

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 16” E SEUS EFEITOS SOBRE AS DEMANDAS TRABALHISTAS*

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT BRAZILIAN SUPREME COURT’S DECISION IN THE “CONSTITUTIONALITY DECLARATION CASE NUMBER 16” AND ITS EFFECTS OVER LABOR CASES

Rômulo Soares Valentini**

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo expor algumas breves considerações sobre possíveis efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 nas demandas trabalhistas. O trabalho se divide em dois tópicos principais. O primeiro é destinado a abordar algumas questões interpretativas que se originam dos termos presentes na redação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, notadamente sobre os conceitos de “encargos trabalhistas” e “administração pública”. O segundo tópico apresentará algumas releituras sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil em demandas referentes à terceirização no serviço público. A proposta metodológica do trabalho é de caráter jurídico-descritivo, da vertente jurídico-dogmática, intercalando as discussões apresentadas com a análise de textos legais, jurisprudência e doutrina.

Palavras-chave: Licitação. Lei n. 8.666/93. Ação direta de constitucionalidade. Súmula n. 331 do TST. Terceirização. Responsabilidade civil.

1 - INTRODUÇÃO

Em decisão majoritária, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, no dia 24.11.2010, a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, também conhecida como a Lei de Licitações, sendo essa decisão tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16¹, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Embora a decisão possa ser vista em um primeiro momento como um retrocesso no campo dos direitos fundamentais e mais uma demonstração de que as decisões recentes do STF têm reiteradamente buscado afastar a competência da Justiça do Trabalho das causas em que possam advir despesas “não

* Este artigo foi elaborado em período anterior à decisão do Tribunal Superior do Trabalho que alterou a redação da Súmula n. 331 para contemplar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, tal decisão não altera de maneira substancial as críticas elaboradas e as análises científicas aqui expostas.

** Analista Judiciário do TRT da 1ª Região. Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ Cf. BRASIL, 2010.

programadas” para a administração pública², a decisão, nos termos em que foi colocada, não altera substancialmente o entendimento até então vigente.

Em uma análise mais detalhada, percebe-se que a decisão do STF se orientou no sentido de determinar que os requisitos da responsabilidade civil venham a ser apurados conforme cada caso concreto e não mais pela mera repetição dos fundamentos da Súmula n. 331 como norma geral e abstrata. Porém, a decisão se preocupou em ressaltar que não há óbice para que os juízes do trabalho ou mesmo o TST possam decidir pela responsabilização da administração pública por outros fundamentos de direito que não questionem a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93.

Isso significa, em verdade, que pouca coisa mudou. Como demonstra BRAMANTE (2011), em recente publicação, trata-se de uma “derrota aparente da Súmula 331”, tendo em vista que as recentes decisões do TST têm se orientado no sentido de manter a orientação anteriormente firmada, valendo-se dos precedentes e razões de direito que originaram a criação da súmula.

No entanto, a decisão do STF abre novamente o espaço e a oportunidade para que os debates acadêmicos e científicos sobre o tema sejam retomados, incentivando a doutrina e a jurisprudência a realizar uma releitura dos precedentes que culminaram na consolidação de uma súmula cuja fundamentação já há algum tempo se encontrava em dissonância com o pensamento jurídico contemporâneo.

É importante lembrar que o item IV da Súmula n. 331 do TST foi acrescentado pela Resolução 96/2000, em uma época na qual ainda estava em vigor o Código Civil de 1916 e a antiga redação do art. 114 da CF, antes de sua alteração pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Portanto, passados dez anos da incorporação da atual redação do item IV da Súmula n. 331 e perante a decisão do STF, este é o momento oportuno tanto para rever conceitos antigos quanto para elaborar novas alternativas, à luz das novas disposições legislativas e também tendo em vista que os entendimentos jurisprudenciais dos diversos tribunais brasileiros passaram por várias transformações no decorrer desse período.

Contudo, o presente trabalho não tem pretensões de fazer um levantamento de todas as inovações e transformações ocorridas. Limitar-se-á apenas a expor algumas breves considerações sobre o tema, divididas em dois tópicos, sendo o primeiro referente a questões interpretativas que se originam dos termos presentes na redação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e o segundo tópico apresentará algumas releituras sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil em demandas referentes à terceirização no serviço público.

² Pode-se afirmar que a prática institucional e política no sentido de blindar o Poder Público de gastos e despesas não programadas trata-se, em verdade, de um fenômeno de escala global, como demonstram os recentes debates travados na Europa sobre medidas para conter o déficit fiscal. E, mais ainda, a recente crise política nos Estados Unidos, iniciada pela decisão do estado norte-americano de Wisconsin de aprovar uma lei proibindo a negociação coletiva no setor público como alternativa para manter o equilíbrio nas contas do município. Não se questiona a necessidade de os governos manterem os gastos públicos sob controle. É importante questionar, contudo, até onde os governos podem relativizar direitos individuais constitucionalmente assegurados, em nome do equilíbrio orçamentário.

2 - INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO DO § 1º DO ARTIGO 71 DA LEI N. 8.666/93

Primeiramente, é necessário buscar compreender em que exatamente a declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações afeta a dinâmica das demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário trabalhista.

O referido dispositivo legal possui a atual redação:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (grifou-se)

A releitura do texto legal em meio ao estudo científico permite ao intérprete se desvincular das pré-concepções e focar nas disposições da lei de modo a compreender, de forma mais aprofundada e de acordo com as técnicas e fundamentos de hermenêutica jurídica, as diversas implicações dos conceitos ali consolidados.

Nesse aspecto, pode-se observar que o *caput* do artigo 71 prevê as responsabilidades do contratado, enquanto o § 1º do referido artigo prevê quais são as consequências do inadimplemento do contratado perante a administração pública.

Percebe-se ainda que a redação do § 1º contém em si diferentes comandos normativos, relacionados aos diferentes efeitos jurídicos que decorrem da inadimplência do contratado.

A partir dessa leitura prévia dos textos legais, é possível delimitar o objeto de estudo. No presente caso, apenas a norma prevista na primeira parte do texto, em destaque, que se refere à administração pública e à responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas é relevante para esta análise.

A primeira questão a ser abordada refere-se ao conceito jurídico da expressão “encargos trabalhistas”. Essa expressão é interpretada por quase a totalidade da doutrina e jurisprudência no sentido de que todo e qualquer crédito de natureza trabalhista se encontra abarcado pelo conceito de encargo trabalhista.

Se a discussão se encontra pacificada no cenário jurídico trabalhista, o mesmo não se pode dizer ao se analisar os cenários contábeis e econômicos, nos quais existem vastos debates teóricos sobre o conceito de encargos trabalhistas, que podem ser definidos em dois grandes grupos de abordagem: os “Dreesistas” e os “Pastoristas”.³

³ Cf. ABREU, 2006, p. 3, obra na qual também são retratados com maior detalhamento os conceitos de encargos trabalhistas brevemente expostos nos dois parágrafos que seguem esta nota.

Os economistas e técnicos que compartilham da posição defendida pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos - DIEESE - entendem que os valores recebidos diretamente pelo empregado não se encontram no conceito de encargos, sendo estes apenas cabíveis aos custos vinculados à folha de pagamento que não se revertem diretamente aos empregados. Seriam, portanto, encargos as contribuições patronais que se destinam a terceiros, dentre elas a contribuição sindical, os pagamentos realizados ao FAT e demais entidades correlatas e as multas previstas na Lei Complementar n. 110/2001.

No entanto, a interpretação normalmente adotada pelos juízes trabalhistas compartilha da lógica utilizada por economistas que seguem a definição proposta por José Pastore, os quais argumentam no sentido de que verbas que não se referem diretamente ao salário contratual - tais como férias, repouso semanal remunerado, aviso prévio e horas extras - seriam encargos trabalhistas que afetam o chamado "Custo Brasil".

Percebe-se, portanto, que a discussão sobre o conceito da expressão "encargos trabalhistas" é de extrema relevância e encontra-se novamente aberta para ser debatida pela doutrina.

Outra questão a ser examinada se refere à extensão do conceito de "administração pública" presente no texto da lei. A grande indagação reside em determinar se a decisão do STF implica que a imunidade prevista no § 1º da Lei de Licitações também abrange todos os entes integrantes da administração pública indireta, notadamente as empresas públicas e sociedades de economia mista.

É que estas últimas, por força das disposições do § 2º do art. 173 da Constituição, não podem usufruir de privilégios de natureza fiscal não extensivos ao setor privado, conforme leciona AMORIM (2009, p.226):

A exigência constitucional de tratamento isonômico das empresas estatais com as da iniciativa privada, inclusive quanto ao regime de direitos e obrigações trabalhistas, somente reforça a impossibilidade de que sejam, por lei ordinária, imunizadas de responsabilidade sobre o cumprimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados, como à primeira leitura pretende sugerir o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Se assim o fizesse, a norma ordinária seria inconstitucional por violação ao art. 173 da Constituição, em sua função tuitiva do regime de livre concorrência, pois esta imunidade representaria um privilégio que não é dado à iniciativa privada (art. 173, § 2º), além de constituir forma de aumento arbitrário dos lucros que à lei cabe reprimir (§ 4º), ao invés de promover.

Tal argumento ganha ainda mais força em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista que, justamente por concorrerem com a iniciativa privada, utilizam-se da previsão do inciso III do § 1º do art. 173 da Constituição, adotando procedimento licitatório simplificado. Situação essa que ocorre, por exemplo, com a Petrobrás, cujas licitações, por força do artigo 67 da Lei n. 9.478/97, são regidas pelo Decreto n. 2.745/98.

Ora, se tais entes têm a faculdade de adotar procedimento licitatório para concorrer em igualdades de condições com a iniciativa privada, por óbvio não podem gozar de vantagens que são vedadas à iniciativa privada, como, no caso, a

imunidade do pagamento de encargos trabalhistas no caso de terceirização de mão-de-obra.

Por esse motivo, mesmo tendo sido declarada pelo STF a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, tal questão possui natureza diversa da que foi formulada na ADC n. 16. Sendo assim, parece claro que as pessoas integrantes da administração indireta que adotem procedimento licitatório diferenciado não estariam acobertadas pela imunidade prevista, assim como os demais entes públicos que concorram com a iniciativa privada, tudo nos termos do art. 173 da Constituição.

3 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DANOS CAUSADOS PELO CONTRATADO AO TRABALHADOR

Caso se interprete restritivamente o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, será necessário, nos casos de inadimplemento do contratado, responsabilizar a administração pública a título de reparação pelos danos materiais causados ao empregado e não mais ao pagamento das verbas trabalhistas não quitadas.

É essa a alternativa a ser aplicada, caso se consolide o entendimento de que a expressão “encargos trabalhistas” abrange também as verbas decorrentes do contrato de trabalho, inclusive as referentes a direitos constitucionalmente assegurados.

Nesse caso, desde que reconhecida a existência de ato ilícito praticado pela administração pública, deverá ser concedida aos trabalhadores lesados uma reparação decorrente da responsabilidade civil, uma vez que o § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 não diz nada a respeito de isenção da administração pública sobre danos decorrentes de responsabilidade civil.

É, contudo, importante ressaltar que a competência da Justiça do Trabalho para essas demandas permanece, independentemente do direito material envolvido, uma vez que o conflito se originou de uma relação de trabalho. Trata-se de mais uma inovação interpretativa que inexistia quando da consolidação do item IV da Súmula n. 331 do TST, mas que se tornou pacífica na jurisprudência atual, após a Emenda Constitucional n. 45.

Tal interpretação não se trata de mera chicana armada unicamente com o propósito de condenar a administração pública como responsável subsidiária pelos débitos trabalhistas não quitados pelo contratado, mas sim de reconhecer a existência de um dano que venha a ser causado ao trabalhador por ato ilícito da administração pública. As verbas possuem natureza diversa, sendo certo que as decorrentes da reparação civil não se confundem com as verbas trabalhistas, de caráter alimentar.⁴

⁴ Embora seja possível construir o raciocínio de que diversos direitos trabalhistas são, na realidade, espécies do gênero de responsabilidade civil. O empregador que não paga as horas extras devidas ao seu empregado comete ato ilícito que deve ser reparado na forma de crédito de natureza alimentar.

Para fins de apuração do *quantum* indenizatório, poderá ser considerado o valor das verbas trabalhistas devidas pelo contratado. Esse raciocínio não configura afronta à Lei de Licitações, apesar de parte da doutrina entender de maneira diversa.⁵

Isso porque, ao equiparar o valor devido pela administração pública à totalidade das verbas trabalhistas, não se está questionando a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, mas sim adequando a interpretação desse dispositivo à aplicação do art. 947 do Código Civil, o qual dispõe que, caso o devedor não possa cumprir a prestação na espécie ajustada, esta será substituída pelo seu valor patrimonial, em moeda corrente.

O que não se pode é admitir que, havendo ato ilícito praticado pela administração pública, o trabalhador seja obrigado a suportar parte do prejuízo. Observe-se a gradação do raciocínio, em tópicos:

- A inadimplência do contratado irá causar efetivo prejuízo ao trabalhador, que não receberá a totalidade das verbas a que tem direito.

- A administração pública não pode responder pelos encargos trabalhistas originados da inadimplência do contratado por expressa determinação legal.

- É possível, em tese, que parte do prejuízo sofrido pelo trabalhador possa decorrer de ato ilícito praticado pela administração pública ou por seus agentes, o que será constatado caso a caso, conforme determinação do STF.

- Todo aquele que, por ato ilícito, causar efetivo prejuízo a outrem será obrigado a indenizá-lo, por expressa determinação legal. Não será diferente, caso a administração pública seja condenada, após o devido processo legal, pela prática de ato ilícito.

- Sendo o efetivo prejuízo do trabalhador apurado durante o devido processo legal, será simples apurar a quantificação desse prejuízo em termos monetários, tendo em vista que grande parte dos direitos trabalhistas são de fácil liquidação.

- Desse modo, ainda que a administração pública não seja responsável pelos encargos trabalhistas, caso esta venha a ser condenada judicialmente pela prática de ato ilícito, será responsável por pagar a indenização correspondente ao prejuízo suportado pelo empregado em moeda corrente, a título de reparação civil.

- Não se trata, portanto, de condenar a administração pública ao pagamento de encargos trabalhistas. A condenação se refere à reparação civil por perdas e danos, sendo que o *quantum*, por óbvio, será equivalente ao que o trabalhador deixou de receber.

- Portanto, conceder ao trabalhador um valor que seja diverso do montante das verbas trabalhistas apuradas ao longo do processo seria inadequado, tendo em vista que a apuração de um valor inferior acarretaria a não reparação integral do dano e um valor superior acarretaria enriquecimento ilícito.

Feita essa breve explanação, passa-se agora a uma breve releitura da interpretação do tema à luz da responsabilidade civil objetiva, prevista no § 6º do art. 37 da Constituição e da responsabilidade civil subjetiva, prevista nas disposições do Código Civil.

⁵ Cf. CAFFARO, 2010, p. 1478/1479.

3.1 - A possibilidade de condenação do ente público com fulcro na responsabilidade objetiva prevista no § 6º do art. 37 da Constituição

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

Trata-se do instituto da responsabilidade civil objetiva do Estado, o qual impõe à administração pública o dever de reparar os prejuízos causados por seus agentes a terceiros.

E é por esse motivo que é vedado à administração pública ignorar o fato de que o trabalhador brasileiro também é, perante o Estado, um cidadão, sujeito aos mesmos direitos e obrigações que qualquer outro. Em outras palavras: o fato de um trabalhador estar prestando serviços na administração pública por meio de procedimento licitatório não lhe retira a condição de cidadão.

Desse modo, no caso de haver uma terceirização ilícita em que o inadimplemento do contratado pela administração pública cause prejuízo ao trabalhador, é evidente que ocorre uma situação de dano patrimonial, o qual deverá ser reparado pela administração pública e poderá ser posteriormente cobrado do contratado, pela via do direito de regresso. Trata-se tão-somente da aplicação do comando constitucional.

Para consolidar esse entendimento é necessário apenas constatar se, na terceirização, os gerentes e sócios da empresa contratada por meio de procedimento licitatório podem ser equiparados a agentes da administração pública. Apesar de parte da doutrina discordar desse entendimento⁶, o ordenamento jurídico, em seu caráter integrativo, permite tal interpretação.

Nesse aspecto, é importante analisar a nova redação dada ao § 1º do artigo 327 do Código Penal, alterado pela Lei n. 9.983/2000, que assim preceitua:

Art. 327. [...]

§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (grifou-se)

Ora, vislumbra-se então a seguinte situação: se algum funcionário de uma empresa terceirizada contratada pela administração pública cometer um ilícito penal, ele será equiparado a funcionário público e, por consequência, agente da administração pública.

Seria possível então afirmar que, caso esse mesmo funcionário cometesse um ilícito de natureza não-penal, ele não poderia ser considerado como agente da administração pública para fins de responsabilização na esfera civil?

A resposta só pode ser negativa. E esse é o entendimento que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando agentes terceirizados da administração pública causam danos a terceiros:

⁶ Cf. CAFFARO, 2010, p. 1478/1479.

[...] Companhia concessionária de energia elétrica contratou empresa terceirizada para efetuar o corte de luz na residência do inadimplente e o funcionário da empresa terceirizada teria ofendido e agredido a filha do morador. Daí a ação de dano moral em que a companhia de eletricidade alegou ilegitimidade passiva *ad causam* por não ser seu funcionário o acusado das agressões, mas prestador de serviços terceirizado da empresa contratada. O Tribunal *a quo* afastou a ilegitimidade, dando-lhe somente direito de regresso contra a prestadora de serviço, ao reconhecer que a concessionária de serviço público responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (art. 37, § 6º, da CF/1988). Observa a Min. Relatora que o fato de o corréu acusado pela agressão à autora não ser funcionário da companhia de energia elétrica, ora recorrente, não a exime da responsabilidade pelos supostos atos ilícitos cometidos pelo funcionário terceirizado, que atua em seu nome. Destaca que o art. 1.521 do CC/1916 já previa que, em caso de reparação civil por ato ilícito, o patrão, amo, comitente é responsável por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele. Tal regra também encontra equivalência no art. 932, III, do CC/2002. Destacou que uma decisão em sentido contrário - afastando a legitimidade passiva da tomadora de serviço - seria um estímulo à terceirização numa época em que essa forma de contratação está perdendo espaço nas empresas com vistas a reduzir queixas no atendimento e na própria prestação de serviço, aumentando o controle sobre sua qualidade. Por essas razões, a Turma não conheceu o recurso. Precedentes citados: REsp 304.673-SP, DJ 11/3/2002; REsp 325.176-SP, DJ 25/3/2002, e REsp 284.586-RJ, DJ 28/4/2003. (BRASIL, 2008)

E frise-se, ainda, que o art. 70 da Lei de Licitações também prevê expressamente que o contratado responderá pelos danos causados a terceiro. No entanto, como demonstrado, essa previsão legal não exime o Estado do dever de indenizar por força da norma constitucional.

Tem-se, portanto, a seguinte situação: se um agente de uma empresa contratada pela administração pública causa dano patrimonial a terceiro, a administração pública terá o dever de reparar o dano, independentemente de culpa e das disposições previstas no art. 70 da Lei de Licitações.

Não seria lógico, portanto, entender que, se um agente de uma empresa contratada pela administração pública causar dano patrimonial a um de seus contratados, a administração pública teria o dever de reparar o dano, independentemente de culpa e das disposições previstas no art. 70 da Lei de Licitações?

É evidente que o fato de ser um trabalhador vinculado a uma empresa contratada pela administração pública em nada lhe retira a condição de cidadão e tampouco fornece ao ente estatal motivos para o tratar de maneira diferenciada em relação a outros cidadãos.

Portanto, ainda que se entenda que a administração pública não possa ser condenada ao pagamento das verbas trabalhistas por expressa determinação legal, nada impede que a administração pública seja condenada ao pagamento da reparação civil, caso ocorram danos patrimoniais ao trabalhador decorrentes do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo contratado.

3.2 - A possibilidade de condenação do ente público na reparação por danos materiais decorrentes de ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil)

Mesmo que seja afastada a interpretação no sentido do reconhecimento da responsabilidade objetiva do ente público, é possível analisar a questão à luz das disposições do direito material civil, aplicável ao Direito do Trabalho por força do disposto no art. 8º da CLT. Nesse caso, trata-se de responsabilidade civil subjetiva, e não objetiva, de modo que será necessária a constatação de culpa ou dolo para surgir o dever de reparar.

No campo da terceirização irregular praticada pela administração pública, essa forma de reparação pode se dar de duas maneiras de acordo com o Código Civil de 2002: pelo simples ato de terceirizar (art. 186 do Código Civil) ou pelo abuso do direito de terceirizar (art. 187 do Código Civil).

A primeira corrente reflete a tese encampada pelo Ministro Ayres Britto quando do julgamento da ADC n. 16. Para o Ministro, há apenas três formas constitucionais para que a administração pública possa realizar contratação de mão-de-obra: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Como a administração pública está adstrita ao princípio da legalidade, tem-se que a contratação de mão-de-obra para “atividade-fim” da administração pública é, em si, ilícita. E, caso esse ato ilícito venha a causar danos a outrem, é evidente que a administração pública estará obrigada a indenizar, por força do art. 927 do Código Civil.

Embora essa interpretação não tenha prevalecido no resultado final do julgamento da ADC n. 16, o fato de a tese ter sido debatida no plenário do STF atesta a legitimidade do raciocínio jurídico baseado nesse entendimento.

Já a segunda corrente se assemelha muito à antiga interpretação dada ao item IV da Súmula n. 331 do TST: no caso em que a terceirização se revele abusiva e ocorra culpa *in vigilando* ou *in contrahendo* por parte da administração pública, surgirá o dever de indenizar.

E foi justamente nesse aspecto que a decisão do STF alterou a matéria, afastando a incidência automática do item IV da Súmula n. 331 do TST e determinando a constatação da existência de ato ilícito por parte da administração em cada caso concreto, não mais podendo a referida súmula atuar como norma geral e abstrata que dispensasse a instrução probatória.

No entanto, é relevante considerar a quem caberá o ônus da prova para comprovar a existência do ato ilícito. Se o ônus passar a ser do empregado, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, conforme determina o art. 818 da CLT, o prejuízo será evidente, sobretudo para as demandas já em curso.

Entretanto, é possível interpretar no sentido de que, uma vez constatada a inadimplência do contratado e tendo sido comprovada a prestação de serviços em favor da administração pública, esta é quem deverá comprovar a inexistência de culpa *in vigilando* ou *in contrahendo*, nos termos do inciso II do artigo 333 do CPC cumulado com o art. 818 da CLT.

Frise-se ainda que a fiscalização do contrato é ônus da administração

pública, nos termos dos artigos 58, III⁷ e 67, *caput* e § 1^o da própria Lei de Licitações, sendo certo que a ausência de comprovação do atendimento a tais comandos legais configura, de imediato, ato ilícito por parte da administração pública. E é esse posicionamento que vem sendo adotado, até o momento, nas recentes decisões do TST.

Resta, portanto, acompanhar o decurso do tempo para constatar se essa “derrota aparente da Súmula 331” (BRAMANTE, 2011) fará com que a situação se acomode ou se essas e outras considerações doutrinárias reacenderão alguns dos debates envolvendo a questão da terceirização no serviço público.

ABSTRACT

This paper aims to present some brief remarks on the possible effects of the Supreme Court decision in the Constitutionality Declaration Case number 16 in lawsuits related to labor cases. The work is divided into two major topics. The first is aimed at addressing some interpretive questions that arise from the terms present in the legal aspects of the paragraph 1 of art. 71 of the Bidding Law, particularly on the concepts of “payroll taxes” and “public administration”. The second topic will present some new readings on the implementation of the Institute of liability in lawsuits regarding outsourcing in public service. The methodology of the work is of a legal description, that searches into the legal dogmatic aspect, interspersed with the discussions presented and related with an analysis of legal texts, jurisprudence and doctrine.

Keywords: *Bidding. Law 8.666/93. Constitutionality Declaration Case 16. TST’s Precedent 331. Outsourcing. Liability.*

REFERÊNCIAS

- ABREU, Ari Ferreira. A distorção da mensuração dos encargos trabalhistas devido à forma de cálculo dos impostos e contribuições incidentes sobre o lucro das empresas. In: *6º Congresso USP de Contabilidade e Controladoria*, 2006, São Paulo. Anais do 6º Congresso USP de Contabilidade e Controladoria, 2006.
- AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

⁷ 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;

⁸ Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração 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.

- BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 26 fev. 2011.
- BRASIL. *Código Penal Brasileiro* (1940). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 jan.2011.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 jan.2011.
- _____. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 jan.2011.
- _____. *Código Civil Brasileiro* (2002). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 jan.2011.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 904.127-RS. COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA CEEE contra RAQUEL DIAS DE OLIVEIRA. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 18 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 30 jan.2011.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Constitucionalidade n. 16. Requerente: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, julgado em 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30 jan.2011.
- CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o direito do trabalho e a noção de interesse público: a terceirização na administração pública e a Súmula n. 331 do TST em questão. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, Ano 74, número 12, dez. 2010, p.1470/1484. São Paulo: LTr, 2010.