e extracontratual e aqui é responsabilidade contratual, então na verdade contrariaram a Constituição Federal.**

O MINISTRO MARCO AURÉLIO:

Vossa Excelência me permite, o problema maior é que o parágrafo 1º, ele é categórico, a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas – é o caso –, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive garante perante o RI. Então o que ocorreu, em última análise: se fechou a Lei 8.666 e se decidiu a partir, eu reconheço, **do disposto no art. 37, § 6º, da CF, no disposto no art. 2º da CLT, mas sem se afastar, do cenário jurídico, um preceito. O que é isso, senão algo gozado pelo verbete vinculante nº 10?**

O MINISTRO MARCO AURÉLIO:

Presidente, no caso eu examinei os precedentes do TST e esses precedentes se fizeram ao mundo jurídico calcados em dois dispositivos: **o primeiro deles, como mencionado pela Ministra**

Cármen Lúcia, é o § 6º do art. 37 da CF, que não versa essa responsabilidade solidária. O que prevê esse parágrafo: que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão e aí vem a cláusula que define o alcance do preceito pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa. Não encerra esse dispositivo, sob a minha ótica, a obrigação solidária do Poder Público quando arregimenta mão de obra mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora dos serviços. Também houve referência à CLT e teríamos aí, talvez na ótica de alguns, um conflito de normas no espaço. O que preceitua o § 2º do art. 2º: a solidariedade. Mas qual é a premissa dessa solidariedade, em que pese cada qual das empresas (vamos tomar empresas em sentido lato) a terem personalidade jurídica própria: a direção, controle ou administração de outra. O Poder Público não tem a direção, não tem a administração, não tem também o controle da empresa prestadora dos serviços. Então creio que sobra, unicamente, o § 1º do art. 71, que exclui – e a meu ver quando exclui não há conflito desse artigo com a Constituição Federal – a responsabilidade pela inadimplemento do contratado, isso quanto ao Poder Público que licita, formaliza o contrato e a prestação de serviços ocorre mediante licitação, e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais. E entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade

aqui supletiva, seria supletiva, sequer solidária, nós teríamos que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços, por isso é que a meu ver deu-se um alcance primeiro ao § 6º do art. 37 que ele não tem, decididamente não tem.

A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

Até porque são coisas distintas. A responsabilidade contratual da Administração Pública é uma coisa. A responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é essa que decorre do dano, é outra coisa. O Estado responde por atos lícitos, que são aqueles do contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então são duas realidades, o § 6º do art. 37 só trata disso.

O julgamento ocorreu em 24 de novembro de 2010.

Diante da decisão na ADC nº 16, o colendo Tribunal Superior do Trabalho foi levado a alterar o enunciado da sua Súmula nº 331, a fim de guardar simetria com a instância suprema do Poder Judiciário, já no ano de 2011, a partir da Resolução nº 174. Deu-se nova redação ao item IV e foram inseridos os itens V e VI.

A redação atual da Súmula nº 331 do TST é a seguinte:

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 03.01.1974).

II – A contratação irregular

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

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

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

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

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

Ou seja, fica claro aqui que o colendo Tribunal Superior do Trabalho manteve o

entendimento de sempre, apenas se afastando da conclusão de que, pelo simples fato de já existir uma reclamação trabalhista, motivada pelo inadimplemento da empresa contratada, isto por si só bastaria (*in re ipsa*) para a responsabilização da Administração Pública, não sob fundamento da responsabilidade objetiva, mas ainda da subjetiva, por ser consequência lógica do inadimplemento uma falha na fiscalização contratual pela Administração.

Agora, deve-se “perquirir criteriosamente” se de fato existiu a culpa da Administração, seja em “eleger” o futuro contratado, seja em “vigiá-lo”: respectivamente, se ocorreu regular procedimento licitatório (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei nº 8.666/1993) e se a Administração não descuroou em seu dever legal de fiscalização dos contratos administrativos (artigos 58, inciso III, 66 e 67, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).

Entretanto, isso não está de um todo pacífico ou totalmente correto, de acordo com o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal. Relembremos emblemático julgamento da excelsa Corte trazido na **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**¹⁵, v. 1, n. 10, ago. 2012, cujo tema era a *terceirização*.

Naquele caso concreto, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, no julgamento do recurso ordinário¹⁶, seguiu o entendimento consagrado na Súmula nº 331 do TST, já reformulada e adequada ao julgamento da

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consoante Resolução nº 174/2011 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, e manteve a responsabilidade subsidiária de um Município pela dívida trabalhista, por ter o Juízo constatado a culpa da Administração Pública quanto ao não acompanhamento e fiscalização contratual.

O Município propôs a Reclamação nº 12.926, perante o excelso Supremo Tribunal Federal, julgada procedente de forma monocrática pela ministra Cármen Lúcia “para cassar a decisão proferida e determinar que outra decisão seja proferida como de direito”.

Segundo a ministra Cármen, “as disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula 331 do TST são diametralmente opostas, pois enquanto a norma legal prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, a orientação sumulada dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços”.

Interposto Agravo Regimental, o julgamento foi mantido pelo Plenário da Corte, citando-se precedentes que, em suma, preconizavam o seguinte:

a) a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública não mais se sustenta após o julgamento da ADC nº 16, pois contrária à literalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993;

b) também a responsabilização subsidiária da Administração Pública, ao fundamento de que o princípio de proteção e a teoria do risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador, direciona-se

15 <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=10>

16 Recurso ordinário nº 00508-2009-669-09-00-5.

“a uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pela prestadora”, o que contraria também a ADC nº 16.¹⁷

Assim, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, em novo julgamento realizado, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos decorrentes da ação trabalhista, ao fundamento de que o excelso Supremo Tribunal Federal deixou claro que a condenação de ente público, com amparo na **atual** Súmula nº 331 do TST e nas teorias das culpas *in vigilando* e *in elegendo*, “implica negar vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ainda que por via transversa, o que acabaria por violar a Súmula Vinculante nº 10”.

É bom lembrar que no julgamento do agravo regimental pelo Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, citado na **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, qual seja, a Reclamação nº 12.926, a Suprema Corte, **por unanimidade** e nos termos do voto da ministra-relatora, negou provimento ao apelo. Ausentes, neste julgamento, os senhores ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes e, licenciado, o senhor ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o senhor ministro Cezar Peluso (Plenário, 15 de dezembro de 2011).

Veja-se que, nesse julgamento, esteve presente o próprio relator da Ação Declaratória

de Constitucionalidade nº 16, que naquela ocasião firmara o entendimento de que “o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa” e que “o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Esse é o atual quadro.

Entretanto, e aí adentramos em momento crucial de nosso artigo, que se relaciona ao antológico julgamento conjunto, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, dos recursos extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e dos *habeas corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP (ver, ainda, o Informativo nº 531 do STF).

Cada qual com sua ementa, transcrevemos trecho da ementa referente ao recurso extraordinário nº 349.703/RS, que bem sintetiza o julgamento:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais

17 A síntese do caso concreto foi promovida pelo Excelentíssimo Desembargador do Trabalho Luiz Eduardo Gunther, do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. Cf. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 1, n. 10, ago. 2012. [Terceirização]

sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...)

Do ponto de vista material, alerta-nos Rafael Barretto que os tratados internacionais sobre direitos humanos sempre têm natureza constitucional, diante da abertura material da Constituição Federal (art. 5º, § 2º) e da matéria envolvida, tipicamente constitucional – *direitos humanos*.¹⁸

Do ponto de vista formal, Rafael Barretto enumera, doutrinariamente, as seguintes naturezas possíveis, em relação aos tratados internacionais¹⁹ (e aqui trato de uma maneira geral, sendo ou não tratados internacionais sobre direitos humanos):

1) **natureza supraconstitucional:** os tratados valeriam mais do que a própria Constituição Federal, num eventual conflito, prevaleceriam aqueles;

2) **natureza constitucional:** os tratados equivaleriam às normas constitucionais, um eventual conflito seria então considerado como uma *colisão de normas constitucionais*, de modo que “os

direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos”²⁰;

3) **natureza legal:** os tratados valeriam tanto quanto as leis infraconstitucionais, prevalecendo sempre, por óbvio, a Constituição Federal;

4) **natureza supralegal:** os tratados valeriam menos que a Constituição Federal, subordinando-se à *Lex Mater*, mas estariam acima da legislação infraconstitucional, prevalecendo sobre estas.

Para se entender o julgamento do excelso Supremo Tribunal Federal, há de se ter em mente a Reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual incluiu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, que inaugura tanto o título II, “dos direitos e garantias fundamentais”, quanto o capítulo I, “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, e diz: “Os tratados e convenções internacionais **sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.**”

Partindo do comando constitucional, o excelso Supremo Tribunal Federal assim entendeu:

1) se são tratados

18 Nesse sentido, cf. BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 88.

19 BARRETTO, Rafael. *Ob. Cit.*, p. 89.

20 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 98.

internacionais sobre direitos humanos e foram aprovados pelo quórum qualificado, isto é, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão natureza constitucional;

2) se são tratados internacionais sobre direitos humanos e não foram aprovados pelo quórum qualificado, inclusive aqueles já ratificados pelo Brasil no passado, em momento anterior a 31 de dezembro de 2004, momento em que a Emenda Constitucional nº 45 foi publicada no Diário Oficial da União, terão natureza supralegal;

3) se são tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos (os ajustes internacionais perante a Organização Mundial do Comércio, por exemplo), então terão natureza legal;

4) nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional.

No caso concreto, considerando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que não foram aprovados pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (nem poderiam, por serem em momento anterior, no ano de 1992), mas tratam sobre direitos humanos, tais ajustes internacionais teriam natureza **supralegal**.

O excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu que tais pactos têm natureza inferior a da Constituição Federal, que trata, em seu

artigo 5º, inciso LXVII, da prisão civil por dívida, renunciando que esta não será admitida em nosso ordenamento jurídico pátrio, à exceção do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Porém, reconheceu a Suprema Corte que o inciso LXVII do artigo 5º teria eficácia social limitada, ou seja, não seria autoaplicável, sendo carente de regulamentação por **lei infraconstitucional**. E é aí que entram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): não teriam força para suplantar a Constituição Federal, mas considerando que a própria Constituição Federal necessitaria de regulamentação infraconstitucional, suplantariam essa legislação (artigo 1.287 do Código Civil/1916, Decreto-Lei nº 911/1969 e artigo 652 do Código Civil/2002), imprimindo-lhe **eficácia paralisante**²¹.

Atualmente, o excelso Supremo Tribunal Federal conta, inclusive, com a Súmula Vinculante nº 25, que diz: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

Interessante o posicionamento do douto Valerio de Oliveira Mazzuoli, para o qual, a partir de então, toda lei ordinária, para ser válida, deve contar com **dupla compatibilidade vertical material**, ou seja, deve ser compatível com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Se a

21 Termo cunhado pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento conjunto, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, dos recursos extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e dos habeas corpus nº 87.585/TO e nº 92.566/SP.

legislação infraconstitucional for antagônica à Constituição Federal ou a um tratado, não conta com eficácia prática, isto é, a norma superior irradia a eficácia paralisante sobre a norma inferior.²²

Nesse diapasão, é bom lembrar, com relação as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dois pontos:

- 1) todas tratam sobre direitos humanos dos trabalhadores;
- 2) nenhuma delas foi aprovada pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Assim, pelo que já vimos, têm **natureza supralegal**.

E aí vem o gancho para defendermos a mencionada responsabilidade objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização. Lembremos da **Convenção nº 94 da OIT**, aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, e que entrou em vigor no plano internacional em 20 de setembro de 1952.

No Brasil, sua aprovação se deu com o Decreto-Legislativo nº 20/1965, ratificação em 18 de junho de 1965 e promulgação pelo Decreto nº 58.818/1966. Sua vigência nacional, assim, deu-se em **18 de junho de 1966**, há quase cinquenta anos.

Conforme esclarece o magistrado trabalhista Fabiano Coelho de Souza, a Convenção nº 94 da OIT foi denunciada pelo

Brasil em 1973, mas em seguida, em 1974, o Governo revogou o decreto de denúncia, retomando a vigência da norma no plano jurídico interno.

Os artigos 1 e 2 da Convenção dizem o seguinte:

Art. 1 — 1. A presente convenção se aplica aos contratos que preenchem as condições seguintes:

*a) **que ao menos uma das partes contratantes seja uma autoridade pública;***

b) que a execução do contrato acarrete:

I) o gasto de fundos por uma autoridade pública;

*II) **o emprego de trabalhadores pela outra parte contratante;***

c) que o contrato seja firmado para:

I) a construção, a transformação, a reparação ou a demolição de obras públicas;

II) a fabricação, a reunião, a manutenção ou o transporte de materiais, petrechos ou utensílios;

*III) **a execução ou o fornecimento de serviços;***

d) que o contrato seja firmado por uma autoridade central de um Membro da Organização Internacional do Trabalho, para o qual esteja em vigor a convenção.

2. A autoridade competente determinará em que medida e sob que condições a convenção se aplicará aos contratos firmados por autoridades que não sejam as autoridades centrais.

3. A presente convenção se aplica aos trabalhos executados por subcontratantes ou por cessionários de contratos; medidas apropriadas serão

22 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 4, p. 15. [Coleção Direito e Ciências Afins]

tomadas pela autoridade competente para assegurar a aplicação da convenção aos referidos trabalhos.

(...)

Art. 2 — 1. Os contratos aos quais se aplica a presente convenção **conterão cláusulas garantindo aos trabalhadores interessados salários, inclusive os abonos, um horário de trabalho, e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região: (...)**

Dessa forma, defendemos o reconhecimento da **responsabilidade objetiva** da Administração Pública, na esteira da Convenção nº 94 da OIT e da Recomendação nº 84 da OIT, ressaltando os seguintes aspectos:

1) compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16 com a aplicação da Convenção nº 94 da OIT, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal não tratou especificamente dessa convenção e, ainda, que apenas declarou a constitucionalidade de legislação infraconstitucional, que é inferior à convenção, consubstanciada em um tratado internacional sobre direitos humanos e detém natureza supralegal;

2) controle de convencionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e a necessária dupla compatibilidade vertical material do citado artigo, devendo ser compatível não só com a Constituição Federal, mas também com a Convenção nº 94 da OIT;

3) constatado o antagonismo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993,

frente a Convenção nº 94 da OIT, a convenção irradia **eficácia paralisante** sobre a o artigo da Lei de Licitações;

4) prevalência da responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras.

Essa é, inclusive, uma tese aprovada no XVI CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, ocorrido de 1º a 04 de maio de 2012 em João Pessoa, na Paraíba, e defendida pelo magistrado Fabiano Coelho de Souza, nesses termos:

TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMPATIBILIDADE DO JULGADO PROFERIDO NA ADC Nº 16/STF COM A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 94/OIT. Terceirização no setor público. Responsabilidade objetiva da Administração Pública e compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16/STF com a aplicação da Convenção nº 94/OIT. Controle de convencionalidade do art. 71 da lei nº 8.666/93. Questão não enfrentada pelo STF quando do julgamento da ADC nº 16. Prevalência da responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras. Aplicação da Convenção nº 94 da OIT sobre cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, tratado internacional de

direitos humanos devidamente ratificado pelo Brasil, e integrante do bloco de constitucionalidade ou, ao menos, com estatuto de norma supralegal e hierarquicamente superior à lei de licitações.

Embora não tenhamos localizado julgamentos que discorrem especificamente sobre essa evolução de entendimento, manifestada em um CONAMAT, encontramos uma decisão monocrática, proferida pelo ministro Carlos Alberto Reis de Paula, do colendo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do processo nº TST-AIRR-2376-59.2011.5.09.0660, em 24 de junho de 2013, no qual Sua Excelência assevera: **“Ademais, adotando a tese aprovada no XVI CONAMAT, que aborda a Convenção 94 da OIT, conclui-se que há a responsabilidade objetiva da administração pública quando contratado serviço terceirizado”**.

Ademais, como bem ressalta, em recente artigo²³, a colega Ana Paula Toledo de Souza Leal, Oficiala de Justiça no egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, embora não trate da responsabilidade objetiva da Administração ou da Convenção nº 94 da OIT, “o ministro Gilmar Mendes pondera²⁴ que o STF admite única exceção à consequência processual do efeito *erga omnes* a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por

mudança nas circunstâncias fáticas, valendo ressaltar que é uma relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.

E prossegue: “assim, é permitido e salutar o constante amadurecimento da interpretação dos textos jurídicos, também denominado de mutação constitucional, porquanto os entendimentos devem se transformar para melhor tutelar a realidade social, que está sempre em ativa mudança.”²⁵

Estamos diante de clássica hipótese.

Assim, chega a hora de a Suprema Corte evoluir no entendimento esposado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, não necessariamente para decidir de forma contrária ao que já se decidiu – isto é, para modificar o entendimento consagrado no julgamento de declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 –, mas para reconhecer que não se tratou, naquele julgamento, da Convenção nº 94 da OIT, e que tal tratado internacional sobre direitos humanos, por ter natureza supralegal, deve prevalecer sobre o artigo da Lei de Licitações, seguindo-se a mesma linha jurisprudencial já consagrada nos recursos extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e nos *habeas corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP. Tudo para o reconhecimento da responsabilidade objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização, independente de dolo ou culpa.

23 LEAL, Ana Paula Toledo de Souza. *A responsabilidade da Administração Pública na terceirização*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs.). *Temas atuais de Direito e Processo do Trabalho*. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 333.

24 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.329.

25 LEAL, Ana Paula Toledo de Souza. *Ob. Cit.*, p. 333.