30/03/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

RELATORA	**: MIN. ROSA WEBER**
REDATOR DO ACÓRDÃO	**: MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: PRISCILA MEDEIROS NUNES
ADV.(A/S)	: NILTON GARRIDO MOSCARDINI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: EVOLUTION ADMINISTRADORA DE SERVICOS TERCEIRIZADOS LTDA.
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS E LIMPEZA AMBIENTAL
ADV.(A/S)	: CELITA OLIVEIRA SOUSA
AM. CURIAE.	: CÂMARA TÉCNICA DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: ULISSES SCHWARZ VIANA
AM. CURIAE.	: VALEC - ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A.
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO AMÉRICO BARAÚNA FILHO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
DP	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

EMENTA: **RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957009.

DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

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

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, "*The Nature of The Firm*", Economica (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957009.

produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados "custos de transação", método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957009.

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

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele dar provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em assentada posterior, em 26/04/2017, o Tribunal, por maioria e nos termos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957009.

do voto do Ministro LUIZ FUX, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 30 de março de 2017.

LUIZ FUX - REDATOR PARA O ACÓRDÃO

Documento assinado digitalmente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957009.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Senhora Presidente, Senhores Ministros, cumprimentando a todos, quero registrar, antes da leitura do relatório – até porque fiz uma pequena adequação no relatório justamente em função dessa circunstância e pedi que passassem cópia a Vossas Excelências –, que, depois da liberação dos autos deste recurso extraordinário para a pauta, em dezembro de 2015, foram deduzidos pedidos de ingresso por outros *amici curiae,* especificamente, a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras (Abrasf), a Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística – Administração dos Portos de Paranaguá, o Município de Unaí e a Defensoria Pública da União.

Já havia preparado um despacho indeferindo esses pedidos na linha da jurisprudência da Corte de não admitir, em regra, essas solicitações de ingresso após a liberação do feito para a pauta. Ao examinar, contudo, a última petição, apresentada pela Defensoria Pública, sensibilizei-me com os argumentos e com os precedentes invocados. Em determinadas situações, considerando a paridade de armas, ou seja, quando há pedidos de ingresso e a admissão de *amici curiae* de um lado e não há – ou há em número muito menor – do outro, parece oportuna essa admissão, apesar de requerida teoricamente fora do momento processual adequado, segundo, registro, a jurisprudência da Corte.

Decidi então não indeferir desde logo o pedido da Defensoria Pública e submeter, a Vossas Excelências, essa minha inclinação – considerando que a tese da recorrente, a União, já conta com a adesão de um número maior de *amici curiae* e que a tese do recorrido conta com apenas um *amicus curiae* .

Vejo, de qualquer sorte – agora, passam-me a ordem das sustentações –, que previstas a sustentação oral da União, a do *amicus curiae* Estado de São Paulo e, ainda, do *amicus curiae* Federação Nacional

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580316.

das Empresas de Serviço e Limpeza Ambiental, ou seja, um para cada lado, e ainda a da recorrente. Submeto a questão a Vossas Excelências.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está mencionando a Administração dos Portos de Paranaguá?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A Defensoria Pública...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) – Os que postularam fora do prazo, que eu vinha observando, na esteira da jurisprudência da Corte, foram a Associação Brasileira (Abrasf), a Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística, o Município de Unaí e a Defensoria Pública da União. Eu já admitira antes o ingresso de outros *amici curiae,* com pedidos formulados no momento adequado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, e Vossa Excelência, então, encaminha no sentido de acolher a pretensão?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) – Sim, mas em relação à Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística – Administração dos Portos de Paranaguá (APPA), há um óbice que entendo não possa ser superado, que é a representação irregular. A procuração, por meio da qual conferidos os poderes ao subscritor da petição, restringe-se à Justiça do Trabalho. Este pedido fica prejudicado. Há ainda o pedido da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística, da Abrasf, e da Defensoria Pública da União.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não há instrumento para atuação no foro em geral?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas na Justiça do Trabalho?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Defender os interesses perante a Justiça do Trabalho.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580316.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a situação quanto à Defensoria Pública é mais favorável do que aquelas que venho enfrentando.

Tenho entendido que o assistente recebe o processo no estágio em que se encontra e que o fato de estar em pauta não obstaculiza, em si, a admissibilidade como terceiro. Venho procedendo dessa forma. Reconheço haver pronunciamento do Tribunal limitando o ingresso à data da inserção do processo em pauta, mas tenho adotado essa óptica mais aberta, ante o disposto no artigo 119 do Código de Processo Civil.

Por isso, acompanho Sua Excelência, admitindo não só a Defensoria, a fim de chegar-se à paridade de armas, de ter-se, em termos de assistentes, contraponto, como também os demais requerentes.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12862785.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu gostaria também de me manifestar em apoio à sugestão da eminente Relatora e o faço por duas razões.

Em primeiro lugar, eu penso que a admissão do *amicus curiae* é uma decisão discricionária que se submete a critério de conveniência e oportunidade do Relator.

Em segundo lugar, o nosso Regimento diz que a instrução do processo compete ao Relator. Portanto, o Relator tem uma ampla margem decisória no que concerne a esse tipo de decisão.

Então, eu quero manifestar o meu apoio à sugestão de Sua Excelência, a Ministra Rosa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12923199.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Eu, de qualquer sorte, Senhora Presidente, gosto muito de ouvir. Penso que as participações sempre enriquecem o debate, enriquecem a decisão a ser tomada.

São 50 mil processos sobrestados e me sensibiliza o desejo de manifestação por parte dos Municípios. Geralmente uma quantidade muito grande de *amici curiae*, pela divisão do tempo que temos adotado, termina prejudicando a defesa da tese. Mas, como nem todos os *amicie curiae* estão presentes para sustentação oral, eu não tenho nenhuma oposição em admitir esse pedido, considerada também essa circunstância de que não inscrito representante algum dos Municípios. Trata-se de matéria relevantíssima para Municípios e Estados, sobretudo. Eu não tenho dificuldade alguma em acolher a ponderação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580317.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, só para deixar consignado, eu adoto por princípio não admitir pedidos de *amici curiae* posteriormente ao pedido de pauta.

E adoto por princípio respeitar a condução que o Relator propõe para o processo.

Portanto, neste caso, estou aderindo à segunda proposição, que é acompanhar a posição da Ministra Rosa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12880528.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Como o Ministro Barroso, tenho adotado nos meus casos o que foi decidido por este Plenário.

E acho que, demais disso, o Supremo Tribunal tem um encontro marcado com o tema do que é o *amicus curiae*, porque, inclusive, no mês de dezembro, nós registramos aqui um nobre advogado que arguiu a ordem em que ele falaria. Tinha dado a palavra ao recorrente, e ele disse que era *amicus curiae* do recorrente. Bom, então, se é do recorrente, não é do Tribunal.

A palavra *amicus curiae* significa que não há teses específicas comprometidas com uma das partes, mas um acervo de informações. E é este o sentido que tem sido desnaturado na figura do *amicus curiae* para nós. Não existe um instituto à brasileira. Não é possível uma jabuticaba processual que dê preocupações, inclusive, de partes estarem contratando entidades para atuar aqui. Não é esse o sentido.

Mas esse encontro haverá de ser, com toda certeza, em algum momento, nós vamos, talvez, ter de interpretar a norma - hoje contida também no Processo Civil - para que a gente tenha essa clareza, essa objetividade.

Mas, considerando que respeito o que o Relator decide, porque ele é o senhor da condução do processo,neste caso, acompanho.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É respeitado sempre o Relator, que tem a última palavra sobre a intervenção.

A comissão do Código se preocupou muito com essa intervenção do **amicus curiae**, porque ele intervém apenas para debater o tema interdisciplinar, que escapa completamente ao interesse das partes. De sorte que ele tem muitas limitações procedimentais. Mas, evidentemente, que a Relatora, neste caso, verifica que há, digamos assim, uma conexão temática entre a intervenção e o **amicus curiae**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580318.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - E, se me permite, Ministro Fux, neste caso, a delicadeza da matéria ensejou, inclusive em função da alteração do paradigma, um parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido contrário ao anteriormente exarado, justamente porque as derivações todas da ADC 16, todas as reclamações e toda a evolução jurisprudencial levaram a inúmeros questionamentos que estão desaguando aqui no Supremo Tribunal Federal.

Então, parece-me oportuno que possamos ouvir também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, permite-me só uma observação muito rápida: eu não tenho certeza - só para não deixar passar em branco - se eu concordo com a tese que o *amicus curiae* deva ter uma atuação imparcial. Quer dizer, no país de origem do instituto, os *amici curiae*, eles ingressam ajudando a Corte, mas na intenção de demostrar o acerto da posição que sustentam. Portanto, vocês têm o *amicus curiae* pro-vida e você tem o *amicus curiae* pro-escolha; você tem o *amicus curiae* a favor da pena de morte e você tem o *amicus curiae* contra a pena de morte.

Portanto, eu não acho que a idéia de *amici curiae*, sem prejuízo de outras considerações, que exija imparcialidade, até porque eu acho, por exemplo, que é melhor para a Corte e para o País uma determinada solução que coincide com o ponto de vista de uma das partes.

Portanto, eu acho que a imparcialidade, salvo da parte dos juízes, não é desse mundo. As outras pessoas têm sempre algum interesse que querem avançar.

Só para deixar esse registro. Obrigado, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Como disse, acho que esse é um assunto que virá num momento oportuno para que todos possam, então, se manifestar. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Até por que a convergência do que o *amici curiae* sustenta com a tese de uma das partes é uma questão fenomênica. Isso vai acontecer.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580318.

como disse, essa é uma matéria que virá em momento oportuno provavelmente.

E também, Ministro Barroso, apenas para deixar claro, nem de longe falaria numa imparcialidade, até porque ele quer ajudar realmente é o Tribunal.

Apenas, quando alguém diz que é amigo de uma das partes, como já foi dito aqui, é preciso que a gente saiba exatamente quais são os objetivos. Apenas isso.

E estou deixando isto como um *obiter dictum*, porque acho que haverá o processo adequado para que a gente discuta, senão nós desbordaríamos e acabaríamos não julgando o caso de hoje, que é da maior significação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580318.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

RELATORA	**: MIN. ROSA WEBER**
REDATOR DO ACÓRDÃO	**: MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: PRISCILA MEDEIROS NUNES
ADV.(A/S)	: NILTON GARRIDO MOSCARDINI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: EVOLUTION ADMINISTRADORA DE SERVICOS TERCEIRIZADOS LTDA.
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS E LIMPEZA AMBIENTAL
ADV.(A/S)	: CELITA OLIVEIRA SOUSA
AM. CURIAE.	: CÂMARA TÉCNICA DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL
ADV.(A/S)	: ULISSES SCHWARZ VIANA
AM. CURIAE.	: VALEC - ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A.
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO AMÉRICO BARAÚNA FILHO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

R E L A T Ó R I O

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de recurso extraordinário da União contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do eminente Ministro José Roberto Freire Pimenta, em que negado provimento ao agravo de instrumento por ela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

manejado, hoje representativo do Tema 246 da Repercussão Geral desta Suprema Corte (responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização). Eis a ementa do julgado recorrido:

> "TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT,* DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

> processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.
>
> Agravo de instrumento desprovido".

A União, em seu recurso extraordinário, com base no permissivo do art. 102, III, alíneas "a" e "b", da Constituição da República, e defendendo a existência de repercussão geral da matéria, aponta violado pela decisão combatida o texto constitucional - especialmente os arts. 5º, II, 37, *caput*, 97 e 102, § 2º -, no que mantida a responsabilidade subsidiária que lhe fora imputada, nas instâncias ordinárias, pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços terceirizados, incluídos multas e juros de mora de 1% ao mês, em flagrante desobediência ao quanto decidido – fato superveniente - na ADC nº 16 por esta Suprema Corte.

Assevera declarada pela Corte trabalhista a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93[1], a despeito de já afirmada sua

1 A afirmação, pela recorrente, de que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 foi declarado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

constitucionalidade por este STF, ao julgamento da referida ADC nº 16, e vedada, por conseguinte, a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Anota que apenas "eventualmente, quando PROVADA a culpa *in vigilando,* fica autorizada a responsabilização subsidiária" (destaque no original), de todo inviável presumi-la, e que inserida no item IV da Súmula 331/TST obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

O Procurador-Geral da República opinou, no paradigma originário (RE 603.397 da relatoria da minha antecessora, eminente Ministra Ellen Gracie), pelo provimento do recurso, com o destaque de que a decisão proferida ao julgamento da ADC nº 16, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, *caput* e § 1º, da Lei 8.666/93 - por "não ser a Administração Pública objetivamente responsável pelo inadimplemento de débitos trabalhistas de empresa contratada" -, teria reconhecido ainda a contrariedade da Súmula 331 do TST ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, "por não se exigir qualquer ato do agente estatal causando prejuízo a terceiros".

Em 18.3.2014, o presente Recurso Extraordinário veio a substituir o paradigma em que reconhecida a repercussão geral do Tema 246 – o RE 603.397 –, diante de seu trâmite em segredo de justiça, com a digitalização e juntada aos presentes autos do parecer ofertado pelo Procurador-Geral da República.

Admitidos como *amici curiae* o Estado de São Paulo, a Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental, o Colégio Nacional de Procuradores-gerais dos Estados e do Distrito Federal - CNPGEDFO e a Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.. Na sua manifestação na qualidade de amigo da Corte, o Estado de São Paulo assevera que "a única exegese tecnicamente defensável do § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93 é aquela que exclui completamente a responsabilidade das

---

inconstitucional se pauta no fato de que afastada sua incidência à espécie, circunstância que se enquadraria no teor do art. 97 da CF e da segunda parte da Súmula Vinculante 10 deste STF.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

entidades públicas contratantes em relação ao inadimplemento de obrigações trabalhistas assumidas pelas empresas contratadas, quer para a realização de obras, quer para a prestação de serviços" (peça 29, fls. 16-17). A Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental sustenta que "são repetitivas na imprensa as divulgações de que trabalhadores de empresas terceirizadas não receberam os salários e outros direitos" e que, "na maioria das vezes, essa falta de pagamento ou de cumprimento da lei de licitações e contratos por parte dos órgãos e entidades da administração é por puro desleixo, descaso, e não exatamente por falta de recursos, mesmo porque todo contrato administrativo é precedido de licitação pública, e os valores ficam empenhados e devidamente previstos no orçamento da União ou da entidade pública". Conclui afirmando que essa "situação vergonhosa precisa ser banida das relações contratuais" e atribuída responsabilidade solidária ao ente público (peça 35, fls. 2 e 3). O Colégio Nacional de Procuradores-gerais dos Estados e do Distrito Federal afirma que, "reconhecida a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93, não há como condenar a Administração Pública a responder por encargos trabalhistas não quitados pela empresa porventura contratada para a prestação de serviços", "independentemente de aferição de qualquer modalidade de culpa" (peça 43, fls. 5 e 11). Por fim, a VALEC defende a " inadequação de decisões judiciais que afastaram a incidência de aplicação do art. 71, §1º da Lei nº 8666/93, com base na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho", certo que "a transferência da responsabilidade pelo inadimplemento na seara trabalhista, pelos contratados, na execução de serviços prestados à Administração Pública, não poderá ser automática", sendo incabível responsabilidade objetiva ou subjetiva (peça 56, fl. 5).

Em 02.02.2015 o Ministro Ives Gandra Martins Filho, à época Vice-Presidente do TST, ao entendimento de que o "leading case" acolhido em substituição para representar o Tema 246 diz com a responsabilidade subjetiva da Administração Pública, ainda que em caráter subsidiário, quando o "leading case" original se referia à responsabilidade objetiva,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

encaminhou o Ofício GVP/TST Nº 04/2015, indicando outro recurso extraordinário para exame e eventual substituição do paradigma.

O Procurador-Geral da República, com amparo no artigo 6º, XV, da Lei Complementar 75/1993, requereu, em 12.9.2016, vista dos autos, ponderando, diante da ausência de intimação para novo parecer quando da substituição de paradigma, que consolidada, após o julgamento da ADC 16/DF, interpretação de que viável o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do poder público em caso de culpa por ausência de fiscalização. Deferido, em 13.9.2016, o pedido, com o adiamento do feito[2].

Exarado novo parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário da União, com a seguinte ementa:

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

2 O processo estava incluído na pauta de julgamento de 14.9.2016 e foi adiado nessa data.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

administração. Demonstração da omissão fiscalizatória do ente público. Prova impossível para o trabalhador demandante – teoria da "prova diabólica".

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

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

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

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

5. A omissão fiscalizatória do Poder Público, quanto ao

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

adimplemento dos direitos trabalhistas, se equipara em consequência à omissão estatal por **falha do serviço**, ensejando responsabilidade aquiliana objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição. Precedentes. Caso se opte pela responsabilidade subjetiva, o caráter omissivo da conduta estatal desafia **presunção relativa de culpa da administração pública,** cabendo ao ente público demandado o ônus de comprovar a fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada.

6. A imputação do onus probandi ao trabalhador demandante, quanto à omissão fiscalizatória estatal, impondo-lhe prova impossível, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal, com grave violação ao princípio da igualdade, fundante do Estado de Direito.

7. Reconhecida a responsabilidade subsidiária da União, por culpa in vigilando, no caso concreto, em face da ausência de prova da fiscalização contratual, não se constata violação à decisão da ADC 16/DF.

8. Parecer por desprovimento do recurso extraordinário.

Requerido, ainda, ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF (petição nº 50.573/2016), pelo Município de Unaí (petição nº 69.674/2016), pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística Administração dos Portos de Paranaguá - APPA (petição nº 58.769/2016) e pela Defensoria Pública da União.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580319.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Senhora Presidente, começo agradecendo as sustentações orais. Como previa, além de enriquecerem o debate, contribuíram em muito para uma reflexão mais aprofundada sobre o tema.

Farei de início algumas pequenas observações, em função do que eu ouvi – e ouvi sempre com muito gosto e com a compreensão de que as sustentações orais traduzem visões diferentes sobre o próprio ordenamento jurídico e os institutos do Direito. Pontuo desde logo alguns aspectos. O primeiro deles é o de que o recurso extraordinário, assim que como todos os recursos de natureza extraordinária, em sentido lato, como é o caso, por exemplo, do recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, é recurso de fundamentação vinculada, em que, como todos sabemos, não se admite revolvimento de fatos e provas, nem revisão dos elementos fáticos dos autos. Apreciam-se teses jurídicas.

O segundo ponto é que não somos, nessa mesma linha, uma quarta instância. O Supremo Tribunal Federal não pode, nos processos que aqui chegam, pela quarta vez, revisitar a matéria. As diretrizes todas dos nossos julgamentos observam essa sistemática.

Eu citava muito, quando no exercício da jurisdição trabalhista, um acórdão deste Supremo Tribunal Federal em que consignado que se o acórdão atacado no extraordinário dizia que o branco era preto, ou que o preto era branco, isso não poderia ser redefinido. Claro que os tempos mudaram, e o próprio Direito evoluiu, mas, como disse, são algumas ponderações que me vieram à cabeça enquanto ouvia as sustentações orais.

Ainda uma questão central a destacar: muito se discute na Justiça do Trabalho a diferença entre intermediação de mão de obra e prestação de serviços, e ainda não se chegou no aspecto a uma definição precisa.

Quanto ao registro de que o julgamento, por esta Suprema Corte,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580320.

da ADC 16 na verdade não pacificou todas as disputas que estavam surgindo no seio dos processos trabalhistas, e sim as acirrou, eu até diria que na verdade multiplicou-as.

E, nesse enfoque de multiplicação de controvérsias e de processos – são 50 mil processos sustados, fora um número ainda superior de processos em andamento, versando sobre esse mesmo tema –, é que me animo a enfrentar a matéria com o encaminhamento que vou propor. Confesso a Vossas Excelências que, para mim, com ressalva das questões já pacificadas na Corte, a matéria é infraconstitucional. Quem haveria de dizer como deveriam ser resolvidas, na minha visão, é o Tribunal Superior do Trabalho, assim como em outros processos que aqui enfrentamos, sobretudo de natureza previdenciária, eu me manifestei no sentido de que a última palavra deveria ser do STJ, e não, com todo respeito, do Supremo Tribunal Federal.

Nessa perspectiva da necessidade de pacificar de alguma forma a matéria, é que passo examiná-la com esses olhos e essa largueza.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580320.

02/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora):

DO CONHECIMENTO

1. Admissibilidade

1.1. Pressupostos genéricos de admissibilidade

Regular a representação processual, desnecessário o preparo e tempestivo o recurso extraordinário, impõe-se perquirir o seu cabimento sob o viés da repercussão geral, constatada a adequação do apelo contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho.

1.2. Repercussão geral

1.2.1.Responsabilidade subsidiária. Ente da administração pública. Art. 71 da Lei nº 8.666/93

O Plenário Virtual desta Suprema Corte reputou constitucional a questão articulada no recurso extraordinário da União - RE 603397/SC, manejado contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, e reconheceu a existência de repercussão geral, em decisão assim ementada, *verbis*:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 603397 RG, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 04/02/2010, DJe-067, DIVULG 15-04-2010, PUBLIC 16-04-2010)

Em se tratando de processo a tramitar em segredo de justiça, deu-se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

a substituição do paradigma, em 18.03.2014, pelo presente recurso extraordinário - RE 760931/DF, ora representativo do Tema 256, que, como visto, diz com a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na chamada terceirização de serviços.

A insurgência recursal se volta contra três pontos: (i) a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelos efeitos da condenação; (ii) os juros de mora, à base de 1% ao mês e (iii) as multas dos artigos 467 e 477 da CLT.

Observo que, embora os juros e as multas estejam abrangidos pela condenação imposta na origem, relativamente à qual imputada responsabilidade subsidiária à União, a inconformidade recursal específica quanto a eles lançada, no particular, não merece conhecimento por versarem sobre matéria infraconstitucional, conforme, inclusive, expressamente reconhecido, por esta Suprema Corte, quanto aos juros, ao julgamento do ARE 696101 RG / DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

> "JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. APLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE PELAS OBRIGAÇÕES INADIMPLIDAS PELO EMPREGADOR PRINCIPAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL" (DJe 21.02.2013).

1.3. Conheço, pois, do recurso extraordinário apenas em relação ao tema **responsabilidade subsidiária** - ente da administração pública - art. 71 da Lei nº 8.666/93, objeto da repercussão geral.

DO MÉRITO

<u>Responsabilidade subsidiária. Ente da administração pública. Art. 71 da Lei nº 8.666/93</u>

1. Antes de proceder à apreciação do mérito da causa, delimito o objeto do debate e explicito os principais pontos do acórdão recorrido e das razões recursais:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

1.1. Objeto da lide

O objeto do debate, reitero, encontra-se sintetizado no **Tema nº 246 da Repercussão Geral** ("Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço").

Não se confunde com os enfrentados na ADPF 324/DF, no ARE 713.211 RG/MG (substituído pelo Recurso Extraordinário 958252) e no ARE 791.932/DF, conforme detalhamento a seguir:

ADPF 324/DF (Relator Min. Roberto Barroso) – trata-se de ação proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG contra interpretações adotadas em decisões da Justiça do Trabalho que estabeleceriam, a partir da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, obstáculo intransponível à prática da terceirização, a ensejar, na ótica da requerente, violação do princípio da livre iniciativa;

RE 958.252 MG (substituiu o paradigma de repercussão geral - processo nº ARE 713211 RG / MG, Relator, Min. Luiz Fux) - trata-se de RE interposto por Celulose Nipo Brasileira S/A - Cenibra, representativo do tema nº 725: "Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa", em que reconhecida a repercussão geral nos seguintes termos:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (ARE 713211 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014);

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

e ARE 791932 RG / DF, sob a relatoria do Min. Teori Zavascki. O recurso, interposto pela CONTAX S/A, teve origem em reclamação trabalhista ajuizada por uma atendente contratada pela recorrente, prestadora de serviços de *call center*, para laborar na Telemar Norte Leste S/A, e é representativo do Tema nº 739 da repercussão geral: "Possibilidade de recusa de aplicação do art. 94, II, da Lei 9.472/1997 em razão da invocação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sem observância da regra de reserva de plenário".

Os referidos recursos e ação de descumprimento de preceito fundamental versam, em linhas gerais, sobre a possibilidade, ou não, de terceirização de qualquer atividade da empresa, inclusive daquela denominada atividade-fim, bem como sobre os parâmetros para a identificação do que representa, no âmbito da terceirização, tal atividade, o que não guarda relação com o objeto do presente feito, em que se busca definir se "a Administração Pública responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço"[1].

Reitero, ainda, a compreensão exposta no despacho de 07.02.2014 (peça 25), quanto à matéria versada no presente recurso extraordinário, a mesma objeto do RE 603.397 ("RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993"), com as nuances e desdobramentos que surgiram a partir do julgamento da ADC nº 16 por esta Suprema Corte, a fomentar um sem número de reclamações, cujo equacionamento está a exigir definição de balizas. Desnecessária, pois, nova substituição do paradigma representativo.[2]

---

1 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/verTema.asp?id=101440 >. Acesso em 12.9.2016.

2 No Ofício GVP/TST Nº 04/2015 argumentou-se que "o atual 'leading case' substitutivo referente ao tema 246 se refere à responsabilidade subjetiva subsidiária da Administração Pública, quando o debate original do 'leading case' primário substituído referia-se à Responsabilidade Objetiva subsidiária da Administração". Ocorre que, ao

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Considerado, pois, o contorno imposto ao **Tema nº 246 da repercussão geral** é que examino o recurso.

1.2. Premissas do acórdão recorrido

Antes de proceder à apreciação da controvérsia propriamente dita, o Tribunal Superior do Trabalho rechaçou, no acórdão recorrido, alegações por vezes utilizadas pelos entes públicos, de ofensa aos artigos 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 8º da CLT, ao fundamento, em síntese, de que, embora as verbas vindicadas detenham, quase todas, natureza pecuniária, "são direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados (...) e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu caráter inquestionavelmente alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias", pelo que lhes deve ser atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público meramente secundário do ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas.

Asseverou, ainda, que, a compreensão de que o ente público contratante tem o dever de fiscalizar o estrito cumprimento, pela contratada, dos direitos trabalhistas dos terceirizados que laboram na Administração Pública, enseja conclusão de que "inevitável a incidência subsidiária, autorizada pelo parágrafo único do citado art. 8º da CLT, dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato lícito".

---

julgamento da ADC 16, esta Suprema Corte apontou imprescindível à responsabilização subsidiária da Administração Pública, nos casos de terceirização, a demonstração de culpa da tomadora dos serviços, inviabilizada tal responsabilização como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços. Não houve debate sobre a questão do ônus probatório relativamente aos aspectos configuradores da culpa hábil a ensejar a referida responsabilidade, enfrentada no presente RE, em que se afirma deva a culpa in vigilando ser "PROVADA, e não presumida" (fl. 9, peça eletrônica 13, destaque no original) e que ausente, no caso, demonstração de como essa culpa ficou caracterizada (fl. 40, peça eletrônica 13).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Afirmou a seguir que a decisão em que imposta a responsabilidade subsidiária ao ente público contratante, pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empregadora, "prescinde, para sua manutenção, da aplicação da antiga redação do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior", porque viável apreciar o dissídio à luz das normas constitucionais e legais pertinentes (fl. 15).

À análise, então, da controvérsia sob tal ótica, o Ministro Relator do acórdão recorrido, invocando o princípio da legalidade administrativa[3] e interpretando sistematicamente o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 com os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei de Licitações, compreendeu que tais normas "também servem de parâmetro para o dever de fiscalização dos entes públicos das demais esferas da Federação", notadamente pelo quanto estatuído na Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30/04/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)[4], que as regulamentou. A esse respeito assentou expressamente:

> Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui longamente exposto, ao invés, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, alegar e comprovar,

3 Esse princípio, nos termos da decisão recorrida, impõe ao ente público, na contratação de prestação de serviços de natureza contínua, "a sua completa e rigorosa observância, não lhe sendo dado, discricionariamente, decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações" (fl. 26).

4 Consideradas as alterações conferidas pela Instrução Normativa nº 3/2009 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02/2008, alterada pela Instrução Normativa nº 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.

Ressaltou, ainda, pautado no princípio da aptidão para a prova, ser exclusivamente do ente público contratante "o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (….) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente – afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos termos dos arts. 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT" (fl. 27).

Assinalou, outrossim, que, "À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta *culpa in vigilando*".

Assentou, finalmente, que decisão nesse sentido não implica

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

responsabilização da Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, em nítida negativa de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (vedada pela ADC 16-DF).

1.3. Razões do recurso extraordinário

Sustenta a União, em suas razões recursais, que o TST, ao manter a responsabilidade subsidiária do ente público com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, "é dizer, com suporte na responsabilidade objetiva", desobedeceu ao conteúdo da decisão prolatada na ADC 16 e, consequentemente, ao disposto no artigo 102, § 2º, da Lei Fundamental.

Afirma afronta a esse último preceito também porque declarada, pela Justiça do Trabalho, a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93[5], quando já afirmada sua constitucionalidade por esta Suprema Corte.

Assevera violação dos arts. 5°, II, e 37, *caput*, da Constituição da República, por ter a Corte trabalhista inserido, no item IV da sua Súmula 331, obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Defende, em suma, que a culpa *in vigilando* "deve ser PROVADA, e não presumida" (fl. 9, peça eletrônica 13, destaque no original), certo que ausente, no caso, demonstração de como caracterizada essa culpa (fl. 40, peça eletrônica 13).

Fundamentos para a manutenção da responsabilidade subsidiária

As razões recursais não são hábeis a infirmar os motivos conducentes à responsabilização subsidiária da Administração Pública, pelos fundamentos que passo a expor, inicialmente em exame da tese em abstrato, e, na sequência, em apreciação do caso concreto.

---

5 A afirmação, pela Recorrente, de que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 foi declarado inconstitucional se pauta no fato de que afastada sua incidência à espécie, circunstância que se enquadraria no teor do art. 97 da CF e da segunda parte da Súmula Vinculante 10 deste STF.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

2. Conceito de terceirização

Compreender um fenômeno social implica admitir a existência de diversos olhares a seu respeito. Economistas, sociólogos do trabalho e administradores encaram a terceirização de maneiras divergentes, cabendo à área jurídica o desafio de compor o conflito decorrente dessas diferentes percepções.

No afã de superar esse desafio, impõe-se alinhavar, preliminarmente, alguns dados para tecer um pano de fundo conceitual.

Em primoroso texto doutrinário, MAGDA BIAVASCHI, lembrando a lição de JOSEPH SCHUMPETER, economista e um dos mais destacados cientistas políticos do século XX, quanto ao impulso que mantém o capitalismo em funcionamento, a engendrar incessantemente novas formas de organização, apresenta a **terceirização** como uma das expressões dessa complexidade:

> "Quanto à terceirização, uma das dificuldades de conceituá-la reside nas distintas formas por meio das quais se apresenta no mundo do trabalho, bem como na multiplicidade de conceitos que lhes são atribuídos. Com contornos variados e, por vezes, de forma simulada, pode ser identificada, segundo Krein:
>
> > '[...] na contratação de redes de fornecedores com produção independente; na contratação de empresas especializadas de prestação de serviços de apoio; na alocação de trabalho temporário por meio de agências de emprego; na contratação de pessoas jurídicas ou de "autônomos" para atividades essenciais; nos trabalhos a domicílio; pela via das cooperativas de trabalho; ou, ainda, mediante deslocamento de parte da produção ou de setores desta para ex-empregados. Nessa dinâmica, chega-se a presenciar o fenômeno da terceirização da terceirização, quando uma empresa terceirizada subcontrata outras, e o da *quarteirização)* com a contratação de uma empresa com função específica de gerir contratos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

com as terceiras e os contratos de facção e os de parceria'.

Juridicamente, a terceirização desafia o conceito de empregador, provocando ruptura no binômio empregado-empregador: há um intermediário na relação entre trabalhador e a empresa a quem aproveita a força de trabalho. Ainda juridicamente, segundo Viana, pode ser analisada de forma ampla ou restrita, interna ou externa, correspondendo sempre à hipótese em que um terceiro entra na relação de emprego. **Em sentido amplo**, identifica-se com a tendência empresarial de realizar parte de suas atividades por meio de outras unidades, mais ou menos independentes, incluindo toda a operação - econômica ou de organização da atividade empresarial- de terceirização ou descentralização, qualquer que seja a forma contratual utilizada. **Em sentido estrito**, como mecanismo descentralizador que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados destinam-se à tomadora. Em sentido interno, expressa a situação em que alguém se coloca entre o empregado e o tomador dos serviços no sentido externo, evidencia, por exemplo, a situação em que alguém se coloca entre o empresário e o consumidor. No entanto, faces do mesmo fenômeno, refletem-se da mesma maneira na relação de poder empregadores x trabalhadores"[6].

A expressão "terceirização", segundo PAULA MARCELINO e SÁVIO CAVALCANTE, seria um neologismo brasileiro, diferenciando-se do padrão utilizado em outros países, para se reportar à relação entre duas empresas, que invariavelmente se aproxima do sentido da expressão "subcontratação": "em francês,

6 BIAVASCHI, Magda. **A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho : a história da forma de compreender a terceirização** *in* Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado / Daniela Muradas Reis, Roberta Dantas de Mello, Solange Barbosa de Castro Coura, coordenadoras. -- São Paulo : LTr, 2013, pp. 175-7, destaquei.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

soustraitance, em italiano, *sobcontrattazione*, em espanhol *subcontratación*, no inglês, *outsourcing*, em Portugal, *subcontratação"*[7].

Esses professores de Sociologia, da USP e da UNICAMP, respectivamente, definem o instituto como "todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas", adotando perspectiva centrada nos impactos da terceirização em relação à exploração da força de trabalho[8].

Enquanto fenômeno que se localiza na organização produtiva das empresas, a terceirização, evidentemente, produz impactos na organização do trabalho e na forma como se delineiam, inclusive do ponto de vista jurídico, as relações entre trabalhadores e contratantes de sua força de trabalho.

Por isso, o tema igualmente tem merecido a atenção da Sociologia do Trabalho, no sentido de capturar o fenômeno e seus impactos sobre as condições de vida e trabalho dos sujeitos envolvidos.

JOSÉ DARI KREIN, Doutor em Economia Social do Trabalho, também aponta a terceirização como fenômeno complexo que, apesar das suas múltiplas faces, "constitui-se em uma forma de flexibilização das relações de trabalho, ao permitir um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho e na segurança do trabalho, assim como ao promover a segmentação da representação sindical e ampliar a liberdade da empresa na alocação do trabalho"[9].

---

7 MARCELINO, Paula e CAVALCANTE, Sávio. **Por uma definição de terceirização**. Cad. CRH [online]. 2012, vol. 25, n.65 [cited 2016-11-02], p.331-346. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792012000200010&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em : 23.1.2017.

8 MARCELINO e CAVALCANTE, ob. cit..

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

O Professor DANTE GIRARDI, do Departamento de Ciências da Administração da Universidade Federal de Santa Catarina, realizou importante revisão bibliográfica a respeito da terceirização no campo teórico da Administração[10], apresentando os seguintes conceitos a respeito do fenômeno:

> Tudo o que não é vocação de uma empresa deve ser entregue para especialistas (LEIRIA et al, 1992);
>
> É a tendência de comprar fora tudo o que não fizer parte do negócio principal da empresa (COSTA et al, 1992).
>
> É uma tendência de transferir, para terceiros, atividades que não fazem parte do negócio principal da empresa (GIOSA, 1995).
>
> É uma tendência moderna que consiste na concentração de esforços nas atividades essenciais, delegando a terceiros as complementares (GIOSA, 1995).
>
> É a passagem de atividades e tarefas a terceiros. A empresa concentra-se em atividades-fim, aquelas para as quais foi criada e que justifica sua presença no mercado, e passa para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) atividades-meio (DAVIS, 1992).
>
> Indica a existência de uma outra empresa, "terceiro", que, com competência, especialidade, qualidade e ainda, em condições de parceria, venha a prestar serviços a uma empresa contratante (QUEIROZ, 1992).
>
> É um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros - com os quais se estabelece uma relação de parceria - ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua (GIOSA, 1995).
>
> Uma tecnologia de administração que consiste na

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> compra de bens e/ou serviços especializados, de forma sistêmica e intensiva, para serem integrados na condição de atividade meio, à atividade fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade (FONTANELLA et al, 1994).

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

3. Origem, evolução, características e propósitos do fenômeno da terceirização

A terceirização é tida como fenômeno atrelado à reestruturação produtiva pós-fordista, que eclodiu mundialmente no final da década de 1970 e que chegou ao Brasil, de forma consistente, na década de 1990, sobretudo na reformulação da estrutura produtiva da indústria automobilística[11].

Exsurgiu, assim, em um contexto de busca por flexibilidade, eficiência e maior competitividade das empresas em um mundo globalizado.

GRAÇA DRUCK entende a terceirização como estratégia de gestão que, a um só tempo, busca atender às demandas por qualidade, competitividade e produtividade, fazendo-o por meio da redução de custos trabalhistas e da precarização do trabalho[12].

Acerca da precariedade desse tipo de relação laboral, GABRIELA

11 DRUCK, Graça. **A indissociabilidade entre precarização social do trabalho e terceirização.** *In*: Precarização e Terceirização: faces da mesma realidade/ Marilane Teixeira, Hélio Rodrigues, Eliane D'ávila Coelho (Orgs.). São Paulo: Sindicato dos Químicos, 2016. p.35-58 e GIRARDI, ob. cit..

12 DRUCK, Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica; um estudo do complexo petroquímico.** São Paulo: Bomtempo, 1999.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

NEVES DELGADO[13], estudiosa do fenômeno da terceirização, com propriedade sublinha:

> "Considera-se que uma das mais polêmicas manifestações dessa dimensão desregulamentadora que agride o Direito do Trabalho contemporâneo é a terceirização. **Além de romper com a estrutura empregatícia bilateral clássica de prestação de serviços, contribui para precarizar as condições de trabalho e dificulta a formação da identidade social do trabalhador terceirizado e de sua emancipação coletiva.** No Brasil, a difusão das práticas terceirizantes também ganhou forte impulso, notadamente no setor de serviços, em especial no âmbito da economia privada, mas também estendeu seus tentáculos à área pública.
>
> Em relação à terceirização trabalhista, observa-se que <u>além de a CLT não ter incorporado regras específicas sobre a triangulação de mão de obra via terceirização</u>, exatamente porque não previu a descentralização empresarial nos moldes toyotistas de produção, <u>também a legislação extravagante à CLT pouco avançou no sentido de propor controles civilizatórios a essa prática de contratação trabalhista, altamente inibidora dos direitos sociais fundamentais</u>.
>
> Em termos jurídicos, a terceirização trabalhista praticada no país mais parece uma colcha de retalhos. Apesar da existência de legislação específica reguladora do trabalho temporário, hipótese de terceirização de curto prazo, não há lei própria a normatizar a terceirização permanente, a mais importante delas.
>
> <u>A construção jurisprudencial existente, sintetizada na Súmula nº 331 do TST, propõe alguns "controles civilizatórios" para a terceirização, mas não o suficiente</u>.
>
> Mesmo que se considere irreversível o avanço da terceirização, isso não significa que ela não deva enquadrar-se nos limites do Direito do Trabalho, assegurados,

13 DELGADO, Gabriela Neves. **A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho Constitucionalizado.** *In* Revista do TST, Brasília, vol. 79, nº 2, abr/jun 2013.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> essencialmente, em seus princípios. A resistência de âmbito principiológico atinge, sem dúvida, a terceirização trabalhista.
>
> Enfatiza-se: se, na origem do Direito do Trabalho, o arsenal de princípios básicos era tido como eixo de orientação do ramo justrabalhista, a compreensão do Direito do Trabalho contemporâneo também deve perpassar pelos princípios cardeais. Inclusive, a moderna doutrina constitucional garante aos princípios caráter vinculante, com função normativa própria, o que somente ratifica sua importância no contexto da interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas" (sublinhei) .

VITOR ARAÚJO FILGUEIRAS, Auditor Fiscal do Trabalho, considerados os índices obtidos em recentes operações de resgate de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo, faz importante registro sobre a relação existente entre terceirização e trabalho escravo no Brasil:

> "E**nquanto o trabalho análogo ao escravo e a vida dos trabalhadores constituem limites da relação de emprego, a terceirização é uma estratégia de gestão do trabalho que objetiva justamente driblar limites impostos ao assalariamento** (sejam eles advindos dos sindicatos, do direito do trabalho, etc.). É essa relação que explica a ampla prevalência de trabalhadores terceirizados entre aqueles que morrem trabalhando e que são submetidos a condições análogas à de escravos.
>
> (...)
>
> No âmbito do assalariamento, a terceirização (qualquer que seja a modalidade) tende a promover o trabalho análogo ao escravo mais do que uma gestão do trabalho cujo contrato expressamente se estabelece com o tomador de serviços. Essas afirmações podem ser avaliadas a partir do universo dos resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos efetuados pela fiscalização do Ministério do Trabalho. A terceirização está estritamente vinculada às piores condições de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

trabalho (degradantes, exaustivas, humilhantes, etc.) apuradas em todo o país.

(...)

A prevalência dos trabalhadores terceirizados é sintomática. Na média, nos quatro últimos anos abrangidos, em 90% dos 10 maiores resgates os trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravos eram terceirizados.

Note-se que esses dados não discriminam setor da economia, porte das empresas ou regiões do país. Poder-se-ia alegar que seriam terceirizações espúrias, constituídas por empresas informais, ou pessoas físicas, como "gatos". Ou seja, não estaríamos tratando da "verdadeira" terceirização, mas apenas da "má".

Para analisar a procedência dessa eventual alegação, vejamos os dados concernentes aos resgates nos quais os trabalhadores eram formalizados, casos típicos da presumida "verdadeira" terceirização. Entre os resgates ocorridos em 2013, nos 8 maiores casos em que a totalidade dos trabalhadores era formal, todos eles eram terceirizados formalizados por figuras interpostas. Já no grupo de resgates com parte dos trabalhadores com vínculo formalizado, das 10 maiores ações, em 9 os trabalhadores resgatados eram terceirizados.

Entre esses resgates com terceirizados formalizados figuravam desde médias empresas desconhecidas, até gigantes da mineração e da construção civil, do setor de produção de suco de laranja, *fast food*, frigorífico, multinacional produtora de fertilizantes, obras de empresas vinculadas a programas do governo federal.

(...)

Inúmeros casos (...) poderiam ser citados, cujo denominador comum é a concorrência direta dos tomadores de serviços (por determinação direta ou omissão deliberada) para as situações degradantes, humilhantes, impostas aos trabalhadores, mas cuja responsabilidade o contratante busca invariavelmente transferir ao terceiro.

Em suma, há fortes indícios de que terceirização e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> **trabalho análogo ao escravo não simplesmente caminham lado a lado, mas estão intimamente relacionados.** E isso ocorre pelas seguintes razões:
>
> 1- A contratação de trabalhadores terceirizados normalmente resulta em menor propensão à insubordinação, vinculada à flexibilidade de dispensa. Além disso, por conta da condição mais precária, os trabalhadores terceirizados tendem a se esforçar mais, tanto para manter o emprego, quanto para atenuar sua inserção adversa2. A existência de uma figura interposta entre trabalhador e tomador de serviços também propicia aprofundamento da subsunção do primeiro ao capital, pois o trabalhador muitas vezes sequer percebe sua participação no processo produtivo que integra.
>
> 2- As empresas buscam transferir (afastar) a incidência da regulação exógena (Estado e sindicato) do seu processo de acumulação, externalizando ao ente interposto o encargo de ser objeto de qualquer regulação limitadora.
>
> Assim, a **adoção da terceirização pelas empresas potencializa a capacidade de exploração do trabalho e reduz a probabilidade de atuação dos agentes que poderiam impor limites a esse processo**. É exatamente nessa combinação de fatores que reside a relação entre terceirização e trabalho análogo ao escravo. **Ao incrementar a supremacia empresarial sobre o trabalhador, e diminuir as chances de atuação de forças que limitam esse desequilíbrio, a gestão do trabalho por meio da terceirização engendra tendência muito maior a ultrapassar as condições de exploração consideradas como limites à relação de emprego no quadro jurídico brasileiro[14].**

Evidencia esse tratamento diferenciado, entre trabalhadores contratados diretamente e trabalhadores terceirizados, texto doutrinário do Professor e pesquisador JOSÉ PASTORE[15]:

---

14 Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-e-os-limites-da-relac3a7c3a3o-de-emprego-degradac3a7c3a3o-e-morte.pdf>.Acesso em 30.09.2016.

15 PASTORE, José. **Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei.** Disponível

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> Os contratos de terceirização têm sido os mais variados. Há bons e ruins. Há empresas contratantes que zelam pela proteção dos empregados das empresas contratadas por meio de uma checagem criteriosa da sua reputação e monitoria constante durante a execução do contrato. Mas há também as que ignoram tudo isso.
>
> É aí que ocorre a precarização. Em muitos contratos, a contratada descumpre a legislação, e a contratante fecha os olhos. Em outros casos, esta só vem saber disso quando a contratada quebra ou desaparece na hora de pagar as verbas rescisórias, deixando seus empregados na mão. Eles só receberão tais verbas se a contratante for compreensível ou se tiverem êxito nas demoradas ações trabalhistas.
>
> Há ainda os contratos que mantêm os empregados da contratada em condições desumanas. Eu já vi trabalhadores terceirizados fazendo refeições sob sol a pino e sentados numa sarjeta de rua, enquanto os empregados da contratante saboreavam um almoço gostoso em restaurante com ar condicionado.

A terceirização já contém em si o estigma de vínculo precário sob diferentes ângulos – essencialidade, pessoalidade, subordinação. O empregado desenvolve atividade que, em tese, não é a principal do tomador de serviços; o tomador de serviços, em tese, não sabe quem é o terceirizado; o terceirizado, em tese, não está subordinado ao tomador de serviços.

Não obstante esse quadro, descrito em inúmeras obras acadêmicas sobre o tema, frustra-se qualquer união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório, em face do "fracionamento" do coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da(s) tomadora(s) de serviços.

Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor,

---

em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 08.7.2016.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado "como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização"[16]. Para atingir esses objetivos desconsideram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, *caput*) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o "direito fundamental de todos os direitos fundamentais".[17] Confirma a referida percepção, de expansão do fenômeno, ensaio do já citado Professor JOSÉ PASTORE[18]:

> (…)
>
> Em outras palavras, a revolução tecnológica está provocando uma revolução nas relações do trabalho. É um processo sem volta. As redes de produção congregam no seu interior uma grande variedade de relações entre empresas e entre pessoas e empresas. E nessa contratação, não há porque limitá- la a atividades meio, mesmo porque as empresas, para vencer a concorrência, precisam contratar de tudo.
>
> Vivemos um tempo em que a história corre muito depressa, o que provoca grandes transformações no modo de trabalhar. A sua velocidade é meteórica e para acompanhá-las e ganhar eficiência, a especialização é imprescindível.
>
> (...)

---

16 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 5ª. ed. Rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 348.

17 MENDES, Gilmar. **A Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal** *In* A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Edição comemorativa. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p. 103 .

18 PASTORE, José. **Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei.** Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 08.7.2016.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Ou seja, ninguém pode fazer tudo. É preciso contar com a colaboração de muitas outras empresas e pessoas, passando para fora atividades meio e atividades fim. É a rede em ação. E isso é essencial. Os consumidores são exigentes e a concorrência é brutal. Só se cria emprego quando se vence a concorrência. A busca da especialização no trabalho, portanto, é uma imposição das novas formas de produzir.

(...)

Por isso, as empresas têm de criar as mais variadas formas para sobreviver e, sobretudo, crescer. Tornarem-se competitivas já é difícil. Manterem-se competitivas é ainda mais difícil. É preciso criar muito, fazer aquilo o que sabe e contratar fora o que não sabe.

(....)

Há uma realidade que não pode ser ignorada: com as novas tecnologias, o trabalho foi fragmentado. É com base nessa fragmentação que se chega à produção de massa, com eficiência e diversificação. Hoje em dia, o consumidor pode comprar um carro pela Internet e estabelecer tudo o que deseja nesse carro, de forma que a fábrica recebe a mais variada demanda de modelos que são montados simultaneamente em uma só linha de produção. Para tanto, conta com equipes especializadas, algumas da fábrica, outras terceirizadas.

A revolução tecnológica e a demanda por eficiência estão fazendo emergir novos modelos empresariais . Produção e venda passaram a ter escalas gigantescas, o que requer uma boa articulação das redes de produção. Sem isso, as escalas não se manteriam. Por exemplo, na época de Natal, a Hewlett-Packard (HP) passou a vender cerca de 400 mil computadores por dia (!) nas lojas do Wall-Mart do mundo. Isso requereu uma reformulação completa da rede de produtores, entregadores, estocagem, comercialização e assistência pós venda. Para tanto, surgiram novas constelações de trabalho com vários tipos de relacionamentos para atender a brutal necessidade de assistência técnica. É uma inter-relação de terceiros com um núcleo coordenador, ilustrada pelo exemplo abaixo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> Nos Estados Unidos, por exemplo, a United Parcel Post (UPS), mera transportadora, que antes recolhia uma impressora defeituosa na casa do cliente, levava à fábrica da Hewlett-Packard (HP) para conserto e devolvia ao cliente consertada, nos dias atuais, ela mesma conserta o equipamento e entrega ao cliente e, em certos casos, conserta a máquina no domicílio, sem necessidade de transporte.
>
> (....)
>
> **No Brasil, a terceirização também avança a passos largos.** As áreas mais terceirizadas são informática, organização e métodos, serviços jurídicos, relações públicas, recrutamento e seleção, treinamento e desenvolvimento, administração de cargos e salários, folha de pagamento, benefícios em geral, restaurante e alimentação, previdência privada, saúde, seguro de vida e acidentes, transporte coletivo, limpeza e conservação, segurança, gráfica, correio externo, malote, frota de veículos, importação e exportação, auditoria de sistemas, marketing, pesquisa de mercado, propaganda, projetos, laboratórios diversos e serviços domésticos .
>
> A terceirização é um processo irreversível. Faz parte da nova divisão do trabalho. E constitui peça essencial na formação de redes de produção. Nos dias atuais, não são mais as empresas que competem entre si. **A verdadeira competição se dá entre as redes de produção.** E isso é crucial para a manutenção das empresas e dos empregos. A eficiência das redes é que coloca as empresas no lado perdedor ou ganhador na concorrência mundial. Em 2006, a General Motors, por exemplo, perdeu US$ 1 bilhão por mês – e em 2008 está à beira da falência – enquanto que a Toyota lucrou US$ 1 bilhão por mês, vendendo os mesmos produtos (automóveis) no mesmo mercado (o planeta Terra). A grande diferença esteve na eficiência da rede de produção, inovação, manutenção e vendas das duas empresas.

Ante a constatação da irreversibilidade da terceirização, em qualquer uma das suas formas, não há como olvidar, nessa relação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

assimétrica e trilateral, a proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores terceirizados - entre os quais o direito à contraprestação pela mão de obra despendida -, que é o aspecto essencial[19] no debate surgido nesse novo contexto histórico-econômico-social.

A força de trabalho, uma vez entregue, não pode ser reposta: não há retorno ao *status quo ante* no que se refere ao labor prestado. A falta da contraprestação devida, independentemente de quem arque com esse pagamento, transforma o terceirizado em escravo moderno.

Oportuna a lembrança, nesse quadrante, da doutrina de BARBOSA MOREIRA[20] acerca do estudo sobre o abuso do direito, em que se pesquisam os encontros e ferimentos que os direitos se fazem: "Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita[21], com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício", em observância ao fim econômico ou social do direito exercido, boa-fé objetiva, bons costumes.

4. Terceirização na Administração Pública

O fenômeno da terceirização, como é sabido, também no âmbito da Administração Pública tem se ampliado em progressão geométrica nos últimos anos. Anoto, aqui, a análise de CARLOS BASTIDE HORBACH[22]:

"Nas últimas décadas, o Estado brasileiro tem passado por

---

19 PASTORE, José. **Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei.** Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 08.7.2016.

20 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso do Direito.** Novo Código Civil – Doutrinas (VII) *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V – Nº 26 – nov/dez 2003, p. 134.

21 Considerados, no caso, a meu ver, os direitos alusivos aos trabalhadores.

22 Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

uma série de projetos de desestatização, privatização, reforma, reengenharia e outros tantos nomes que **indicam a tendência de revisão dos modelos burocráticos vigentes, com a diminuição da máquina estatal e o consequente abrandamento dos vínculos jurídicos públicos**.

Nesse quadro, **a legislação brasileira e a interpretação que a ela tem sido dada levaram — e ainda levam — a uma crescente transferência de tarefas desenvolvidas pelo setor público, originalmente, para o setor privado.** Ou, em outra perspectiva da mesma realidade, fazendo com que certas tarefas estatais sejam cada vez mais levadas a cabo por indivíduos que não guardam com o Poder Público um vínculo jurídico-administrativo, nem mesmo um vínculo funcional direto.

Somente para contabilizar as experiências dos últimos vinte anos, podem ser destacados as ações do Governo Sarney, com o Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985; o Programa Nacional de Desestatização do Governo Collor, disciplinado pela Lei nº 8.031/90; e, numa perspectiva mais ampla, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, editado em 1995 pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e que teve a sua concretização normativa em diplomas como a Emenda Constitucional nº 19/98 e a Lei nº 9.637/98, instituidora do Programa Nacional de Publicização, por meio das organizações sociais.

(...)

Reconhecia, pois, a chamada "crise da sobrecarga", definida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho como sendo a assunção, pelo Estado contemporâneo, de tarefas cada vez mais volumosas, que são retiradas da sociedade, dos grupos sociais e dos indivíduos (FERREIRA FILHO. *Constituição e governabilidade*: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira, p. 27.)

(...)

Refletindo essa visão, já questionava o Plano do Governo Fernando Henrique quais tarefas eram essencialmente públicas,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> quais poderiam ser desenvolvidas pelo setor privado ou pelo setor público não estatal; além de como poderiam ser reduzidos os entraves econômicos decorrentes da sobrecarga.
>
> As respostas a essas indagações correspondiam à limitação das atividades estatais àquelas funções que lhe fossem próprias e essenciais; à revisão das estruturas burocráticas, com flexibilização de seus procedimentos; à transferência para o setor privado de atividades não exclusivas do setor público, gerando entre esses setores "uma maior parceria".
>
> Tais respostas, por outro lado, indicavam a projeção, na Administração brasileira, de uma tendência verificada em diferentes ordenamentos estrangeiros, nos quais se podia constatar a transferência de tarefas do Estado para a sociedade civil e o emprego de modelos jurídicos tipicamente privados na gestão das tarefas que lhe restavam, no que Fritz Fleiner chamou, já em 1928, de "a fuga para o Direito Privado"[23].

Importante destacar que essa **crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado** não se tem limitado aos serviços secundários, de suporte, alcançando muitas vezes atividades próprias e essenciais do Estado. Não raro, em desvirtuamento do instituto, empregados das prestadoras de serviços vêm a desempenhar, permanentemente, atividades afetas a servidores públicos em sentido estrito, exercentes de cargos ou empregos públicos, restando inviabilizado o reconhecimento de vínculo direto com a Administração Pública pela inobservância do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao prescrever a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo, função ou emprego público, ressalvadas "as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". A propósito, vale lembrar que constituem, ainda, exceções a essa regra a contratação por tempo determinado para "atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" CF, art. 37, IX), bem como a contratação de

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

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

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

> CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
>
> A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

A fixação de balizas à terceirização pela Administração Pública é destacada também por WINNICIUS PEREIRA DE GÓES[25], especialista em Direitos Humanos e Democracia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

> "**Os objetivos administrativos traçados em direção à contenção de despesas públicas, enxugamento do quadro de pessoal, eficiência e maximização aplicativa dos recursos e serviços públicos, via terceirização, encontram barreiras constitucionais e legais que impedem a adoção da fórmula trilateral desmesurada, sobretudo para evitar o conflito entre os interesses da Administração Pública e os valores constitucionais.** Conforme já mencionado, os impedimentos resultam do fato de que até a promulgação da Constituição

24 Considerada a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006.

25 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Federal de 1988 à Administração Pública era permitida a contratação de empregados sem submissão a concurso público de provas e títulos.

Vale lembrar que os serviços de natureza pública executiva, a partir do Decreto n° 200/1967, passaram a ser terceirizados ou os trabalhadores eram contratados diretamente pela Administração Pública direta ou indireta, como se esta fosse entidade da iniciativa privada, com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que, de certo modo, conferia ao ente público contratante maior flexibilidade para contratar e demitir seus funcionários.

Todavia, o uso desgovernado da terceirização e de contratações diretas teve como consequências o inchaço da máquina administrativa pública e o elevado custo para a manutenção do quadro de pessoal.

Registre-se, ainda, que a utilização irracional do modelo contratual, anterior à Constituição vigente, favorecia o nepotismo e o clientelismo administrativo, marcado pelo favorecimento de pessoas próximas aos administradores públicos à obtenção de cargos ou empregos públicos, prática atualmente vedada por ir de encontro aos princípios constitucionais voltados à boa administração.

Nessa esteira, tem-se como primeira limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços no âmbito público, o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a investidura em cargo ou emprego de natureza pública somente após aprovação prévia em concurso de provas e títulos.

A Constituição Federal de 1988 representa a mudança dos paradigmas político, jurídico e social brasileiros, fundada em valores humanísticos correspondentes aos direitos fundamentais e inafastáveis da caracterização do Estado Democrático Constitucional de Direito. Com efeito, a Constituição não perde de vista a delimitação principiológica da atuação estatal pela via direta ou indireta, ao mantê-la sob o controle dos princípios direcionados à consecução da boa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

administração, enquanto princípio de dignidade constitucional, designadamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, os princípios orientadores da atuação administrativa estatal, além de orientá-la e controlar o ímpeto nepotista do administrador público, sob o viés da inflexibilidade contratual, indicam como perseguir e tornar eficaz o princípio da boa administração, enquanto direito fundamental dos administrados e corolário do Estado Democrático de Direito (...).

Para isso, no que se refere à contratação de pessoal, destinada à execução de serviços de caráter público, realizados diretamente pelo Estado ou pela administração indireta, os princípios da moralidade e impessoalidade, combinados ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, apresentam-se como condição de validade para a admissão de pessoal em cargo ou emprego público, sob pena de ver-se a contratação eivada de nulidade (artigo 37, § 2°).

E neste ponto que **a terceirização desgovernada de serviços reservados a cargo ou emprego públicos, obviamente ligados à atividade finalística do Estado, estão impedidas de serem terceirizadas.**

Trata-se de impedimento que pretende para evitar práticas nepotistas, que por atender somente a interesses particulares, caminham em direção oposta aos princípios constitucionais balizadores da atuação estatal.

(...)

Contudo, ao mesmo tempo em que se vê a Administração Pública impedida de atuar semelhantemente à iniciativa privada, no que tange à contratação e demissão de pessoal para ocupar cargo ou emprego público, as disposições constitucionais primam por forçar o administrador público a atender a vontade de Constituição da coletividade, no sentido de oferecer indistintamente aos brasileiros a possibilidade real, inteiramente dotada de índole moral e impessoal, da ocupação de cargo ou emprego público intrinsecamente ligado às

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

atividades-fim do Estado"[26].

LUCIANO FERRAZ, professor da UFMG, alerta que o grande problema surgido, especialmente após a vigência da atual Constituição da República, em relação à terceirização, foi seu uso "como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vista a contornar a regra do art. 37, II, da Constituição"[27].

JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO, em trabalho doutrinário do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, adverte, ao exame do Projeto de Lei (PL) nº 4.330, de 2004 – em que proposta a terceirização de atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública –, para o potencial desprezo do conteúdo do princípio constitucional do concurso público (CF, art. 37, II)[28]. Acerca desse tema assevera *verbis*:

> De acordo com a teoria do núcleo essencial, embora nenhum princípio possa ser considerado absoluto, a restrição incidente sobre ele não pode ser de tal monta que termine por esvaziar seu conteúdo. Em outras palavras: a restrição é possível, mas não pode ser tão profunda que torne inócuo o princípio.
>
> **Permitir a terceirização das atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública configura uma violação ao núcleo essencial do princípio constitucional do concurso público**.
>
> **Com efeito, <u>admitir a terceirização nas atividades-meio</u>**

---

26 GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública** – Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, pp. 157-60.

27 FERRAZ, Luciano. **Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público**. *In*: Revista Jurídica Administração Municipal, ano 6, nº 3, mar.2001, p. 24

28 CAVALCANTE FILHO, J. T. **Terceirização na Administração Pública e Princípio Constitucional do Concurso Público**: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2015 (Texto para Discussão nº 173). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td173>. Acesso em 29.01.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

restringe a aplicação do princípio do concurso. Trata-se, porém, de restrição pontual e, portanto, admissível, uma vez que lastreada em razão justificada. Entretanto, a aplicação dessa prática às atividades-fim terminaria por tornar letra morta a regra do concurso público. Afinal, para que o administrador público contrataria servidores concursados, assumindo a Administração o ônus previdenciário (e, no caso dos celetistas, trabalhista), se pudesse contratar uma empresa que terceirizasse a prestação desses serviços?

A terceirização de atividades-fim no âmbito administrativo significaria, portanto, a redução drástica das vagas em concursos públicos, ou da própria realização dessa espécie de certame. O inciso II do art. 37 passaria, de regra, a exceção.

Há mais: o cerne, o núcleo essencial do princípio do concurso público é a exigência de isonomia (CF, art. 5º, caput). A seleção em caráter impessoal assegura que os candidatos concorram em igualdade de condições, impedindo que preferências pessoais dos gestores públicos e agentes políticos influenciem na seleção de pessoal. Não é à toa que alguns mandatários manifestam predileção por cargos em comissão, em detrimento dos servidores titulares de cargos efetivos. Nesse sentido, aliás, o concurso realiza os princípios maiores da moralidade administrativa e da impessoalidade (CF, art. 37, caput).

Considerando a terceirização de atividades-fim inconstitucional (mesmo que em entidade estatal exploradora de atividade econômica), por violação aos citados princípios da moralidade e da impessoalidade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu constituir inclusive ato de improbidade a terceirização de atividades em banco público:

> *O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> *sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.*

Permitir a terceirização de atividades-fim seria substituir o recrutamento via concurso por trabalhadores terceirizados; seria abrir portas para que apadrinhados dos governantes pudessem prestar serviços à Administração Pública, uma vez que a seleção dos trabalhadores terceirizados pela empresa terceirizadora não obedece a qualquer tipo de controle .

Aliás, é justamente por isso que o STF possui iterativa jurisprudência no sentido de que, se houver terceirização de atividades durante a vigência do prazo de validade de concurso público para as mesmas funções, surge o direito subjetivo líquido e certo dos aprovados à nomeação[29] .

5. Marco legal

No setor privado, a conformação da estrutura jurídica ao fenômeno da terceirização propriamente dito, nos moldes estabelecidos pela nova ordem econômica mundial a partir da década de 1970, surge com a regulamentação do trabalho temporário, pela Lei n° 6.019/74.

Rompendo com a estrutura clássica do contrato de trabalho bilateral, essa norma legitimou que empresas colocassem à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores[30], em situações

---

29 CAVALCANTE FILHO, J. T. **Terceirização na Administração Pública e Princípio Constitucional do Concurso Público: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004**, destaquei.

30 Lei 6.019/74, Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

específicas - "para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços" (art. 2º). Autorizada, assim, a prestação de serviços no âmbito de uma relação trilateral e assimétrica em que se celebravam simultaneamente dois contratos: um contrato entre as duas empresas envolvidas (a "fornecedora" e a "cliente") e um contrato entre o trabalhador e sua empregadora.

ALICE MONTEIRO DE BARROS, Juíza do Trabalho e acadêmica mineira que tanto honrou as letras jurídicas no país, assinalou em obra doutrinária que, quando o Decreto-Lei n° 229/67 coibiu o uso abusivo dos contratos por prazo determinado, limitando a autorização para tal contratação às hipóteses em que o objeto do contrato estivesse efetivamente delimitado no tempo, a consequência socioeconômica colhida foi a multiplicação do número de empresas criadas com o objetivo de fornecer mão de obra para outras empresas em atividade permanente ou transitória, por meio de contratos de prestação de serviços ou de empreitada. Essa pressão criada pelo incremento do número de empresas de locação de mão de obra veio a ser atendida em 1974 com a regulamentação do trabalho temporário[31].

Ainda assim, a contratação de mão de obra temporária, por meio de empresa interposta, teve suas possibilidades limitadas pela legislação, seja quanto à exigência de credenciamento das empresas de trabalho temporário perante o Ministério do Trabalho e Emprego (art. 5º), seja quanto à limitação do prazo do contrato (três meses, nos termos do art. 10) ou, ainda, quanto às finalidades vinculadas descritas no art. 2º.

Destaca-se aqui a importante previsão de equiparação de direitos, entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora de serviços, que o art. 12 da Lei nº 6.019/74 preconizou, na tentativa de inibir estratégias

31 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 5ª Edição. São Paulo: LTr, 2009. p. 444.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

empresariais no sentido de utilizar, com fito de reduzir custos trabalhistas, o trabalho temporário em detrimento da contratação direta que a CLT impõe.

O passo seguinte nesse processo histórico foi a promulgação da Lei nº 7.102/83, que veio regular o trabalho de vigilância patrimonial e transporte de valores em instituições bancárias, admitindo a terceirização desses serviços[32]. Essa possibilidade de uso permanente da mão de obra de vigilância terceirizada só foi ampliada para além da esfera bancária por meio da Lei nº 8.863/94, que alterou aquela Lei.

Assim, tem-se que a terceirização, ao surgir como demanda do empresariado, recebeu progressivamente respostas do ordenamento jurídico, com os limites e condicionantes impostos pelo Direito do Trabalho e princípios de envergadura constitucional.

No que concerne às terceirizações realizadas fora desses permissivos legais, a resposta veio do Judiciário, observadas as balizas e os princípios informadores do Direito do Trabalho, ramo do direito que, como sabido, se debruça sobre realidade social singular e diferenciada, na feliz expressão de Manoel Alonso Olea, cabendo neste recurso o exame tão só da evolução da jurisprudência a respeito da responsabilidade subsidiária.

6. Evolução jurisprudencial

Para melhor compreender os motivos que levaram a jurisprudência trabalhista ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses de culpa pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas àqueles que lhe prestam serviços mediante contrato de terceirização, é importante delinear a evolução histórica dos julgados.

O antigo Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho, que deu origem à atual Súmula 331, não dizia com a responsabilidade pelos encargos trabalhistas não satisfeitos pelas empresas contratadas

32 DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 128-129.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

para a prestação de serviços:

> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - 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[33].

Tal compreensão levava de ordinário à responsabilidade solidária da tomadora e da prestadora de serviços pela terceirização ao arrepio da lei, diante da fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT c/c art. 1.518 do Código Civil de 1916).

A compreensão consagrada nesse Enunciado foi revista em 17 de dezembro de 1993, quando o TST aprovou, pela Resolução 23/1993, publicada no DJ de 21 e 28.12.1993 e de 04.01.1994, a Súmula nº 331 com a redação seguinte[34]:

> **ENUNCIADO Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO N° 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 6019, de 03.01.74).
>
> II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego

33 Esse Enunciado foi aprovado pela Resolução 4/1986, publicada no DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986, e cancelado mediante a Resolução 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

34 As alterações realizadas posteriormente não modificaram os incisos I a III, referindo-se tão somente à responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> 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 n° 7102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Por força do já citado artigo 37, II, da Constituição Federal[35], vedou-se o reconhecimento de vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional[36], nos casos de contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, ainda que presentes a pessoalidade e a subordinação direta em relação ao ente público tomador dos serviços (item II), bem como alargadas as hipóteses de terceirização lícita, para abarcar, além do trabalho temporário e dos serviços de vigilância, também os serviços de conservação e limpeza e os especializados ligados à atividade-meio do

35 Art. 37, II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

36 A mencionada proibição – de reconhecimento de relação de emprego entre o tomador dos serviços e o trabalhador, nas contratações irregulares havidas com o Poder Público posteriormente à vigência da CF/1988 – é depreendida ainda da Orientação Jurisprudencial 321 do TST, de 11.08.2003 (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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

tomador, desde que inexistente pessoalidade e subordinação jurídica direta do trabalhador em relação ao tomador de serviços (item III). Afirmou-se, por fim, a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, "desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial" (item IV).

Em 2000, o TST reformulou esse item IV da Súmula nº 331, para reconhecer expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em razão das obrigações trabalhistas não satisfeitas pela empresa com a qual firmado contrato de terceirização, por meio de uma interpretação sistemática do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Resolução nº 96 de 11/09/2000):

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

Em reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo do princípio da proteção do trabalhador que informa o Direito do Trabalho, e ainda ao valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º da nossa Lei Fundamental, e orientada ainda pelo princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), a Corte Superior trabalhista previu a possibilidade de imposição de responsabilidade, pelo inadimplemento das obrigações, por parte da empresa prestadora dos serviços, também aos entes públicos.

Tida, contudo, tal redação - ratificada pela Resolução 121/2003[37] -

37 Resolução divulgada no DJ de 19, 20 e 21.11.2003.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

como contrária à Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição Federal, por esta Suprema Corte, ao julgamento da ADC 16 /DF, em 24.11.2010, por transferir consequente e automaticamente ao ente público os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da inadimplência da contratada, empregadora dos prestadores dos serviços, a despeito da vedação do art. 71 da Lei 8666/93, cuja constitucionalidade foi declarada, o TST veio a adequar a Súmula 331 ao decidido por este STF, por meio da Resolução nº 174, divulgada pelo DeJT de 27, 30 e 31.05.2011. Conferiu-se assim nova redação ao item IV e inseriram-se os itens V e VI à multicitada Súmula 331, os quais passaram a consagrar um regime de responsabilização diferenciado para os entes públicos, em conformidade com os parâmetros estabelecidos por esta Suprema Corte:

> "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
>
> [....]
>
> **IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.**
>
> **V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 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." (grifei)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Como visto, essa Súmula não mais autoriza, consoante os itens IV e V, a responsabilização do ente público em face do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada, tendo passado a condicionar a atribuição de responsabilidade subsidiária à demonstração de "conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993".

Rememoro, por oportuno, que compreensão consentânea com os direitos fundamentais foi dada, por este Supremo Tribunal, em relação aos trabalhadores contratados diretamente pela Administração Pública, após a Constituição Federal de 1988, sem concurso público, porque, ao contrário da ausência de responsabilidade do Poder Público em relação aos terceirizados, nos casos de inadimplência da prestadora de serviços, como preconizado por alguns, àqueles foram reconhecidos, na referida situação, além do direito ao pagamento da contraprestação pactuada, respeitado o valor da hora do salário mínimo, também o direito aos "valores referentes aos depósitos do FGTS", a serem satisfeitos, tais direitos, pela Administração Pública.

O reconhecimento desse direito aos depósitos do FGTS ocorreu por ocasião do julgamento do RE 596478, em que se debateram os efeitos da nulidade do contrato celebrado com a Administração Pública sem concurso público[38]:

> EMENTA Recurso extraordinário. Direito Administrativo. **Contrato nulo.** Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. **Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços**

38 A aludida compreensão encontra-se espelhada na jurisprudência trabalhista, na já citada Súmula 363 do TST.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> **prestados**. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento (RE 596478, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013, destaquei)

Nessa oportunidade, esta Suprema Corte, por maioria, modificou sua jurisprudência sobre o tema, para afirmar, não obstante a ocorrência de tal nulidade, o direito não apenas ao pagamento dos salários, observadas as horas efetivamente prestadas, mas também o direito aos depósitos em conta vinculada a título de FGTS, desde que deferidos também salário.

Esse entendimento, de reconhecimento de efeitos ao contrato de trabalho nulo, encontra-se estampado também na ADI 3127:

> Ementa: TRABALHISTA E CONSTITUCIONAL. MP 2.164-41/2001. INCLUSÃO DO ART. 19-A NA LEI 8.036/1990. **EMPREGADOS ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO NULA**. EFEITOS. RECOLHIMENTO E LEVANTAMENTO DO FGTS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA. 1. **O art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164/01, não afronta o princípio do concurso público, pois ele não infirma a nulidade da contratação feita à margem dessa exigência, mas apenas permite o levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS pelo trabalhador que efetivamente cumpriu suas obrigações contratuais, prestando o serviço devido**. O caráter compensatório dessa norma foi considerado legítimo pelo Supremo Tribunal Federal no RE 596.478, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/3/2013, com repercussão geral reconhecida. (....). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3127, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 04-08-2015 PUBLIC 05-08-2015, destaquei)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Em ambos os acórdãos a proteção do trabalhador foi o fundamento precípuo e determinante das respectivas conclusões, conforme pode ser confirmado à leitura de trechos dessas decisões:

> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (RE 596478)
>
> **Muitos entes públicos demoraram a criar o seu regime jurídico único, exatamente nesta linha de se impedir ou evitar que, em razão das declarações de nulidade, se levasse o trabalhador, que, presume-se, prestou o serviço ao Estado, prestou o trabalho, serviu, portanto, ao órgão público que o contratou, a uma situação de desamparo**. Buscou-se, portanto, trazer uma maior justiça e uma maior tranquilidade, inclusive para as aplicações que essa Corte tem feito de exigir o concurso público na forma do art. 37, desfazendo uma série de contratos de trabalho que afrontavam a nova Constituição.
>
> **Identifico** exatamente isto: uma **necessidade de se estabelecer uma regra de transição.** E daí se fixou uma declaração, uma nítida declaração, quanto a serem indenizadas as horas de trabalho, e, por consequência, vem o **art. 19-A e explicita ser "devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador", senão ficaria esse trabalhador em uma situação de total desamparo.**
>
> [….]
>
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência participou de uma reunião administrativa que nós tivemos, não faz muito tempo, com o TCU, em que destacamos a necessidade de que houvesse uma efetiva fiscalização e também uma necessidade mesmo de doutrinação das administrações, as estaduais e as municipais, para observância dessas regras básicas, do concurso público, daquilo que pode ser hoje objeto do contrato por prazo determinado, para evitar realmente o surgimento desse tipo de situação.
>
> Mas vejam: **o que não me parece condizente com a norma constitucional é a afirmação da inconstitucionalidade do artigo 19-A, mais do que isso, a sua interpretação no sentido de deixar desprotegido o trabalhador - isso que me**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> **parece realmente grave - numa verba que tem caráter compensatório, é só esse o problema**. A doutrina tem lá as suas controvérsias. Alguns falam em contrato realidade, contrato de base fática, outros resolvem o problema com base no contrato mesmo, dizendo que é uma invalidade limitada.

Na citada ADI 3127, o eminente Relator afirmou textualmente:

> O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. Não convence **o argumento segundo o qual a nulidade dos contratos de trabalho não pode gerar direito ao FGTS**. Tal raciocínio **parte de um pressuposto absolutamente inadmissível, segundo o qual as consequências da nulidade devem ser inteiramente carregadas ao trabalhador, não ao tomador do trabalho. A falta de juridicidade de tal pressuposto se mostra ainda mais manifesta quando se tem presente que a nulidade do contrato, por ausência de concurso, foi causada fundamentalmente pelo contratante, não pelo empregado**. É de se considerar, ademais, o inafastável fato da realidade, de que, embora fundada em ato jurídico formalmente ilegítimo, houve a efetiva prestação do trabalho, da qual tirou proveito a Administração contratante. Não está em causa, assim, a nulidade da contratação, que não é infirmada por qualquer dos dispositivos legais atacados. O que **a norma disciplinou** foram **somente os efeitos daí decorrentes, especialmente em face de ter havido, por parte do trabalhador, o cumprimento da sua prestação contratual, que, não podendo ser desfeita, há de ser de alguma forma considerada, sob pena de comprometimento da relação sinalagmática e o consequente enriquecimento ilícito do tomador à custa do trabalho alheio.** Sob esse aspecto, não há como negar que o direito aos depósitos efetuados na conta do FGTS, reconhecido pela norma questionada, apresenta justamente esse caráter compensatório, sob todos os aspectos legítimo, em face da Constituição.
>
> […]

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> Nessa perspectiva, **tem sido justificada na área trabalhista a preservação dos efeitos do contrato nulo, em síntese, por três considerações** de ordem distinta: (a) a **impossibilidade de restituição das partes contratantes ao estado em que anteriormente se encontravam**, considerada a apropriação da prestação de trabalho pelo tomador; (b) **a necessidade da integral contraprestação salarial e reconhecimento dos direitos trabalhistas do prestador, uma vez consumada a apropriação do trabalho pelo tomador, sob pena de referendo a desequilíbrio entre os polos do contrato; e** (c) a **prevalência, na ordem jurídica constitucional, do valor-trabalho e dos direitos sociais de ordem trabalhista**.

A *ratio decidendi* nessas situações coincide com aquela que orientou os precedentes que conduziram o Tribunal Superior do Trabalho à consagração da responsabilidade subsidiária afirmada no novo item V da Súmula 331/TST.

Considerados, nessa linha, os preceitos e princípios constitucionais e os princípios específicos do Direito do Trabalho, e em consonância com a conclusão perfilhada na ADC 16/DF, entendo que a responsabilização da Administração Pública sempre que não adotadas, nas palavras do Ministro GILMAR MENDES, por ocasião desse julgamento, "as cautelas de estilo"[39], em absoluto afronta o texto constitucional. Ao contrário, a exegese encampada pelo Tribunal Superior do Trabalho permite que se atribua ao princípio tuitivo do trabalhador - e ao da máxima efetividade - o sentido que maior eficácia lhe(s) confira, de modo a permitir a concretização não apenas do direito fundamental ao trabalho (CR, arts. 5º, XIII, e 6º), mas também do direito a uma remuneração pelo labor prestado, imprescindível a propiciar ao trabalhador existência digna (CR, art. 1º, III, e 170).

7. Responsabilidade Civil do Estado

Na irresponsabilidade do Estado absolutista - sabidamente

39 ADC 16, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011, p. 63.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

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

> "É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres, não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos"[40].

Com a complexidade da teórica distinção entre os atos estatais nascidos no exercício do poder de império e os decorrentes dos poderes de gestão para limitar a responsabilização do Estado aos danos decorrentes dos atos de gestão, ganhou espaço a teoria civilista da responsabilidade estatal subjetiva, baseada na culpa, evoluindo, com o conhecido caso Blanco (1873), para a publicização do dever de indenizar – aplicação da teoria da culpa administrativa ou *"faute du servisse"* ou ainda culpa anônima. O prejudicado não mais necessita demonstrar a culpa da autoridade ou do agente público, focando a instrução probatória na demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou de que foi prestado de forma malfeita ou com atraso quando deveria funcionar a tempo.

Novo salto se tem com a teoria do risco administrativo: enquanto pessoa jurídica de direito público, titular de direitos e deveres, o Estado se curva ao direito e acata a responsabilidade decorrente de sua conduta e interferência na vida dos seus cidadãos.

A igualdade dos encargos como fundamento da responsabilidade civil do Estado foi expressamente aceita por esta Corte no acórdão prolatado no RE 52.311, de relatoria do Ministro RIBEIRO DA COSTA:

---

40 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 61.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> "A razão jurídica de ser o Estado obrigado a indenizar as ofensas feitas aos direitos individuais está no principio da igualdade de ônus e encargos" (Publicado em 10.7.1963).

O Ministro AMARO CAVALCANTI[41] já afirmava a igualdade dos encargos como o outro lado da moeda da igualdade dos direitos:

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

Da mesma forma, na clássica lição de HELY LOPES MEIRELES, a justiça comutativa, em face da igualdade dos indivíduos, impõe a repartição dos encargos públicos entre todos os que auferem os benefícios:

> "A responsabilidade da Administração pelos danos da obra pública ao particular surge do só fato lesivo da construção, sem necessidade de se comprovar a culpa do Poder Público ou de agentes e auxiliares, bastando que o lesado demonstre o nexo causal entre a obra e o dano suportado. Essa orientação assenta na justiça comutativa, que ordena se repartam os ônus entre todos aqueles que auferem os benefícios da Administração. Se a obra pública é realizada no interesse da coletividade, justo e jurídico é que a própria coletividade, através do erário público, repare o dano individual causado pela construção. É o princípio da 'repartição dos encargos públicos, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas

41 CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, tomo I, p. XV.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

públicas' que CAIO TÁCITO assinala dentre as tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado.

Até mesmo nas obras públicas executadas por particulares prevalece a regra constitucional da responsabilidade objetiva e absoluta da Administração, porque ainda aqui o dano provém de uma atividade administrativa ordenada pelo Poder Público, no interesse da comunidade. Para fins de responsabilização civil, considera-se agente ou auxiliar do Poder Público, equiparável aos funcionários, todo aquele que exerça uma atividade da Administração. Nesta situação, encontram-se os construtores particulares de obra pública, aos quais entidades administrativas confiam suas construções, impondo-lhes as condições técnicas de execução dos trabalhos e demais requisitos de interesse da Administração"[42].

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

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

Apesar de não haver, nessa teoria, responsabilização absoluta do Estado – sendo viável a arguição de excludentes de responsabilidade, como é o caso da culpa exclusiva da vítima, força maior, ato ou fato de terceiro –, a licitude da conduta administrativa é irrelevante, pois o foco

---

42 MEIRELES, Hely Lopes. **A responsabilidade civil decorrente da obra pública** *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 62, out-dez, 1960, p. 17.

43 Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

está no prejuízo sofrido pelo particular em razão da atuação do Estado em prol dos interesses da coletividade. Destaco julgamento da Segunda Turma proferido no RE 113.587:

> "A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais"[44].

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

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

44 Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 3.3.1992.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

PEDRO LESSA, AGUIAR DIAS, OROZIMBO NONATO e MAZEAUD et MAZEAUD, **positivado o dano, "o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as consequências do dano.** Se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como consequência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva consequência conduz à imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo, e, pois, em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de Dir. Civil", Forense, 1961, 1/466, no. 116). **GEORGE VEDEL leciona que o dano causada pela Administração ao particular "é uma espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via do imposto, cabe aos contribuintes."** (G. VEDEL e P. DELVOLVE, "Droit Administratif", Presses Universitaires de France, 94 ed., 1984, ps. 448-449). **Para L. DUGUIT, a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros.** Se, da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não exista culpa por parte dos agentes públicos. É que **o Estado é, de um certo modo, assegurador daquilo que se denomina, frequentemente, de risco social, ou o risco resultante da atividade social traduzida pela intervenção do Estado** (L. DUGUIT, "Las Transformaciones dei Derecho Publico", Madri, 24, ed., ps 306 e ss.).

Na linha das opiniões acima indicadas, as lições de CELSO ANTÓNIO BANDEIRA DE MELLO ("Elementos de Direito Administrativo", Ed. Rev. dos Tribs., 1980, ps. 252-253), YUSSEF SAID CAHALI ("Responsabilidade Civil do Estado", Ed. Rev. dos Tribs., 1982) e WEIDA ZANCANER BRUNINI ("Da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública", Ed. Rev. dos Tribs., 1981).

Pode-se afirmar, em síntese, que a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa da vitima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade do Estado, ocorre, em síntese, vale repetir, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

Ora, o acórdão recorrido deixa expresso que os requisitos acima indicados estão presentes, no caso.

Todavia, negou a reparação do dano, assentando o entendimento sobre os fundamentos sintetizados à fl. 280, já transcritos neste voto e que são os seguintes: a) o prejuízo não decorreu de ato ilícito. O argumento, entretanto, não tem procedência. É que a responsabilidade objetiva do poder público, com base na teoria do risco administrativo, não exige que a ação administratriva causadora do dano seja ilícita.

(...)

Argumenta, ainda, o acórdão, que c) tendo o prejuízo "decorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e insito ao tipo de conglomerado humano constituído no grande centro." O raciocínio esboroa-se, entretanto, "data venha", frente às lições transcritas. Vale invocar PEDRO LESSA: "**desde que um particular sofre um prejuízo, em consequência do funcionamento (regular ou irregular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida.** Aí temos um corolário lógico do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais" (PEDRO LESSA, "Do Poder Judiciário", ps. 163 e 165) (grifei).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[45], ao enfrentar o fundamento da responsabilidade estatal, sustenta que o dever de reparar

45 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª ed., p. 1023.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

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

> "A nosso ver, o fundamento se biparte.
>
> *a)* No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade.* Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos,* o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade.*
>
> b) No caso de comportamentos *lícitos,* assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* — mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso —, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito".

De outro lado, JUAREZ FREITAS[46] alerta que tanto as ações quanto as omissões do Estado causam danos juridicamente injustos, a ensejar medidas inibitórias:

> "É vital evitar as arbitrariedades por ação e por omissão. Ambas desrespeitam prioridades constitucionais e causam (não apenas oferecem condições favoráveis, mas causam) danos juridicamente injustos. Em face disso, seria antijurídico deixar

46 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública** - 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 88-9.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> de coibir tanto a prática abusiva como a escassa, preferencialmente no nascedouro. Força, nessa medida, desenvolver efetiva tutela inibitória do abuso de poder e da ilícita omissão do Estado-Administração".

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

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 23, 37 A 47 E 53 DA LEI 12.663/2012 (LEI GERAL DA COPA). EVENTOS DA COPA DAS CONFEDERAÇÕES FIFA 2013 E DA COPA DO MUNDO FIFA 2014. ASSUNÇÃO PELA UNIÃO, COM SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS, DOS EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A FIFA POR DANOS EM INCIDENTES OU ACIDENTES DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 37, § 6º, DA CF, PELA SUPOSTA ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE PRÊMIO EM DINHEIRO E DE AUXÍLIO ESPECIAL MENSAL AOS JOGADORES CAMPEÕES DAS COPAS DO MUNDO FIFA DE 1958, 1962 E 1970. ARTS. 5º, CAPUT, 19, III, E 195, § 5º, TODOS DA CF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL. ALEGAÇÕES REJEITADAS. ISENÇÃO CONCEDIDA À FIFA E A SEUS REPRESENTANTES DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS DEVIDAS AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. ART. 150, II, DA CF. AFRONTA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. II – Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014. III – Mostra-se plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular – em premiar materialmente a incalculável visibilidade internacional positiva proporcionada por um grupo específico e restrito de atletas, bem como em evitar, mediante a instituição de pensão especial, que a extrema penúria material enfrentada por alguns deles ou por suas famílias ponha em xeque o profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras que disputaram as Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, as quais representam, ainda hoje, uma das expressões mais relevantes, conspícuas e populares da identidade nacional. IV – O auxílio especial mensal instituído pela Lei 12.663/2012, por não se tratar de benefício previdenciário, mas, sim, de benesse assistencial criada por legislação especial para atender demanda de projeção social vinculada a acontecimento extraordinário de repercussão nacional, não pressupõe, à luz do disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, a existência de contribuição ou a indicação de fonte de custeio total. V – É constitucional a isenção fiscal relativa a pagamento de custas judiciais, concedida por Estado soberano que, mediante política pública formulada pelo respectivo governo, buscou garantir a realização, em seu território, de eventos da maior expressão, quer nacional, quer internacional. Legitimidade dos estímulos destinados a atrair o principal e indispensável parceiro envolvido, qual seja, a FIFA, de modo a alcançar os benefícios econômicos e sociais pretendidos. VI – Ação direta de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

inconstitucionalidade julgada improcedente" (ADI 4976/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014).

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

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

"Professora. Tiro de arma de fogo desferido por aluno. Ofensa à integridade física em local de trabalho.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Responsabilidade objetiva. Abrangência de atos omissivos." (ARE 663.647-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 6.3.2012).

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

"O § 6º do art. 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular" (RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJ de 8.9.2006).

"Servidor público. Direito à restituição de contribuições. Fundo de pensão facultativo extinto unilateralmente pela administração pública. (...) O dano suportado pelos servidores, derivado do rompimento unilateral pela administração do plano de pensão, consubstancia direito à indenização, na forma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

do § 6º do art. 37 da CF. Com o que se faz imperioso o reconhecimento da situação jurídica subjetiva dos recorrentes ante o Poder Público, sob pena de se chancelar o enriquecimento estatal sem causa." (RE 486.825, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 06.02.2012).

"Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. (...) A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos. Instituição de nova moeda (Cruzado) e implementação, pelo poder público, dos planos de combate à inflação denominados 'Plano Funaro' ou 'Plano Cruzado', que congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores prevalecentes em 27-2-1986 (art. 5º do Decreto 91.149, de 15-3-1985). Comprovação nos autos de que os reajustes efetivados, no período do controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela concessionária. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo. Dano e nexo de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

honrados. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico-financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desigualados dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição" (RE 571.969, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, Dje de 18.9.2014).

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

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

"O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos" (RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 2.8.1996).

Também monocraticamente o eminente Ministro CELSO DE MELLO já reconheceu a necessidade de controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado, considerada a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, como a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso:

> "CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. CRIAÇÃO DE DOIS NOVOS CONSELHOS TUTELARES E DISPONIBILIZAÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS AOS CONSELHOS JÁ EXISTENTES (SETORES ILHA E CONTINENTE). CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819).

COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES"). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO[47].

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

Não foi esse, entretanto, o entendimento firmado por esta Suprema Corte na ADC 16, em que, na minha ótica, foi aventada a possibilidade da responsabilização extracontratual subjetiva, na linha, entendo eu, do magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por ato omissivo da Administração Pública no tocante às obrigações que lhe são impostas por lei.

Esse eminente administrativista defende que aos danos decorrentes da omissão estatal se aplica a responsabilidade subjetiva, à compreensão de que a inação do Estado não deu causa ao dano, apenas oportunizou sua ocorrência:

> "Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto

47 RE 488208/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 05.8.2013.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

é: **só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.**

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, **a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito, é* necessariamente responsabilidade subjetiva,** pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: **inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso** (obrigação, de resto, só cogitável quando haja *possibilidade* de impedi-lo mediante atuação diligente), **seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou**'; pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. **Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível**"[48].

8. Julgamento da ADC 16

Ao julgamento da ADC 16, ocorrido em 24.11.2010, o Plenário desta

48 MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, pp. 1029-30, grifei.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Corte concluiu, vencido o Ministro AYRES BRITTO[49], pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, abraçando a tese da inviabilidade da imputação de responsabilidade à Administração Pública pelo mero inadimplemento de obrigações trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços, na forma da Lei 8.666/93, consoante emerge da ementa do acórdão da lavra do eminente Ministro CEZAR PELUSO:

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

Ressalvou, o Relator, seu ponto de vista quanto ao não conhecimento da mencionada ADC – por não vislumbrar o requisito da controvérsia judicial[50] –, tendo votado, no mérito, pela constitucionalidade da norma, o que não significa, na sua dicção, que "eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade"[51].

Nesse voto condutor, acompanhado pela maioria do Plenário[52], foi

---

49 O Ministro AYRES BRITTO votou pela improcedência parcial da ADC (p. 54).

50 ADC 16, pp. 20 e 55.

51 ADC 16, p. 42.

52 Do extrato da ata de julgamento dessa ADC consta literalmente:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

assentada de forma expressa a possibilidade de responsabilização da Administração na hipótese de descumprimento da obrigação de fiscalizar o contrato, a qual "lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei"[53], com base em outras normas e princípios e à luz dos fatos da causa. No aludido voto foi consignado que o art. 71 da Lei das Licitações não impede o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do ente público[54], ante a ação culposa da Administração Pública – como no caso de omissão no dever de fiscalizar as obrigações da contratada –, consideradas sempre as peculiaridades fáticas do caso concreto, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico.

Essa diretriz foi perfilhada, sem registro de ressalvas, pelos Ministros CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI, lembradas por esse, nessa ocasião, as inúmeras ações de improbidade nascidas de contratações celebradas com "empresas de fachada", o que já denunciaria a ocorrência de culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo.*

A Ministra CÁRMEN LÚCIA também concluiu pela constitucionalidade do preceito legal questionado, asseverando, contudo, que "a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quando este não o tiver feito", sob pena de duplo

---

[...]

Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

53 ADC, p. 46.

54 Não coaduno com o entendimento do ilustre Procurador-Geral quando afirma reconhecida, ao julgamento da ADC 16, a possibilidade de responsabilidade aquiliana objetiva da Administração Pública (Art. 37, § 6º, da Constituição). Isso porque não encampada expressamente essa tese pelo Relator - que se limitou a se reportar ao dever do ente público de "responder em caso de omissão culposa de agente público em fiscalizar a empresa tomadora de serviço". Ademais, a responsabilidade prevista nesse dispositivo constitucional foi afastada taxativamente pelos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

prejuízo.

O Ministro MARCO AURÉLIO, na mesma linha, sustentou que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 "é categórico quanto ao afastamento da responsabilidade".

O Ministro GILMAR MENDES compreendeu igualmente pela procedência da ADC, afirmando a necessidade de que fosse revista a jurisprudência do TST, assentada na Súmula 331. Ponderou, outrossim, sobre a importância de uma fiscalização mais eficaz, a fim de evitar que o empregado que presta serviços não receba a contraprestação devida.

Observa, a propósito, o Procurador-Geral da República em exercício, JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA, que, "Não obstante a divergência, formou-se no curso dos debates um consenso mínimo em torno da proposta formulada pelo Relator, acerca da possibilidade de configuração de responsabilidade subsidiária do Poder Público por omissão fiscalizatória, com anuência, inclusive e, em alguma medida, da Ministra CÁRMEN LÚCIA e do Ministro GILMAR MENDES".

Transcrevo, para maior clareza, parte dos debates:

> **O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) –** Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.
>
> [...]
>
> **O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR)** – [...] eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.
>
> […]

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – […] O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência – é isso que o artigo 71, §1º diz, - do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência dominante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - (…). Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho. Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, por que não abrir esse embrulho e o Supremo vir a pacificar o tema?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

inadimplência, mas por outros fatos. Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete nº 331 da Súmula.

[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a *culpa in vigilando* e *in eligendo* da Administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, § 1º, da Lei 8.666. Portanto, eu sempre decidi na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapassemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema.

(….)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - [...] A licitação então não valeu de nada [...]. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.

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

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

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

(PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso.

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

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

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

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

[…]

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

[…]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós temos de mudar, portanto, a nossa postura em relação à não admissibilidade dos recursos. Até pode ocorrer – Ministra

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> Cármen já ressaltou –, num quadro, sei lá, de **culpa in vigilando**, patente, flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada porque não tomou as cautelas de estilo.
>
> **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Esse fato tem de estar estampado no acórdão impugnado mediante o extraordinário.
>
> **O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Mas não é o caso da rotina dos acórdãos do TST que nós temos visto. De modo que temos de rever o entendimento que até então vinha sendo placitado no Tribunal em relação à Súmula 331.

A partir do julgamento dessa ação, vem sendo adotada, majoritariamente, a compreensão de que, demonstrada a culpa da Administração Pública, viável sua responsabilização subsidiária, a exemplo das decisões seguintes:

> "2. O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que só a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, *l* , CF/88), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88).
>
> O caso, entretanto, não revela violação à autoridade da decisão tomada na ADC 16, tampouco desrespeito à súmula vinculante 10. É que no julgamento da ação direta, esta Corte, além de declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8666/1993, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado, também deixou clara a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar eventual culpa na gestão e fiscalização do contrato e, com base nessa causa jurídica e por incidência de outras normas, atribuir responsabilidade pelas consequências.
>
> **No caso, a decisão reclamada consignou ter havido culpa da Universidade de São Paulo e, à luz de normas da Lei 8.666/93, haveria responsabilidade pelo pagamento das verbas**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

trabalhistas. Consta da decisão:

"Considerando que a implementação do processo de terceirização, implica também em consequências jurídicas para a tomadora de serviços em razão da culpa *in vigilando*, a exclusão da responsabilidade se opera na hipótese em que o contratante demonstre ter, no curso da relação contratual, ter fiscalizado adequadamente o cumprimento das cláusulas e das garantias das obrigações trabalhistas pela fornecedora da mão-de-obra, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da CF e artigos 58, III, e 67, caput e § 1º, sob pena de responsabilidade civil prevista no artigo 82, ambos da Lei das licitações." (pág. 5 do arquivo 7 dos autos eletrônicos).

Assim, ao assim decidir, a decisão não levou em conta e nem colocou em causa a constitucionalidade ou não do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, não tendo havido, portanto, desrespeito à súmula vinculante 10.

Outrossim, foram consideradas as circunstâncias fáticas e probatórias do caso, para efeito de responsabilização da Administração Pública em razão de omissão na fiscalização do contrato. Desse modo, ao invés de ofender os termos da ADC 16, o acórdão reclamado está conforme a decisão paradigma desta Corte.

O acerto ou não da decisão atacada deve, assim, ser controlado pelas vias ordinárias, não se mostrando presente a alegada ofensa à autoridade do STF.

Ante o exposto, nego seguimento ao pedido" (Rcl 15.152/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 07.3.2013).

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – **ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA** DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA **ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS** (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – **ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA "IN VIGILANDO", "IN ELIGENDO" OU "IN OMITTENDO" – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. [...]

"Cumpre assinalar, por necessário , que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº 8.666/93, art. 27) –, mas compreende , também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67)" (Rcl 12.580-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgado em 21.02.2013, DJe de 13.3.2013).

"O objeto da presente reclamação não se assemelha aos precedentes anteriormente citados, estando a decisão reclamada fundamentada em provas produzidas nos autos originários acerca do comportamento adotado pelo agente indicado pela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

entidade pública para fiscalizar a execução do objeto adjudicado à empresa vencedora no processo licitatório e à não observância de cláusula que condicionava a "*entrega das parcelas mensais (duodécimos) à efetiva comprovação do cumprimento das obrigações contratuais*".

Assim, **a autoridade reclamada expõe a conduta culposa imputável ao ente público, mediante análise de situação concreta** (parte destacada dos fundamentos do acórdão acima transcrito), **decorrendo a responsabilidade subsidiária da autarquia estadual, ora reclamante, não como consequência automática do inadimplemento das obrigações pela empresa contratada, mas sim da falta ou ineficiência na atuação do ente público na fiscalização do regular cumprimento do contrato celebrado.**

Foge à competência do STF, em sede de reclamação constitucional, revisar deliberação do e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região a fim de afirmar o acerto ou a incorreção do julgado, fundado no juízo de livre convencimento dos magistrados integrantes da Corte Regional do Trabalho

(…)

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF. Prejudicada a análise do pedido liminar" (Rcl 15.052/RO, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 01.02.2013).

"Dos elementos que instruem os autos, verifico que não há qualquer violação à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal suscitada pela parte reclamante.

(...)

É importante citar trecho do voto vencedor, do Ministro Cezar Peluso, em que expressamente ressalvou que "*isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos*".

A decisão impugnada não destoa do entendimento do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Supremo Tribunal Federal, na medida em que coligiu elementos concretos para demonstrar a omissão culposa da Administração Pública na fiscalização do contratado, devendo, por isso, figurar como responsável, subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas.

Sobre o tema, anoto trecho de decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski:

'Examinados os autos, tenho que é o caso de indeferimento da liminar. Com efeito, o Plenário deste Supremo Tribunal, no julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 9/9/2011, declarou a plena constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, por entender que a mera inadimplência da empresa prestadora contratada não poderia transferir automaticamente à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. No entanto, reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não pudesse gerar essa responsabilidade, se demonstrada a culpa in vigilando do ente público envolvido. No caso em exame, o juízo reclamado entendeu configurada a culpa in vigilando do reclamante, condenando-o subsidiariamente ao pagamento das verbas trabalhistas. (…)

Nesse mesmo sentido, foi a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na Rcl 12.519, caso análogo a este, em que Sua Excelência assentou: "De outro lado, e no que concerne ao suposto desrespeito à diretriz resultante da Súmula Vinculante nº 10/STF, não parece verificar-se, na decisão de que ora se reclama, a existência de qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993. Na realidade, tudo parece indicar que, em referido julgamento, o órgão reclamado teria apenas reconhecido, no caso concreto, a omissão do Poder Público, em virtude do descumprimento de sua obrigação de fiscalizar a fiel execução das obrigações trabalhistas pela contratada, não havendo, aparentemente, formulado juízo de inconstitucionalidade, o que afastaria, ante a inexistência de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

qualquer declaração de ilegitimidade inconstitucional, a pretendida ocorrência de transgressão ao enunciado constante da Súmula Vinculante 10/STF". Isso posto, indefiro o pedido de medida liminar'(Rcl 12560 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/09/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 28/09/2011 PUBLIC 29/09/2011).

Ex positis, nego seguimento a presente reclamação, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, restando prejudicado o exame do pedido liminar" (Rcl 15.298/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 05.3.2013).

"O pedido formulado nesta reclamação é manifestamente improcedente.

Na sessão do dia 24 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 16, afirmou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Na mesma assentada, esta Corte afirmou que a decisão de órgão fracionário que aplica o Enunciado 331, IV do TST nega vigência ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 e, portanto, ofende a Súmula Vinculante 10.

No entanto, a**o declarar a constitucionalidade do referido § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, a Corte consignou que se, na análise do caso concreto, ficar configurada a culpa da Administração em fiscalizar a execução do contrato firmado com a empresa contratada, estará presente sua responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas não adimplidos**. Em outras palavras, vedou-se, apenas, a transferência automática ou a responsabilidade objetiva da Administração Pública por essas obrigações.

No presente caso, a autoridade reclamada, embora de forma sucinta, a partir do conjunto probatório presente nos autos da reclamação trabalhista, analisou a conduta do ora reclamante e entendeu configurada a sua culpa in vigilando.

No caso em exame, lê-se no acórdão-reclamado:

'O tomador de serviços, mesmo na hipótese de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

terceirização licita de serviços de vigilância, inclusive a Administração Pública Direta, é subsidiariamente responsável pelos prejuízos ocasionados ao trabalhador, nos termos dos Artigos 186 e 927 do Código Civil/2002 e da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, pois esta age com culpa ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte daquele que selecionou e contratou, já que a mão-de-obra foi utilizada orn (*sic*) seu beneficio, não se verificando violação ao principio da legalidade insculpido no Artigo 5°. inciso II, da Constituição' (Doc. 10).

Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário.

Se bem ou mal decidiu a autoridade reclamada ao reconhecer a responsabilidade por culpa imputável à reclamante, a reclamação constitucional não é o meio adequado para substituir os recursos e as medidas ordinária e extraordinariamente disponíveis para correção do alegado erro.

Ante o exposto, **julgo improcedente esta reclamação** (art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 161, par. ún. do RISTF)" (Rcl 12.925/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje 26.11.2012).

"5. Pois bem, qual o efeito da decisão desta nossa Corte na ADC 16? Resposta: vedar a **automática** transferência à Administração Pública das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado, bem como a responsabilidade por seu pagamento. Noutras palavras, o que está proibido por lei declarada constitucional por este STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante é tornar a responsabilidade subsidiária do Poder Público uma consequência **imediata** do inadimplemento, pela empresa contratada, de suas obrigações trabalhistas. **O que não impede a Justiça do Trabalho, na específica análise do caso concreto, de reconhecer a responsabilidade subjetiva (por**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

culpa) da Administração .

(...)

6. E o que se lê da decisão reclamada? Confira-se:

"(...) Com efeito, agiu corretamente o Juízo *a quo*, ao atribuir ao ente público a responsabilidade subsidiária pela satisfação dos créditos da autora.

(…)

Ainda deve ser destacado que também na Lei nº 8.666/93, encontra-se regra de que ente estatal, ao contratar serviços, tem a obrigação de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III e 67), a ponto de suspender pagamento de parcelas do convênio à contratada inadimplente (§3º do art. 166), sob pena de arcar com a culpa *in vigilando* se não o fizer.

(…)

Logo, mesmo a contratação decorrente de regular procedimento licitatório, nos termos da legislação administrativa aplicada à espécie, de empresa prestadora de serviços, não elide a responsabilidade subsidiária do litisconsorte, tomador, haja vista que este último, na qualidade de Administração Pública, tinha, também, a obrigação de fiscalizar a execução do contrato, até o momento de sua quitação.

(…)

Assim, constatado que os procedimentos de contratação e fiscalizatórios, adotados pela Autarquia Estadual, não foram suficientes a impedir a inadimplência da empresa prestadora, com os consequentes prejuízos ao obreiro, **restam, pois, nítidas as culpas *in eligendo* e *in vigilando* do litisconsorte, pelo que deve ser responsabilizado subsidiariamente.**

De fato, para a contratação, a Autarquia Estadual devia ter agido com maior rigor no tocante à demonstração da higidez financeira da empresa prestadora de serviços, ao passo que, na execução do contrato, cabia ter fiscalizado o cumprimento das obrigações da primeira reclamada até a quitação do pacto, o que não foi feito.

Desse modo, irrelevante que cláusula contratual tenha

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> excluído do tomador de serviços a responsabilidade pelos créditos de natureza trabalhista, já que presentes as culpas *in eligendo* e *in vigilando.*" (Grifou-se)
>
> 7. Como se vê, ao responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública por obrigações trabalhistas devidas a empregada de empresa contratada, **mas assim proceder após análise do caso concreto (e não compete a este Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, rejulgar a causa, por eventual deficiência probatória)**, o acórdão reclamado parece **não** haver violado nem a Súmula Vinculante nº 10 deste Supremo Tribunal Federal.
>
> 8. Ante o exposto, julgo improcedente a presente reclamação. Pelo que fica prejudicado o agravo regimental de fls. 176/180" (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 13.4.2012 – grifos no original).

Note-se que, nesses casos, a responsabilização do ente público não se operou de forma automática, decorrendo da constatação de culpa pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da prestação de serviços contratada, a afastar suposta ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que estabelece literalmente:

> 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
>
> [...]

Como visto, o referido preceito afasta a responsabilidade contratual da Administração Pública, pelas obrigações trabalhistas relativas aos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

empregados do particular, em razão da simples condição de celebrante do contrato administrativo, não podendo, automaticamente, ser considerada devedora principal daqueles trabalhadores.

A constitucionalidade desse preceito legal, declarada pelo Plenário desta Corte, todavia, não inibe o equacionamento do tema à luz das demais normas e princípios do ordenamento jurídico pátrio.

Não há como referendar posição que, em interpretação draconiana do ordenamento jurídico, preconiza verdadeiro abandono dos terceirizados à própria sorte.

É interessante destacar que, quanto aos direitos previdenciários, há previsão expressa de responsabilidade solidária da Administração Pública (Lei 8.666/93, art. 71, § 2º), e não apenas subsidiária – vale dizer, sem o benefício de ordem.

Transcrevo, por oportuno, trechos do voto proferido pelo Relator do Agravo Regimental na Rcl 16094, Ministro CELSO DE MELLO, que foi acompanhado pela maioria do Plenário:

> "**É oportuno ressaltar**, *no ponto*, **que**, *em referido julgamento*, **não obstante o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **tenha confirmado** *a plena validade constitucional* **do § 1º** do art. 71 da Lei nº 8.666/93 – **por entender** juridicamente *incompatível* com a Constituição *a transferência automática*, **em detrimento** da Administração Pública, **dos encargos** trabalhistas, fiscais, comerciais **e** previdenciários **resultantes** da execução do contrato *na hipótese* de inadimplência da empresa contratada –, **enfatizou-se** *que essa declaração de constitucionalidade* **não** impediria, *em cada situação ocorrente*, o reconhecimento *de eventual* culpa "*in omittendo*", "*in eligendo*" **ou** "*in vigilando*" do Poder Público.
>
> **Essa visão** em torno do tema **tem sido observada** – é importante destacar – *por Ministros de ambas as Turmas desta Suprema Corte* (**Rcl 8.475/PE**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **Rcl 11.917/SP**, Rel. Min. LUIZ FUX – **Rcl 12.089-AgR/RJ**, Rel. Min. LUIZ FUX – **Rcl 12.310-AgR/SP**, Rel. Min. LUIZ FUX – **Rcl 12.388/SC**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Rcl**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – **Rcl 12.595/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Rcl 12.828/PE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Rcl 12.944/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Rcl 13.272-MC/MG**, Rel. Min. ROSA WEBER – **Rcl 13.425/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **Rcl 13.841/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Rcl 14.658/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **Rcl 15.052/RO**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*), **em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível** *a atribuição de responsabilidade subsidiária* ao ente público **na hipótese excepcional** de restar demonstrada a ocorrência *de comportamento culposo* da Administração Pública.

(...)

Cumpre assinalar, *por necessário*, **que o dever jurídico** das entidades públicas contratantes *de bem selecionar* **e** *de fiscalizar* a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços **abrange** *não apenas* **o controle prévio** à contratação – **consistente em exigir** *das empresas licitantes* **a apresentação** dos documentos **aptos a demonstrarem** *a habilitação jurídica*, *a qualificação técnica*, *a situação econômico-financeira*, *a regularidade fiscal* **e** *o cumprimento* do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (**Lei nº 8.666/93**, art. 27) –, **mas compreende**, *também*, **o controle concomitante** à execução contratual, **viabilizador**, entre outras medidas, *da vigilância efetiva* **e** *da adequada fiscalização* do cumprimento das obrigações trabalhistas **em relação** aos empregados vinculados ao contrato celebrado (**Lei nº 8.666/93**, art. 67), **sob pena** *de enriquecimento indevido* do Poder Público **e** *de injusto empobrecimento* do trabalhador, **situação essa** *que não pode ser coonestada* pelo Poder Judiciário.

Esse entendimento – é sempre importante destacar – *encontra apoio em expressivo magistério doutrinário* (LÍVIA DEPRÁ CAMARGO SULZBACH, "**A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Terceirização de Serviços – Princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – Repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST**", "*in*" Revista

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

LTr, vol. 76/2012, p. 719/739; ROBERTO NOBREGA DE ALMEIDA FILHO, "**Terceirização na Administração Pública e Suas Consequências no Âmbito da Justiça do Trabalho**", "*in*" Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 40/2012, p. 187/196; PLÍNIO ANTÔNIO PÚBLIO ALBREGARD, "**Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional**", "*in*" Revista do TRT da 2ª Região, nº 07/2012, p. 67/73; IVANI CONTINI BRAMANTE, "**A Aparente Derrota da Súmula 331/TST e a Responsabilidade do Poder Público na Terceirização**", "*in*" Repertório de Jurisprudência IOB, nº 24/2011, vol. II/721-767; BRUNO SANTOS CUNHA, "**Fiscalização de Contratos Administrativos de Terceirização de Mão de Obra: Uma Nova Exegese e Reforço de Incidência**", "*in*" Revista do TST, nº 01/2011, vol. 77/131-138; EDITE HUPSEL, "**Controle de Execução dos Contratos Administrativos pela Administração Pública**", "*in*" Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, nº 163/2007, p. 872/878, *v.g.*).

Cabe destacar, *ainda*, nessa **mesma** linha de orientação, **em face** *de sua precisa abordagem*, **a lição** de HELDER SANTOS AMORIM, MÁRCIO TÚLIO VIANA **e** de GABRIELA NEVES DELGADO ("**Terceirização – Aspectos Gerais: Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST – Novos Enfoques**", "*in*" Revista do TST, nº 01/2011, vol. 77/76-83):

> "***A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública***, *de forma correlata e proporcional,* ***o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização***, *por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, 'caput'),* ***inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados***, *tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Daí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que fundamentalizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e que alicerçam a ordem social no primado do trabalho (art. 193).

No plano infraconstitucional, o dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados decorre primeiramente de dispositivos da Lei de Licitações, mas o padrão fiscalizatório, que diz respeito à extensão e profundidade deste dever de fiscalizar, encontra-se emoldurado na integração deste diploma legal com preceitos da Instrução Normativa (IN) nº 02/08, alterados pela Instrução Normativa (IN) nº 03/09, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que regulamentam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal.

….....

E estando assim evidentes os extensos limites do dever constitucional e legal da Administração de fiscalizar o cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, disso decorre naturalmente que a inobservância deste dever de fiscalização implica a responsabilidade da Administração pelo inadimplemento dos direitos que deveriam ser fiscalizados.

Esta responsabilidade não se esgota com a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

demonstração de uma simples verificação superficial da formalização dos vínculos de emprego, pois o padrão fiscalizatório acima retratado exige o envolvimento direto e diário da Administração com a rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada.

A Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da eficiência administrativa que rege a Administração Pública (Constituição, art. 37).

….....

***Lado outro**, a ausência de fiscalização ou a fiscalização insuficiente, descomprometida com a efetividade dos direitos fiscalizados, implica inadimplência do ente público contratante para com o seu dever de tutela, dever decorrente da sua própria condição de Administração Pública.*" (**grifei**)

Cumpre ter presente, *por relevante*, que essa diretriz **tem sido observada** *pela jurisprudência dos Tribunais*, **notadamente** por aquela **emanada** do E. Tribunal Superior do Trabalho (**AIRR** 132100- -60.2008.5.04.0402, Rel. Min. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – **AIRR** 14726-94.2010.5.04.0000, Rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING – **AIRR** 2042-50.2010.5.18.0000, Rel. Min. ROSA WEBER – **AIRR** 546040--57.2006.5.07.0032, Rel. Min. GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS – **RR** 193600-61.2009.5.09.0594, Rel. Min. MAURICIO GODINHO DELGADO, *v.g.*):

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA – ENTIDADES ESTATAIS – RESPONSABILIDADE EM CASO DE CULPA 'IN VIGILANDO' NO QUE TANGE AO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA POR PARTE DA EMPRESA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> ***TERCEIRIZANTE CONTRATADA – COMPATIBILIDADE COM O ART. 71 DA LEI DE LICITAÇÕES – INCIDÊNCIA DOS ARTS. 159 DO CCB/1916, 186 E 927, 'CAPUT', DO CCB/2002. A mera inadimplência da empresa terceirizante*** *quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias* ***devidas*** *ao trabalhador terceirizado* ***não transfere*** *a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços,* ***a teor*** *do disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações),* ***cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC*** *nº 16-DF.* ***Entretanto, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços*** *no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços* ***gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa*** *'in vigilando',* ***a teor*** *da regra responsabilizatória incidente sobre* ***qualquer*** *pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil).* ***Evidenciando-se essa culpa*** *'in vigilando' nos autos,* ***incide a responsabilidade subjetiva*** *prevista no art. 159 do CCB/1916, arts. 186 e 927, 'caput', do CCB/2002,* ***observados*** *os respectivos períodos de vigência. Agravo de instrumento desprovido."*
>
> (**AIRR 157240-94.2007.5.16.0015**, Rel. Min. MAURICIO GODINHO DELGADO – **grifei**)

O exame da decisão reclamada, **tendo em vista** *a situação concreta nela apreciada*, **revela que se reconheceu**, *na espécie*, *a responsabilidade subsidiária* da parte reclamante, *ora recorrente*, **em virtude** de situação configuradora **de culpa** do Poder Público, **não importando se** "*in vigilando*", "*in eligendo*" **ou** "*in omittendo*".

Fundamental, *no ponto*, **é o reconhecimento**, *por parte das instâncias ordinárias* (cujo pronunciamento **é soberano** em matéria fático- -probatória), **da ocorrência**, *na espécie*, de situação configuradora da responsabilidade subjetiva da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

entidade de direito público, que **tanto** pode resultar de culpa "*in eligendo*" **quanto** de culpa "*in vigilando*" **ou** "*in omittendo*".

É por essa razão que o Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do eminente Chefe da Instituição, **ao manifestar-se pela improcedência** da presente reclamação, **formulou parecer** que está assim **ementado**:

> ***"RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO POR DÉBITOS TRABALHISTAS. CULPA 'IN VIGILANDO'. NÃO CONFIGURADA OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE/STF 10.***
>
> ***Parecer pela improcedência da reclamação."*** (**grifei**)

Os fundamentos expostos em referida manifestação **ajustam-se**, *integralmente*, **à orientação jurisprudencial** que esta Suprema Corte **firmou** a propósito da matéria em análise, **valendo destacar**, *por relevante*, **fragmento** desse parecer **oferecido** pela douta Procuradoria-Geral da República, *que a seguir reproduzo*:

"***Da leitura do acórdão objeto da presente reclamação***, *deduz-se a ausência de infringência ao julgado da ADC 16. Isso porque a instância ordinária trabalhista, apta a analisar a prova, em suas razões de decidir, concluiu ter incorrido a Administração Pública em culpa 'in vigilando':*

> 'A reclamante foi admitida pela primeira ré – Promentec Serviços Industriais Ltda., na função de auxiliar de serviços gerais, a partir de 01/02/2005, sendo demitida, sem justa causa, no dia 21/01/2007, vez que esta ré cessou suas atividades, sem deixar vestígios de seu destino à municipalidade onde se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> encontrava. Essa prestadora, ao perder seu contrato de prestação de serviços com o Município de Vitória, deixou a trabalhadora, ora pleiteante, sem o pagamento de verbas resilitórias.
>
> (…)
>
> Reconhecida a culpa 'in eligendo' e 'in vigilando', poderia o recorrente, inclusive, exercer o direito de retenção do pagamento e promover a rescisão do contrato com a prestadora de serviços para o caso de descumprimento de suas obrigações trabalhistas. (…) Logo, ao escolher uma empresa prestadora que não cumpriu as obrigações trabalhistas com seus empregados, o recorrente atraiu para si essa responsabilidade. (...)'

A decisão reclamada reconheceu a constitucionalidade do art. 71*, § 1º, da Lei nº 8666/93, acentuando a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público nos casos de omissão culposa da Administração Pública em relação à escolha e à fiscalização da empresa contratada, nos termos do contrato administrativo subjacente.*

Como se vê*, não há descumprimento da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, pois o caso se enquadra nas hipóteses excepcionais de culpa da Administração Pública. O conteúdo da ADC nº 16 não foi, portanto, violado. A instância ordinária adentrou o tema referente à culpa, não cabendo, neste momento, revolver as provas para analisar o acerto ou desacerto do julgamento no seu aspecto fático.*

Da mesma forma*, não há que se falar em ofensa à Súmula Vinculante 10. No juízo 'a quo', realizou-se interpretação do caso concreto para se concluir pela omissão da Administração Pública em fiscalizar a empresa contratada. Não houve o afastamento da aplicação do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 com fundamento em sua inconstitucionalidade.*

Ante o exposto, opina a PROCURADORIA-GERAL

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> ***DA REPÚBLICA pela improcedência da reclamação***." (**grifei**)
>
> **Não vislumbro**, *desse modo*, **a ocorrência** *do alegado* desrespeito à autoridade da decisão **que esta Corte proferiu**, *com eficácia vinculante*, **no julgamento** da ADC 16/DF".

Limitado a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública – como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços –, **o julgamento dessa ADC 16**, em que fixada a necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto**, não adentrou a questão do ônus probatório** relativamente aos aspectos configuradores da aludida culpa, hábil a ensejar a referida responsabilidade e tampouco estabeleceu balizas na apreciação da prova ao julgador[55]**.** Anoto precedentes:

> "Esta reclamação constitucional não reúne condições de prosseguir, pois lhe falta requisito essencial para ser conhecida.
>
> Na sessão do dia 24 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 16, afirmou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Na mesma assentada, esta Corte afirmou que a decisão de órgão fracionário que aplica o Enunciado 331, IV do TST nega vigência ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 e, portanto, ofende a Súmula Vinculante 10.
>
> No entanto, ao declarar a constitucionalidade do referido § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, a Corte consignou que se, na análise do caso concreto, ficar configurada a culpa da Administração em fiscalizar a execução do contrato firmado com a empresa contratada, estará presente sua responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas não adimplidos. Em outras palavras, vedou-se, apenas, a transferência automática ou a responsabilidade objetiva da Administração Pública por essas obrigações.

55 Em igual sentido o Parecer do Procurador-Geral da República em exercício na ocasião.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

A reclamante interpreta o juízo feito pela autoridade-reclamada para concluir que ele se apoia em presunção inadmissível.

Inicialmente, observo que nenhum dos precedentes invocados examinou os conceitos de presunção inadmissível, nem de fundamentação inadequada, para fins de reconhecimento da culpa da administração pública na fiscalização das entidades com as quais mantém contrato de terceirização. Essa lacuna bastaria para determinar o não cabimento da reclamação constitucional, devido à estrita relação que deve existir entre a motivação do ato reclamado e os dispositivos das decisões cuja autoridade se tem por desrespeitada (cf., e.g., Rcl 8.623-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ e de 10.03.2011).

Ainda que fosse possível superar esse requisito de cabimento da reclamação constitucional, a cassação do ato reclamado dependeria de ampla instrução probatória incompatível com o rito processual desse instrumento.

Em matéria probatória, presunção é a tomada de um ou mais fatos indiciários como equivalentes do fato jurídico motivador de uma dada consequência legal.

No caso em exame, se bem ou mal decidiu, a autoridade-reclamada não partiu de fatos indiciários para formar seu juízo. Há registro de efetiva omissão imputada à reclamada quanto ao seu dever de fiscalização ativa e eficaz, conforme se lê no seguinte trecho da sentença:

"De observar, ainda, que, em relação ao julgamento da ADC 16, em que declarada a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93, em nada altera o acima decidido. Isto porque está demonstrada a culpa da administração pública por inadimplemento do seu dever de bem licitar e fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, já que o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empregadora deixa evidente não ter sido bem fiscalizado o cumprimento do contrato administrativo.

Assim é que não há QUALQUER prova de exigência da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

primeira reclamada de demonstração do cumprimento das obrigações trabalhistas pela segunda." (grifei - Doc. 05).

A reclamante, como entidade da administração pública indireta, está obrigada a seguir a regra constitucional da estrita legalidade. Numa de suas vertentes, a regra da estrita legalidade exige que todo ato administrativo seja plenamente motivado; a respectiva motivação deve ser registrada documentalmente segundo as especifidades do ato, da matéria e do ente federado ao qual a entidade está ligada.

A administração não se libera dos deveres de motivar os atos administrativos e de observar forma específica para lhes dar existência e validade jurídicas simplesmente alegando a má aplicação de regra processual relativa ao ônus da prova (cf., e.g., o RE 601.700-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 18.09.2012).

Como a autoridade-reclamada fez menção à ausência de prova documental, eventual erro de avaliação (error in judicando) somente poderia ser creditado a duas hipóteses: (a) os documentos capazes de demonstrar diretamente a atuação efetiva da entidade não foram juntados aos autos (por inexistirem ou por inércia), ou (b) o Juízo avaliou mal os documentos juntados, teoricamente capazes de comprovar a eficiência fiscalizatória da administração pública.

Seria necessário proceder à ampla instrução probatória para suprir a deficiência apontada (hipótese a). Por outro lado, se a hipótese for de má leitura dos autos, esta reclamação constitucional estaria a substituir os recursos ou medidas judiciais eventualmente cabíveis que permitiriam ampla cognição pelo órgão jurisdicional com legítima competência recursal, bem como o atendimento ao contraditório e à ampla defesa exercitável pela apresentação de contrarrazões e possível realização de sustentação oral (hipótese b).

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação (art. 38 da Lei 8.038/1990 e arts. 21, § 1ª e 161, par. ún. do RISTF).

Fica prejudicado o exame da medida liminar pleiteada (art. 21, IX do RISTF)" (Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Barbosa, DJe 19.11.2012 – grifos no original).

"No caso, a decisão reclamada consignou ter havido culpa na gestão e fiscalização do contrato. Consta da decisão:

'Conquanto o recorrente insista na tese de que ocorrera a federalização do Hospital Ana Nery, e por conta deste processo, firmara contrato emergencial com a FAPEX, não trouxe aos autos nenhum documento que a comprovasse, principalmente, quando alega que se deu no período em que o reclamante fora contratado pela primeira reclamada.

Portanto, cabia ao recorrente comprovar que procedeu a fiscalização do correto cumprimento das obrigações trabalhistas ou não agiu com culpa in vigilando. Todavia, deste ônus não se desvencilhou, pois sequer juntara aos autos contrato firmado com a primeira reclamada, comprovando que não estaria obrigado a fiscalizar a prestação dos serviços e o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias'. (pág. 27 do arquivo 8 dos autos eletrônicos).

Assim, ao assim decidir, a decisão não levou em conta e nem colocou em causa a constitucionalidade ou não do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, não tendo havido, portanto, desrespeito à súmula vinculante 10.

Outrossim, foram consideradas as circunstâncias fáticas e probatórias do caso, para efeito de responsabilização da Administração Pública em razão de omissão na fiscalização do contrato. Desse modo, ao invés de ofender os termos da ADC 16, o acórdão reclamado está conforme a decisão paradigma desta Corte.

O acerto ou não da decisão atacada deve, assim, ser controlado pelas vias ordinárias, não se mostrando presente a alegada ofensa à autoridade do STF.

3. Ante o exposto, nego seguimento ao pedido" (Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013).

"4. O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao aplicar a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas, a 4ª Turma do Tribunal especializado teria desrespeitado o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e descumprido a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal.

5. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 (...)

6. No caso em pauta, a análise da preliminar demonstra que a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região manteve a condenação do Reclamante, subsidiariamente, ao fundamento e que:

'Cabe à Administração, através de seu representante, exigir a comprovação do recolhimento dos encargos sociais e previdenciários, bem como verificar a regularidade da situação dos empregados e do contrato, o que não restou provado pela recorrente.

A averiguação do regular cumprimento do contrato não é prerrogativa, mas obrigação das partes. No caso em exame, não há prova, por mínima, de que a ré tenha diligenciado no sentido de efetivamente observar e fiscalizar quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, pela empresa contratada.

Existe a culpa e dela resulta a responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta.

Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a matéria, impõe-se a responsabilização da empresa pública, ora recorrente' (fls. 16-17, doc. 9, grifos nossos).

Em 21.2.2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Agravo Regimental na Reclamação n. 11.985, interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão do Ministro Celso de Mello, que afirmara que, "não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa ' in omittendo' ou 'in vigilando ' do Poder Público" (grifos nossos).

Confira-se excerto da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello:

"Como se sabe, esta Suprema Corte, ao apreciar a ADC 16/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgou-a procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

(...)

Cabe ressaltar, no ponto, que, em referido julgamento, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa ' in omittendo ' ou ' in vigilando ' do Poder Público.

Essa visão em torno do tema tem sido observada por eminentes Ministros desta Suprema Corte (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 11.917/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.089/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.310/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.388/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.595/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 13.933/AM, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposo da Administração Pública.

(...)

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

(...)

O exame da decisão ora reclamada, tendo em vista a situação concreta nela apreciada, revela que se reconheceu, na espécie, a responsabilidade subsidiária da parte ora reclamante, em decorrência de situação configuradora de culpa ' in vigilando', 'in eligendo' ou 'in omittendo'.

(...)

6. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por sua vez, ratificou o entendimento de primeiro grau ao fundamento da culpa 'in vigilando', acostando jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

7. Conforme entendimento do STF, o Estado não pode ser compelido a indenizar diretamente empregado de empresa licitada por inadimplemento dessa última. Todavia, isso não significa, de acordo com o inteiro teor do julgado, que a Administração não deva responder em caso de omissão culposa de agente público em fiscalizar a empresa tomadora de serviço. Esse último tema não foi afetado pela declaração de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

8. No caso dos autos, o acórdão reclamado reconheceu a conduta omissiva culposa do Estado. Em sendo assim, não há de se falar em ofensa à decisão proferida na ADC n. 16, tendo em vista a análise da 'culpa' no caso concreto.

9. Entende-se, portanto, que o conteúdo da ADC n. 16 não foi violado, visto que a responsabilização do Estado, nesse ponto, não ocorreu de forma direta, pelo simples fato de a empresa contratada ter inadimplido com as suas obrigações. A instância ordinária adentrou o tema referente à culpa omissiva do agente, não cabendo, nesse momento, analisar-se o acerto ou desacerto do julgamento. A desconstituição do entendimento em relação à caracterização da culpa não pode ser feita na via estreita da reclamação.

10. Por fim, não houve violação à Súmula Vinculante n. 10. A análise do caso concreto centrou-se no reconhecimento da culpa 'in vigilando', não tendo havido juízo de inconstitucionalidade sobre o tema. A decisão teve como base a legislação civil e, por isso, não era o caso de exigir-se o julgamento pelo órgão plenário do tribunal 'a quo'.

Não vislumbro, desse modo, a ocorrência do alegado desrespeito à autoridade da decisão que esta Corte proferiu, com eficácia vinculante, no julgamento da ADC 16/DF.

De outro lado, e no que concerne ao alegado desrespeito à diretriz resultante da Súmula Vinculante n. 10/STF, não verifico, na decisão de que ora se reclama, a existência de qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

Na realidade, tudo indica que, em referido julgamento, o órgão judiciário ora reclamado apenas reconheceu, no caso concreto, a omissão do Poder Público, em virtude do descumprimento de sua obrigação de fiscalizar a fiel execução das obrigações trabalhistas pela contratada, não havendo formulado juízo de inconstitucionalidade, o que afasta, ante a inexistência de qualquer declaração de ilegitimidade inconstitucional, a ocorrência de transgressão ao enunciado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

constante da Súmula Vinculante 10/STF.

(...)

Tenho para mim, na linha do que tem sido iterativamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl 11.846/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Rcl 12.388/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.486/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), que o ato objeto da presente reclamação não declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 nem afastou, mesmo implicitamente, a sua incidência, para decidir a causa 'sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição (RTJ 169/756-757, v.g.).

Sendo assim, em face das razões expostas, julgo improcedente a presente reclamação" (Decisão mantida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais).

No mesmo sentido: Rcl 11.327-AgR, Rcl 12.008-AgR, Rcl 12.440-AgR, Rcl 11.308-AgR, Rcl 12.544-AgR, Rcl 12.589-AgR, Rcl 12.625-AgR, Rcl 13.276-AgR, Rcl 13.901-AgR, Rcl 12.543-AgR, Rcl 12.580-AgR, Rcl 12.666-AgR, Rcl 12.684-AgR, Rcl 12.757-AgR, Rcl 12.773-AgR, Rcl 12.806-AgR, Rcl 13.216-AgR, Rcl 13.221-AgR, Rcl 13.251-AgR, Rcl 13.390-AgR, Rcl 13.417-AgR, Rcl 13.437-AgR, Rcl 13.474-AgR, Rcl 13.533-AgR, Rcl 13.534-AgR, Rcl 13.767-AgR, Rcl 13.833-AgR, Rcl 13.855-AgR e Rcl 14.072-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 21.2.2013.

7. Nesta análise inicial e provisória, tem-se que a atribuição de responsabilidade subsidiária pelo pagamento de obrigações trabalhistas decorrentes do contrato administrativo firmado entre o Reclamante e a empresa Adservis Multiperfil Ltda. não decorreu da negativa de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 nem de contrariedade à decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 ou de descumprimento da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal, mas da constatação de ter havido falha na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais pela Administração

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> Pública" (Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013).

Sedimentada, assim, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93[56], há que se enfrentar a questão atinente ao ônus da prova relativamente ao cumprimento do poder-dever fiscalizatório insculpido na Lei de Licitações nas hipóteses de terceirização, ponto que tem sido trazido a este Supremo Tribunal mediante inúmeras reclamações.

9. Ônus da prova

A presunção de legitimidade, atributo dos atos administrativos, carrega em si prerrogativa de conformidade da atuação administrativa com o direito.

Contudo, isso não exonera a Administração Pública de demonstrar o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos. Nas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO[57]:

> "Com a evolução da doutrina, nos dias de hoje, não se acredita mais na inversão do ônus da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera a Administração de provar as ocorrências que se afirma terem existido. Na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa".

A presunção de legitimidade não afasta o encargo probatório nos casos em que couber à Administração a guarda de determinados

56 Reitero que, à luz do que decidido na ADC 16, esse dispositivo legal não tem o condão de afastar a responsabilidade subsidiária nas hipóteses de culpa do ente público por descumprimento do dever de fiscalizar.

57 CARVALHO, Paulo de Barros. **A prova no processo administrativo tributário.** Revista Dialética de Direito Tributário. Vol. 34, 1999.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

documentos - como os relacionados ao cumprimento de deveres legais. Nessa linha, o art. 37 da Lei federal 9. 784/1999:

> "Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias".

DIDIER e BOMFIM assinalam que, em tal hipótese, "o próprio legislador já realizou uma prévia valoração acerca da possibilidade de produção probatória. Não se trata de inversão do ônus da prova, nem de sua distribuição dinâmica. É distribuição prévia e abstrata feita pelo legislador; estática, pois. A regra acima referida é uma concretização do princípio da cooperação, decorrente do princípio da boa-fé processual. Todos os sujeitos processuais (seja qual for a modalidade de processo) devem comportar-se de forma leal e cooperativa para que seja produzida uma decisão justa"[58].

No tocante à questão da responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, não cabe falar, como se sabe, em ocorrência ou não de culpa, necessários simplesmente o dano e o nexo de causalidade entre esse e a conduta estatal.

De outra parte, nos casos de responsabilidade subjetiva, segundo a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o dano decorre da omissão estatal, nessa incluído o descumprimento de um dever legal.

Destacando a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de a vítima demonstrar a culpa da Administração Pública, CELSO ANTÔNIO[59]

58 DIDIER, Fredie e BOMFIM, Daniela. **Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo**. *In* Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, Ano 2, vol. 10, julho/2014, RT, p. 132-3.

59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos** *in* Doutrinas Essenciais - Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, organizadores. -- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. III, pp. 1182-3.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

defende a aplicação da culpa presumida como medida necessária para o reequilíbrio da relação processual entre particular e Estado:

> "26. **A adoção do princípio da *culpa presumida* do Poder Público, em numerosíssimos casos de responsabilidade estatal por omissão, não desnatura seu caráter de responsabilidade subjetiva por omissão ilícita, pois, em tal hipótese, o que ocorre é apenas inversão do ônus da prova.**
>
> 27. A vítima fica dispensada da demonstração de culpa do Estado, bastando estabelecer que ocorreu falta de serviço ou tardio funcionamento dele, inobstante existisse o dever legal de sua prestação. Ao Estado, para eximir-se da responsabilidade, caberia demonstrar que a omissão ou demora inocorreu por negligência, imprudência, descaso ou imperícia. É dizer, que se comportou dentro dos limites normais de possibilidade e em função das possibilidades normais irrogáveis ao Poder Público em certo meio e época, diante das peculiaridades do caso concreto.
>
> 28. **Se a responsabilidade fora objetiva seria inútil arguir a licitude do comportamento estatal ou o zelo porventura demonstrado pelo Estado, a ausência de culpa ou dolo não o escusaria do dever de indenizar.**
>
> **29. A culpa presumida, embora elidível por demonstração do Estado, é de se admitir, por via de interpretação, na maioria das hipóteses.**
>
> Com efeito, esta solução se impõe por ser fórmula sem a qual tornar-se-ia dificílima a responsabilização do Estado em grande número de casos e até quase impossível em outros tantos. Ora, quem quer os fins não nega os correspondentes meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade do Estado nos casos de mau funcionamento do serviço, há de se concluir que não a quer apenas nominalmente, mas efetivamente. Ocorre que demonstrar que um serviço funcionou segundo padrões inferiores aos que se poderia razoavelmente esperar é tarefa na maioria das vezes insuperável. Exigiria um conhecimento profundo e completo da intimidade da máquina

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> administrativa, de seus meandros, de sua organização interna, de suas possibilidades, de seus recursos, de suas regras e ordens de serviço intestinas, o que é, na prática impossível.
>
> Por isso, **ao Estado incumbe fazer demonstração de que não teve culpa, vale dizer, de que não desatendeu às prescrições existentes e de que esgotou os meios plausíveis para enfrentar corretamente uma dada situação, na qual, a despeito de tudo, foi superado por dificuldades invencíveis, que não lhe permitiram obstar ao evento lesivo.**
>
> 30. É, certamente, a intuitiva percepção de que o ônus da prova (excludente de culpa - e, pois, da responsabilidade) cabe ao Estado o que concorre para supor-se, inadvertidamente, que nestes casos existe responsabilidade objetiva do Poder Público. Com efeito, há um implícito reconhecimento de que ao lesado basta demonstrar uma correlação entre a insuficiência da ação do Estado e o dano sofrido. Daí para concluir-se pela responsabilidade objetiva é um passo - embora um mau passo, em termos de interpretação jurídica. É que, se o Estado demonstra que não procedeu de modo contrário ao Direito, se prova que não foi negligente, imprudente ou imperito, em suma, se evidencia que o serviço não funcionou mal ou tardiamente ante as possibilidades razoáveis, exime-se da responsabilidade".

Nesse contexto, ressalvada, na ADC 16, a tese da responsabilidade subjetiva do Poder Público em face da omissão estatal no que tange ao dever fiscalizatório, tenho por adequada a invocação, no tocante ao encargo probatório, da doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca da culpa presumida.

Reitero que, sob esse viés, o Estado não é condenado automaticamente ou de forma objetiva. A adoção da culpa presumida, situada dentro da responsabilidade subjetiva, possibilita ao ente público – detentor dos meios probatórios – demonstrar o cumprimento do dever legal, a inexistência de negligência, imperícia ou imprudência e, mais especificamente, em situações como a dos autos, demonstrar "que não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

teve culpa [….], que não desatendeu às prescrições existentes"[60], no caso, aquelas constantes do artigo 67 da Lei 8.666/93, entre outras. Logo, apenas se pode exaltar o efeito exonerador do art. 71 dessa Lei se cumpridas as obrigações previstas nessa Lei, especialmente em seu art. 67, detalhadas e renovadas na Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG.

Para JUAREZ FREITAS[61] a omissão estatal no cumprimento de dever legal não é mera condição ou situação propiciatória para a ocorrência do dano, sendo viável cogitar, inclusive, de conduta comissiva por omissão. Acentua esse administrativista que, em face da inércia ou ineficiência do Estado, não se tem apenas a presunção de culpa estatal, mas a própria presunção do nexo causal, com a inversão do ônus da prova em relação a possíveis excludentes:

> "Mister sublinhar que, sem prejuízo do conceito de "culpa anônima" (culpa não-individualizável) em sede de responsabilidade pelas condutas omissivas do Poder Público, a falta do cumprimento de deveres (ou o cumprimento parcial e insuficiente) pode acarretar o dever de indenização, salvo se constatada excludente. Em outras palavras, a omissão é uma possível causa de dano anômalo e injusto. Desaconselhável enquadrá-la como simples condição para o evento danoso, tampouco descrevê-la como mera situação propiciatória. A omissão carrega, por assim dizer, o frustrado "princípio ativo" de um dever estatal não cumprido. Desse modo, **se se cuidar de inércia estatal, determinada ou determinável, ensejadora do nexo causal direto, o ônus da prova das excludentes incumbe às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, independentemente de indagação sobre culpa ou dolo.** Por tudo, despicienda a perquirição adstrita à noção de omissão "voluntária", negligência ou imprudência, nos termos do CC, art. 927, *caput*, porque, à semelhança do que sucede com as condutas

60 MELLO, Celso. **Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos.**

61 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, pp. 96-7.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> comissivas, a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão haverá de ser proporcional, com a mencionada inversão do ônus da prova, a qual não se confunde com a simples presunção de culpa do Poder Público"[62].

A par da perspectiva da teoria da culpa presumida, concorrem para a mesma conclusão - de que o encargo probatório em hipóteses como a em exame cabe à Administração Pública - os princípios que orientam o ônus da prova.

Com efeito, à luz do **princípio da aptidão para a prova**, a parte responsável pela produção probatória é a que apresenta melhores condições de realizá-la, independentemente do ônus imposto pela norma processual. Trata-se da própria aplicação do princípio da igualdade no processo, na medida em que exige de cada parte a prova que realmente pode produzir, consoante leciona CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA[63]:

> "O fundamento para aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não puder fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detenha".

Considerada a busca da efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, os deveres probatórios incumbem à parte que detiver aptidão para se reportar a respeito de "conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos" ou tiver "maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova"[64]. O princípio se harmoniza perfeitamente com o

---

62 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, pp. 96-7.

63 PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no Processo do Trabalho** -2ª ed. São Paulo: Ltr, 2012, p.123.

64 CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: RT, 2006, p. 341.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

processo do trabalho, em que a hipossuficiência do trabalhador na relação de direito material acaba sendo refletida no próprio acesso à Justiça e meios probatórios.

Sob o norte do **princípio da cooperação** – boa-fé objetiva no processo –, todos os participantes da relação processual têm o dever de colaborar para que "se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (CPC, art. 6º). Para EDUARDO TALAMINI, os fundamentos constitucionais do dever de cooperação na atividade probatória são a boa-fé (moralidade), o contraditório e a razoabilidade (inerente ao devido processo legal)[65].

LUIZ GUILHERME MARINONI fala em "direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional"[66], que transcenderia o formal direito de acesso ao Poder Judiciário ou de obtenção de uma solução judicial:

> "Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos".

Nesse contexto, tem-se a necessidade de atuação positiva do julgador, a fim de impedir o massacre do direito da parte hipossuficiente ou o desequilíbrio da relação processual, consoante leciona TERESA ARRUDA ALVIM[67]:

---

65 TALAMINI, Eduardo. **Cooperação no novo CPC** (primeira parte). Disponível em : <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046> . Acesso em: 2.02.2017.

66 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 145.

67 ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões sobre o ônus da prova** *in* Revista de Processo nº

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> "Desaparece, segundo esse ângulo de análise, a subsidiariedade da atividade judicial no âmbito instrutório. O curioso é que, em nome também dos princípios da igualdade e da imparcialidade, que inspiram a outra visão, entendidos, porém, de outro modo. Diante de um quadro em que se tem em conta a problemática do acesso à justiça, tem-se necessariamente) como dado indiscutível, a eventual e até frequente condição de desigualdade que possa haver entre os litigantes. O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um expectador o duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tomar iguais, partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob esse ângulo, não o toma imparcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo) não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra".

É inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública.

Reforça, por fim, a compreensão quanto ao dever probatório da Administração Pública, em situações como a debatida, a técnica processual da **distribuição dinâmica do ônus da prova,** a qual, fundamentada nos princípios da igualdade, aptidão para a prova e cooperação, surge em contraposição ao ônus estático da prova (art. 818 da CLT e art. 333 do já revogado CPC de 1973) e tem por diretriz a efetiva capacidade probatória de cada parte, antídoto para a chamada "prova diabólica". Decorre, tal técnica, do caráter publicista da jurisdição e da necessidade de equilíbrio na relação processual, entre outros.

O Código de Processo Civil de 2015 abraça essa teoria dinâmica do ônus da prova: no art. 7º, como faceta do devido processo substancial e no § 1º do art. 373, como flexibilização da regra rígida de distribuição do

76, 1994.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

encargo probatório insculpida nos seus incisos I e II (semelhante à do art. 333 do CPC de 1973):

> Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.
>
> [....]
>
> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Na referida técnica, "não é relevante a natureza do fato probando - se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova"[68].

De outro lado, também à luz dos princípios constitucionais que orientam o Direito Administrativo, sobretudo os da legalidade e da moralidade, parece-me absolutamente correto afirmar ser do ente público o ônus de provar o cumprimento do poder-dever fiscalizatório do

68 DIDIER e BOMFIM, **Prova por amostragem e distribuição do ônus da prova no processo administrativo**, p. 127.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

contrato de prestação de serviços, mormente no que se refere à observância das regras e direitos trabalhistas.

A Lei de Licitações determina expressamente o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato, mediante a designação de um representante da Administração:

> Art. 67. **A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.
>
> § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.
>
> § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes".

A fim de viabilizar o cumprimento do dever legal imposto à Administração nesses dispositivos, de acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, o legislador impôs ao representante do ente público o registro das ocorrências atinentes ao contrato, determinando "o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados". A adoção dessas medidas corretivas visam à preservação da regularidade contratual – inclusive trabalhista[69] -, reclamada por ocasião da fase de habilitação da prestadora, conforme exigido pelos artigos arts. 27, inciso IV, e 29, incisos IV e V, da Lei 8.666/1993:

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

69 A exigência de demonstração de regularidade trabalhista foi incluída no inciso IV do artigo 27 da Lei 8.666/93 - que antes abrangia apenas a regularidade fiscal - , mediante a Lei 12.440, de 2011.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> […]
> IV – regularidade fiscal e trabalhista
>
> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)
> [….]
> IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
> V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1ode maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011).

A imprescindibilidade da manutenção da aludida regularidade contratual, pela prestadora de serviços, outrossim, é inferida do § 1º do artigo 54 e do inciso XIII do art. 55:

> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.
> § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.
> [...]
>
> Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
> [...]

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

O dever jurídico de fiscalizar a execução do contrato (Lei 8.666/93, art. 67) é incluído, no regime jurídico dos contratos administrativos instituído por essa Lei, como uma das prerrogativas da Administração Pública, ao lado de outras fundamentais a assegurar a eficácia da fiscalização exigida:

> Art. 58. O regime jurídico dos **contratos administrativos** instituído por esta Lei confere à **Administração**, em relação a eles, a **prerrogativa** de:
>
> I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
>
> II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
>
> III - fiscalizar-lhes a execução;
>
> IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
>
> V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.
>
> § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.
>
> § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Ainda com o intuito de garantir eficácia à fiscalização e acompanhamento prescritos pela Lei de Licitações, o legislador lista, no artigo 87 desse Diploma legal[70], sanções a serem cominadas pela Administração nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, prevendo o artigo 78, como motivos para rescisão do contrato, "I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; "II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; "VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores e "VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei".

Todos os preceitos referidos no presente item corroboram a tese, afirmada também à luz dos princípios que orientam o Direito Administrativo, de que incumbe à Administração Pública acompanhar e fiscalizar permanentemente o cumprimento, ou não, pela prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas em relação aos empregados dessa – antes, durante e após o contrato de trabalho –, certo que, consoante bem lembrado pelo Procurador-Geral da República em exercício, essa legislação vem conferindo ao sistema de licitação e contratação pelo Poder Público "uma nova feição regulatória que, para além do sentido meramente econômico, de defesa do interesse imediato da administração, busca preservar uma relação de custo-benefício social da contratação

---

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

I - advertência;

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

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

pública, afinada com os valores maiores da sociedade constitucional"[71]. São citadas ainda, nesse parecer, em respaldo a essa ideia, as Leis 12.249/2010 e 13.146/2015 que

> "demonstram a **sujeição crescente do contrato administrativo a uma função social**, que condiciona a consecução do interesse econômico imediato da máquina administrativa à preservação de valores comunitários, de quilate constitucional, acentuando a função instrumental da administração pública como veículo de promoção de direitos. Trata-se de inquestionável influxo do princípio da função social sobre os contratos administrativos de obras e serviços, de modo a neles preservar o desenvolvimento sustentável, racional e equilibrado da humanidade, e os interesses constitucionais metaindividuais, tais como, o meio ambiente e os direitos sociais"[72].

Convergindo para esse mesmo objetivo, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG editou, em 30 de abril de 2008, na esteira das regras insculpidas na Lei das Licitações[73], a Instrução Normativa nº 02, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, na esfera da Administração Pública federal.

A referida Instrução Normativa, consideradas todas as alterações que lhe foram impostas[74], merece ter alguns dos seus dispositivos

---

71 Parecer do Procurador-Geral da República em exercício à ocasião, p. 49.

72 Idem, pp. 51-52, destaque no original.

73 Considerado, ainda, na elaboração dessa IN, o disposto na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no Decreto nº -1.094, de 23 de março de 1994 e no Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997.

74 A Instrução Normativa nº 2/2008 foi alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009; Instrução Normativa nº 4, de 11 de novembro de 2009; Instrução Normativa nº 5, de 18 de dezembro de 2009; Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013; Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e, por último, pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

destacados, a título de reforço de argumentação, porque demonstram o intuito do Poder Executivo de conferir, no plano federal, eficiência e eficácia ao dever legal de fiscalização e acompanhamento dos contratos celebrados com a Administração Pública situada nessa esfera:

> "DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO
>
> **Art. 18. Os instrumentos convocatórios de licitação e os atos relativos à dispensa ou inexigibilidade de licitação, bem como os contratos deles decorrentes, observarão, além das disposições contidas na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 10.520/2002, na Lei Complementar nº 123/2006, no Decreto nº 2.271/97 e no Decreto nº 6.204/2007, o disposto nesta Instrução Normativa e serão adaptados às especificidades de cada caso.**
>
> **Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem o conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:**
>
> I - disposição específica que garanta que as atividades de solicitação, avaliação e atestação dos serviços não sejam realizadas pela mesma empresa contratada para a realização dos serviços, mediante a designação de responsáveis, devidamente qualificados para as atividades e sem vínculo com a empresa, e que deverão ser, preferencialmente, servidores do órgão ou entidade contratante;
>
> (...)
>
> **XVIII – disposição prevendo que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra; e**
>
> XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:
>
> a) **a contratada deverá apresentar,** no prazo máximo de 10

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

(dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, **comprovante de prestação de garantia**, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato;

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

1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato;

2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e

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

[…]

h) a garantia será considerada extinta:

1. com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que a contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato; e

2. após o término da vigência do contrato, devendo o instrumento convocatório estabelecer o prazo de extinção da garantia, que poderá ser estendido em caso de ocorrência de sinistro;

i) o contratante executará a garantia na forma prevista na legislação que rege a matéria;

(...)

k) deverá haver previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no inciso XIX deste artigo somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

contratação, e que, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV, desta Instrução Normativa, observada a legislação que rege a matéria.

[….]

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

§ 1º Nas contratações de serviços continuados, o instrumento convocatório poderá estabelecer, como condição para as eventuais repactuações, que o contratado se comprometerá a aumentar a garantia prestada com os valores providos pela Administração e que não foram utilizados para o pagamento de férias.

(...)

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

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

(...)

d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e

(...)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ser feito por depósito bancário, **na conta dos empregados**, em agências situadas na localidade ou região metropolitana em que ocorre a prestação dos serviços;

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

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

[….]

VI - disposição prevendo que a contratada deverá viabilizar, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados do início da prestação dos serviços, a emissão do Cartão Cidadão expedido pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

VII - disposição prevendo que a contratada deverá viabilizar, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados do início da prestação dos serviços, o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciários foram recolhidas;

VIII - disposição prevendo que a contratada deverá oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para obtenção de extrato de recolhimento sempre que solicitado pela fiscalização.

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

contrato, quando devido;

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

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

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

§ 2º Os casos de comprovada inviabilidade de utilização da conta vinculada deverão ser justificados pela autoridade competente.

§ 3º Em caso de impossibilidade de cumprimento do disposto no inciso III do caput deste artigo, a contratada deverá apresentar justificativa, a fim de que a Administração possa verificar a realização do pagamento.

§ 4º O saldo existente na conta vinculada apenas será liberado com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.

§ 5º Quando não for possível a realização dos pagamentos a que se refere o inciso V do caput deste artigo pela própria administração, esses valores retidos cautelarmente serão depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS". (destaquei)

A mesma IN 02/2008 do MPOG traz, ainda, em seu art. 31, obrigações expressas para a Administração Pública federal, no sentido de designação de mais de um servidor para o acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos:

"Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercido pelo gestor do contrato, que poderá ser auxiliado pelo fiscal técnico e fiscal administrativo do contrato.

§1º Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no Anexo IV desta Instrução Normativa.

§2º Para efeito desta Instrução Normativa, considera-se:

I - gestor do contrato: servidor designado para coordenar e comandar o processo da fiscalização da execução contratual;

II - fiscal técnico do contrato: servidor designado para auxiliar o gestor do contrato quanto à fiscalização do objeto do contrato; e

III - fiscal administrativo do contrato: servidor designado para auxiliar o gestor do contrato quanto à fiscalização dos aspectos administrativos do contrato.

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

Os §§ 3º e 4º do art. 34 da Instrução Normativa em exame estabelecem, por sua vez, a rotina de fiscalização e as sanções para o caso de descumprimento das obrigações trabalhistas da contratada.

"Art. 34 A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

(...)

§3º O representante da Administração deverá promover o **registro das ocorrências verificadas**, a**dotando as providências**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> **necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.**
>
> §4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a **aplicação de sanções administrativas,** previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, **podendo culminar em rescisão contratual**, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993".

Outrossim, o § 5º do art. 34 lista os documentos a serem apresentados pela contratada por ocasião da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais, com vistas a inibir a inobservância de regras trabalhistas ou previdenciárias:

> "§5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:
>
> **I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT:**
>
> a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá <u>apresentar a seguinte documentação</u>:
>
> 1. **relação dos empregados,** contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;
>
> 2. **Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados** admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e
>
> 3. **exames médicos admissionais** dos empregados da contratada que prestarão os serviços;
>
> b) <u>entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação</u>

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF:

1. prova de **regularidade relativa à Seguridade Social;**

2. **certidão conjunta relativa aos tributos federais** e à Dívida Ativa da União;

3. certidões que comprovem a **regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal** do domicílio ou sede do contratado;

4. Certidão de **Regularidade do FGTS** – CRF; e

5. Certidão **Negativa de Débitos Trabalhistas –** CNDT;

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

1. **extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante**;

2. **cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços**, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;

3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, **cópia de recibos de depósitos bancários**;

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

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

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

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

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

4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados.

II - No caso de cooperativas:

a) recolhimento da contribuição previdenciária do INSS em relação à parcela de responsabilidade do cooperado;

b) recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela de responsabilidade da Cooperativa;

c) comprovante de distribuição de sobras e produção;

d) comprovante da aplicação do FATES – Fundo Assistência Técnica Educacional e Social;

e) comprovante da aplicação em Fundo de reserva;

f) comprovação de criação do fundo para pagamento do 13º salário e férias; e

g) eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as sociedades cooperativas.

III - No caso de sociedades diversas, tais como as Organizações Sociais Civis de Interesse Público – OSCIP's e as Organizações Sociais, será exigida a comprovação de atendimento a eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as respectivas organizações.

§6º Sempre que houver admissão de novos empregados pela contratada, os documentos elencados na alínea "a" do inciso I do § 5º deverão ser apresentados.

§7º **Os documentos necessários à comprovação do cumprimento das obrigações sociais trabalhistas** elencados nos incisos I, II e III do § 5º **poderão ser apresentados em original ou** por qualquer processo de **cópia autenticada** por cartório competente ou por servidor da Administração.

§8º A Administração deverá analisar a documentação solicitada na alínea "d" do inciso I do § 5º no prazo de 30

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> (trinta) dias após o recebimento dos documentos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente.
>
> §9º Em caso de indício de irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra deverão oficiar ao Ministério da Previdência Social e à Receita Federal do Brasil – RFB.
>
> §10. Em caso de indício de irregularidade no recolhimento da contribuição para o FGTS, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra deverão oficiar ao Ministério do Trabalho e Emprego".

O art. 34-A da mesma IN 02/2008, na redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013, reitera que a inadimplência das verbas trabalhistas viabiliza a ruptura do contrato com a Administração Pública:

> "Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções.
>
> Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação".

E o art. 35, por sua vez, reforça o dever de fiscalização mesmo na extinção do contrato, quando o fiscal deve aferir o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de realocação em outra atividade:

> "Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.
>
> Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa".

O cumprimento de tais normas, de modo eficaz, por parte da Administração Pública federal, ao menos minimizaria a frustração dos direitos de milhares de trabalhadores[75] – geradora, tal frustração, de danos no ponto mais sensível da sua sobrevivência: a fonte alimentar. Isso porque se abriria, na constatação de irregularidade, a possibilidade de adequação ou de ruptura contratual.

Buscando garantir essa correção de conduta, o Conselho Nacional de Justiça – considerada "a necessidade de a Administração Pública manter rigoroso controle das despesas contratadas e assegurar o pagamento das obrigações trabalhistas de empregados alocados na execução de contratos quando a prestação dos serviços ocorrer nas dependências de unidades jurisdicionadas ao CNJ"– manteve, com as alterações da Resolução 183/2013, a Resolução 169/2013, que "Dispõe sobre a retenção de provisões de encargos trabalhistas, previdenciários e outros a serem pagos às empresas contratadas para prestar serviços, com mão de obra residente nas dependências de unidades jurisdicionadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ)".

É bom reiterar que, apenas quando a Administração Pública descumpre dever legal – atinente a fiscalização, sanções, garantias etc. –,

75 Também PASTORE defende que "As contratadas precisam aprender a respeitar a lei e as contratantes precisam monitorar a execução dos contratos do começo ao fim". **Terceirização: uma Realidade Desamparada pela Lei.** Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5386/006_pastore.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 08.7.2016.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

ensejando a violação dos direitos dos terceirizados, é que se falará em responsabilização subsidiária.

A condição de fundamentalidade, inerente aos direitos sociais e trabalhistas, impõe que o trabalhador, contratado para atividade em prol da Administração Pública, não veja subtraídos seus direitos e, em última análise, esvaziada sua dignidade humana.

A Administração, por conveniência e oportunidade, decide terceirizar para "melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa"[76]. Se a Administração procurará, nos termos do Decreto-Lei 200/67, art. 10, § 7º, "desobrigar-se da realização material de tarefas executivas", não poderá se desobrigar dos encargos advindos da execução indireta de tais tarefas, nesses incluídos aqueles decorrentes da sua omissão na fiscalização do respectivo contrato de prestação de serviços - nos moldes estabelecidos no artigo 67 da Lei de Licitações -, até porque condicionada tal contratação, naquela norma, à existência de empresa, na iniciativa privada, "suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução", que abarcam, inequivocamente, não apenas os conhecimentos técnicos e especializados indispensáveis ao desempenho da atividade contratada, mas também o zelo quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Admitida conduta diferente, a empresa prestadora de serviços receberia da Administração Pública "carta branca" para o desempenho do contrato, podendo, inclusive, ignorar e desrespeitar os direitos laborais, constitucionalmente consagrados.

Ademais, considerando a inserção da mão de obra desse trabalhador terceirizado na dinâmica do Estado, para realização de "tarefas

---

76 Decreto-Lei 200, art. 10, § 7º : "Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

executivas", toda a sociedade, de alguma forma, é beneficiada. Se as necessidades da contratante são atendidas por tais trabalhadores – que desempenham atividades simples, mas essenciais ao bom funcionamento do ente público, tais como limpeza, segurança e recepção –, nada mais justo que o gravame decorrente da eleição da prestadora inadimplente ou da falta de fiscalização da execução do contrato recaia sobre o maior beneficiado pela mão de obra oferecida.

Exonerar o Poder Público dessa responsabilidade feriria duplamente o **princípio da igualdade**. Primeiro porque conferiria aos trabalhadores terceirizados que prestam serviços à Administração Pública tratamento distinto daquele conferido aos demais terceirizados, que prestam serviços à pessoa jurídica não abrangida pela Lei 8.666/1993[77], deixando de assegurar àqueles a percepção dos seus direitos trabalhistas, ainda que em sede de responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Segundo porque concederia ao Estado privilégio de isenção de responsabilidade, pela satisfação de tais direitos, que os demais tomadores de serviços não possuem. Representaria, na realidade, verdadeiro benefício ao ente público contratante, considerada a responsabilidade subsidiária a que submetidos os tomadores de serviços do regime privado.

Ressalto que o princípio da igualdade, dirigido tanto ao legislador, quanto ao operador do direito, consagrado no "*caput*" do artigo 5º da atual Constituição da República, constitui, nas palavras da Ministra CÁRMEN LÚCIA, "especialmente em países pobres e com grossas esferas de desigualdade sócio-econômica, a pedra de toque do sistema jurídico para a construção ou a reconstrução de uma sociedade justa"[78]. Consoante a insigne professora, tal princípio cumpre "uma função social determinante para o Poder Público de transformar, pelo seu vigor

---

77 Art. 1º, parágrafo único: Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

78 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Minas Gerais: Ed. Lê S.A., 1990, p. 40.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

impositivo, as condições sociais de modo a torná-las niveladas no plano sócio-econômico para a plena eficácia da norma principiológica"[79], tornando defesas desequiparações que subtraiam de alguns direitos assegurados a outros. A isonomia obriga o Poder Público, outrossim, "no exercício de qualquer de suas atividades, a romper diferenças sócio-econômicas e políticas que distingam os homens em sua essência, em seu berço humano e em seu destino digno, fazendo-o, necessária e impreterivelmente, em sua atuação concreta e diuturna"[80].

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao delinear sua "teoria sobre o conteúdo jurídico do preceito isonômico", enfatiza que, embora o princípio da igualdade proíba tratamento diferenciado às pessoas, "o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria regulada por diferente plexo de obrigações e direitos"[81]. Aludida teoria foi elaborada com o fim de subsidiar a identificação das situações em que a discriminação não importaria em ofensa ao princípio da igualdade, como "quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição"[82]. Esclarece, ainda, o eminente doutrinador, que a pertinência lógica, entre o fator de discrímen e a desigualação consequente, hábil a tornar válida a diferenciação, deve ser concreta, ou seja, "aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional"[83].

---

79 Idem, p. 44.

80 Idem, p. 44.

81 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 17-8.

82 Idem, p. 24.

83 Idem, p. 28.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Inexistem, contudo, em situações como a ora em exame, diferenças entre os trabalhadores terceirizados que prestam serviços à Administração Pública e aqueles que prestam serviços às demais pessoas jurídicas a justificar alguma distinção no tratamento jurídico conferido, de modo que desautorizada, sob pena de ofensa ao princípio isonômico, qualquer desequiparação. Efetivamente tais trabalhadores não se encontram abrangidos em categorias reguladas por diferente plexo de direitos e obrigações, encontrando-se, ao contrário, abrigados pelas mesmas normas constitucionais e legais, pelo que imperativa a igualdade material a seu respeito.

De outro lado o princípio da isonomia imporia o reequilíbrio entre a Administração Pública e a esfera privada – considerada a condição, inerente a ambos, de tomadores de serviços –, a impedir o aproveitamento de mão de obra, pelo ente público, em circunstâncias mais vantajosas que aquelas experimentadas pelos tomadores de serviços da iniciativa privada, que respondem subsidiariamente pelos encargos trabalhistas dos terceirizados.

A compreensão consubstanciada no item V da Súmula 331 do TST[84], após o julgamento da ADC 16 por esta Corte, concretiza o princípio da igualdade, tanto ao assegurar os direitos dos trabalhadores terceirizados dos entes públicos, quanto ao equiparar os deveres dos tomadores dos serviços independentemente da sua natureza jurídica.

Acresço que esse entendimento encontra abrigo ainda no art. 170 da Constituição da República, do qual se depreende que rege a ordem econômica, ao lado da valorização do trabalho, o princípio da livre iniciativa e da diminuição das desigualdades sociais.

---

84 Súmula 331, item 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

10. Proposições legislativas

Em julho de 2016 tramitavam, no Congresso Nacional, conforme o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar-DIAP, dezenas de projetos versando sobre o tema[85]. A tramitação mais avançada é a do PLC 30, de 2015, que está pronto para ser votado pelo Plenário do Senado[86].

Na data do julgamento desta ação, há notícia de pelo menos quatro projetos no Senado Federal: PLS 87/2010, do ex-senador Eduardo Azeredo (PSDB-MG); PLS 447/2011, do senador Sérgio Souza (PMDB-PR), PLS 300/2015, do senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), e o PLS 554/2015, dos senadores Paulo Paim (PT-RS) e Randolfe Rodrigues (Rede-AP). Apenas os projetos PLS 300 e PLS 554, ambos de 2015, não estariam, à época da notícia, em 27.7.2016, anexados ao PLC 30/2015[87].

Em 03.8.2016 o senador Paulo Paim, autor do PLS 554, de 2015, solicitou a retirada definitiva desse Projeto e requereu, em 28.10.2015, a tramitação conjunta do PLS nº 300, de 2015, com o PLC nº 30, de 2015 "(que já tramita com os PLS nºs 87/2010 e 447/2011)"[88]. Esse projeto da Câmara dos Deputados se encontra na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, não apreciado ainda o requerimento de tramitação em conjunto com aquele PLS 300, de 2015[89].

O Projeto de Lei nº 4.330, de 2004 - que dispõe sobre o contrato de

85 Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/noticias/em-debate/26201-terceirizacao-o-que-esta-em-debate-no-judiciario-no-executivo-e-no-parlamento>. Acesso em 12.9.2016.

86 O PLC 30, de 2015, é de autoria do Deputado Sandro Mabel e tem como Relator atual o Senador Paulo Paim (PT-RS). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/12/projeto-de-terceirizacao-da-mao-de-obra-esta-pronto-para-ser-votado-pelo-plenario>. Acesso em 16.1.2017.

87 Conforme notícia do DIAP de 27.7.2016. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/noticias/em-debate/26201-terceirizacao-o-que-esta-em-debate-no-judiciario-no-executivo-e-no-parlamento> . Acesso em: 12.9.2016.

88 Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>. Acesso em 12.9.2016.

89 Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/09/26/senado-tera-de-decidir-entre-duas-visoes-de-terceirizacao>. Acesso em 18.1.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes - teve sua redação final aprovada, em 22.4.2015, pela Câmara dos Deputados, tendo sido encaminhado para apreciação do Senado e recebido nessa Casa como Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015, apelidado de "Agenda Brasil 2015".

O artigo 15 desse PLC 30 estabelece a responsabilidade solidária da contratante, nos contratos de terceirização, sem qualquer ressalva, prevendo o artigo 16 o já referido dever de fiscalização:

> Art. 15. A **responsabilidade** da contratante **em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária** em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei.
>
> (...)
>
> Art. 16. **A contratante deve exigir** mensalmente da contratada a **comprovação do cumprimento das seguintes obrigações relacionadas aos empregados desta**, que efetivamente participem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução dos serviços contratados:
>
> I — pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
>
> II — concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;
>
> III — concessão do vale-transporte, quando for devido;
>
> IV — depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
>
> V — pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização;
>
> VI — recolhimento de obrigações previdenciárias.

Conquanto expressamente previsto no § 2º do Art. 1º do PLC em comento que suas disposições não se aplicam "aos contratos de terceirização no âmbito da administração pública direta, autárquica e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", foi aprovada emenda – ao PL 4.330/04 à época – que estende os direitos previstos no mencionado PLC aos terceirizados da administração direta e indireta[90]. Notícia do portal da Câmara dos Deputados de 22.4.2015 informa a repercussão da aprovação da referida emenda:

> **Emenda aprovada prevê responsabilidade solidária nas obrigações trabalhistas**
>
> O texto da emenda aprovada nesta quarta-feira ao projeto da terceirização (PL 4330/04) muda o tipo de responsabilidade da empresa contratante do serviço terceirizado, determinando que ela será solidária em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada.
>
> Anteriormente, o texto previa que poderia ser solidária apenas se a contratante não fiscalizasse o recolhimento e o pagamento dessas obrigações.
>
> Com a responsabilidade solidária, a contratante poderá ser acionada na Justiça pelo recebimento dos direitos ao mesmo tempo em que a contratada.
>
> **Fiscalização**
>
> Na fiscalização, deve ser acompanhado pela empresa contratante o pagamento da remuneração; das férias; do vale-transporte; do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); e das obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados da contratada.
>
> O texto do relator da proposta, deputado Arthur Oliveira Maia (SD-BA), prevê ainda que, no caso de subcontratação, permitida apenas quanto a serviços técnicos especializados, as regras sobre a responsabilidade se aplicarão tanto à contratante no contrato principal quanto àquela que subcontratou os serviços[91].

90 Art. 26. Os direitos previstos nesta Lei serão imediatamente estendidos aos terceirizados da administração direta e indireta.

91 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/trabalho-e-

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

O mesmo portal esclarece, em notícia da mesma data, o ocorrido em relação a essa disparidade:

> **Câmara aprovou extensão de direitos a terceirizados do setor público**
>
> "Outra votação polêmica no projeto de lei da terceirização (PL 4330/04) foi o de uma emenda do líder do PSDB, deputado Carlos Sampaio (SP), que estende imediatamente os direitos previstos no projeto aos terceirizados da administração direta e indireta.
>
> Destaque do próprio PSDB, aprovado no último dia 14, excluiu a aplicação das novas regras nas empresas públicas, de economia mista, suas subsidiárias e controladas na União, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios.
>
> O líder do PT, deputado Sibá Machado (AC), alertou que o texto da emenda aprovado nesta quarta-feira contraria outro dispositivo que não foi alterado. Esse dispositivo veda a aplicação das novas regras aos contratos de terceirização na administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.
>
> **Sampaio argumentou que, sem a emenda, os terceirizados do setor público não teriam nenhum dos direitos assegurados pelo projeto, criando "duas categorias de terceirizados, uma, do setor privado, com respaldo, e outra, do setor público, sem respaldo algum"**.
>
> A emenda foi aprovada por 257 votos a 38, com 33 abstenções e obstrução de 115 deputados." [92]

O Senador Paulo Paim, Relator desse PLC 30, de 2015, no Senado, solicitou, como dito, a tramitação conjunta do PLS nº 300, de 2015 – que

---

previdencia/486411-emenda-aprovada-preve-responsabilidade-solidaria-nas-obrigacoes-trabalhistas.html. Acesso em: 12.9.2016.

92 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/486410-CAMARA-APROVOU-EXTENSAO-DE-DIREITOS-A-TERCEIRIZADOS-DO-SETOR-PUBLICO.html>. Acesso em 12.9.2016.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

regula os contratos de terceirização de mão de obra e as relações de trabalho deles decorrentes, no âmbito das empresas privadas e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios –, a fim de analisar amplamente a temática da terceirização em tramitação no Congresso Nacional.

O referido PLS 300, de 2015, que também faz parte da "Agenda Brasil 2015", dispõe expressamente, sem contradições e sem excluir os contratos de terceirização celebrados no âmbito da administração pública:

> **Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se** às empresas privadas e **aos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**
>
> […]
>
> **Art. 18 - A responsabilidade da contratante em relação a todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada aos empregados desta que prestem serviços àquela é solidária.**
>
> Art. 19 - A contratante deve exigir mensalmente da contratada a comprovação do cumprimento das seguintes obrigações relacionadas aos empregados desta, que participem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução dos serviços contratados:
>
> I — pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
>
> II — concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;
>
> III — concessão do vale-transporte, quando for devido;
>
> IV — depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, nos termos do disposto nos arts. 15 e 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;
>
> V — pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

extinção do contrato de terceirização;

VI — recolhimento de obrigações previdenciárias.

Corrobora, ainda, a posição perfilhada nesta assentada a justificação apresentada pelo autor desse PLS 300, de 2015, o senador Marcelo Crivella:

> A terceirização consiste na descentralização da atividade empresarial, que deve se focar em sua atividade-fim, a fim de melhorar, com a redução do custo da mão de obra, os seus resultados econômicos.
>
> **Em que pese inevitável, ela não pode se constituir em mecanismo de precarização do trabalho em nosso País**, motivo pelo qual, ao contrário do que ocorre no PLC nº 30, de 2015, não deve incidir sobre todas as atividades da empresa, devendo ficar, assim, restrita aos serviços que representam mero suporte ao objeto social desenvolvida pelo empresário.
>
> Essa é a atual diretriz traçada pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e positivada no projeto ora apresentado, que constitui alternativa viável ao mencionado PLC.
>
> Com isso, confere-se segurança jurídica ao trabalhador terceirizado, que passa a contar com uma legislação que discipline as relações travadas entre ele e as empresas contratada e contratante.
>
> Mas não é só. Além de limitar a terceirização de mão de obra, pretende-se melhorar a condição atual em que o trabalho terceirizado é prestado no Brasil.
>
> **Ao estabelecer mecanismos como a responsabilização solidária da contratante por todas as verbas trabalhistas e previdenciárias devidas aos empregados da contratada que àquela prestem serviços; a portabilidade dos períodos aquisitivos e concessivos de férias em caso de terceirização sucessiva; e, dentre outros, a prestação de garantia, pela contratada, para a quitação dos valores devidos aos trabalhadores por ela intermediados, o projeto em foco**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> **colabora para a valorização social do trabalhador.**
>
> Tecidas essas considerações, roga-se pelo apoio dos nobres colegas parlamentares para que esta alternativa ao PLC nº 30, de 2015, logre aprovação.

Em setembro de 2016 o Senador Randolfe Rodrigues apresentou – também em substituição ao PLC 30/2015 – o PLS 339, de 2016, que "Dispõe sobre os contratos de terceirização por pessoas de natureza jurídica de direito privado e as relações de trabalho deles decorrentes", visando a regular "os contratos de terceirização celebrados por pessoas de natureza jurídica de direito privado e por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas que explorem diretamente atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado, e as relações de trabalho dele decorrentes".

Na Câmara Federal está pronto para pauta, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), o Projeto de Lei nº 4.302-C, de 1998[93], Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 4302-B, de 1998, que "altera dispositivos da Lei nº. 6019, de 3 de janeiro de 1974, o qual dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros". Ao examinar a constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do aludido Substitutivo, de autoria do Senado, o Relator, Deputado Laércio Oliveira, votou pela prevalência da redação dada pelo Substitutivo do Senado, asseverando, na fração de interesse:

> O Substitutivo do Senado alterou parcialmente o texto aprovado anteriormente na Câmara.
>
> [….]
>
> 2.h) No § 5º do art. 5º-B, o Substitutivo do Senado estabeleceu a responsabilidade subsidiária da empresa

93 O PL 4.302/98 foi enviado à Câmara pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

contratante em relação às obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores da empresa contratada durante o período em que ocorrer a prestação de serviços, estabelecendo ainda que o recolhimento das contribuições previdenciárias deve ser feito nos termos da legislação própria (art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991);

[…]

· Em decorrência do Requerimento de Destaque nº 2, de 2008, foi aprovado o art. 5º-A, acrescentado à Lei nº 6.019, de 1974, pelo art. 2º Substitutivo do Senado, exceto o seu § 5º desse artigo, que foi rejeitado, para restabelecer, em substituição, o art. 10 do texto da Câmara. O dispositivo restabelecido determina que a empresa contratante seja solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços;

É o relatório.

II – VOTO

[…]

Cabendo, nesse ponto, ressalva ao Destaque nº 2/08 da CTASP, que rejeitou o § 5º do art. 5º-A, cuja redação foi dada pelo Substitutivo apresentado no Senado, restabelecendo o art. 10 do texto da Câmara. O dispositivo restabelecido determina que a empresa contratante deve ser solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

Tendo em vista que a responsabilidade subsidiária oferece uma dupla garantia ao trabalhador, pois torna imputável tanto a contratante como a contratada e garante o direito dos empregados, entendo que deve prevalecer a redação proposta para o art. 5º-A, acrescido à Lei nº 6.019, de 1974, dada pelo art. 2º Substitutivo do Senado, que estabelece a responsabilidade subsidiária como regra.

Também são debatidos em ambas as Casas legislativas projetos que alteram ou revogam a Lei 8.666, de 1993, em ponto alusivo à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas de empresas contratadas para prestação de serviços.

O PL 6420/2005 – cuja origem é o PLS 344/2004 – altera as Leis nºs 8.666, de 1993, e 8.429, de 1992, e se encontra aguardando parecer na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara Federal. Consta da explicação da sua ementa que pode "ser objeto de execução indireta a contratação de empresa prestadora de serviço, em caráter excepcional, por parte da Administração Pública, ressalvando as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão contratante ou atividade típica do Estado, implicando improbidade administrativa o descumprimento das normas de contratação de pessoal terceirizado"[94]. No último parecer apresentado nesse PL, o Relator designado na mesma Comissão de Finanças e Tributação (CFT) propôs o restabelecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública - pelos encargos não quitados pelas empresas prestadoras de serviços -, prevista no texto original, em vez da solidária, proposta pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) :

> Bem diferente é a situação do Substitutivo aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, que ao modificar alguns dispositivos do projeto original articulou situação de potencial elevação dos gastos públicos, sem cobertura adequada na Lei Orçamentária vigente, além de não fazer a estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro, como exige a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), isto é, a Lei Complementar nº 101, de 2000. Isso ocorre, de maneira particular, pela mudança que promove no texto do § 2º do art. 13-H do projeto do Senado Federal, que se acha renumerado para 13-G no Substitutivo. **A nova redação atribui aos entes públicos contratantes responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviços, ao passá-la de SUBSIDIÁRIA para SOLIDÁRIA. Essa alteração, não apenas retira,**

94 Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310393 . Acesso em 13.01.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> **expressamente, a possibilidade de invocação do benefício de ordem por parte dos entes públicos – na contramão das normas que protegem o Erário por razões de interesse público –, como deve determinar pressões imediatas sobre os gastos das entidades pela necessidade de honrar, sem a devida previsão orçamentária, encargos decorrentes de conduta irregular de empresas prestadoras de serviços**. Note-se que o entendimento da Corte Superior (TST), conforme se acha indicado na Justificação da Emenda nº 4, de 2004, apresentada perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, segundo o que se acha expresso no Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é o de que "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 [e indireta]... desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial." [grifo nosso] **Cumpre observar, entretanto, que essa inadequação apontada no Substitutivo é sanável, bastando, para tanto, que se restabeleça a redação dada ao dispositivo pelo projeto original, ou seja, trocando o termo "solidária" pelo termo "subsidiária"**. […] No que se refere ao Substitutivo aprovado pela Comissão da Câmara dos Deputados, supra, a inadequação apontada em relação à LOA/2013 ocorre também quanto à LDO/2013 em razão do que estabelecem os seus arts. 90 e 91, que reafirmam as exigências de estimativa de gastos fixadas pela LRF. O substitutivo que propomos não incorre nas inadequações apontadas.

O texto proposto nesse Substitutivo, para corrigir a aludida inadequação, foi o seguinte:

> Art. 13-G. Considera-se empresa prestadora de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar ao órgão contratante serviços determinados e específicos. § 1º A empresa prestadora de serviços a terceiros contrata, remunera,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> responsabiliza-se pelos encargos trabalhistas e dirige o trabalho realizado por seus empregados.
>
> § 2º O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços implica a **responsabilidade subsidiária** dos órgãos ou entidades contratantes.

Não se cogita, como visto, em nenhum desses projetos legislativos a irresponsabilidade do tomador dos serviços, mas sim sua responsabilidade, subsidiária ou solidária, pelos encargos trabalhistas daqueles que lhe prestam serviços.

No Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, que institui novas normas para licitações e contratos da Administração Pública, depreende-se claramente do § 2º do artigo 98 – correspondente, esse artigo, ao artigo 71 da atual Lei 8.666, de 1993 – o dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e dos encargos previdenciários da contratada:

> Art. 98. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º A inadimplência do contratado, em relação 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.
>
> § 2º Para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração poderá prever a aquisição de seguro-garantia ou efetuar depósito de valores em conta vinculada.

Esse PLS 559/2013, de autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, foi elaborado, conforme afirmado pelo Relator, Senador Fernando Bezerra Coelho, com a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

participação de "especialistas do setor público e do setor privado". Contou, ainda, esse texto, ao longo dos seus três anos de tramitação, com "a colaboração de técnicos da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Ministério da Fazenda, do Ministério da Justiça e da Controladoria-Geral da União", tendo sido colhidas, outrossim, em várias audiências públicas, a opinião de juristas e profissionais do setor[95].

A Comissão especial criada para exame da matéria buscou, nas palavras do Relator, colocar a legislação brasileira entre as mais modernas do mundo e o Substitutivo, por ele apresentado, "teve o intuito primordial de assegurar um melhor planejamento das contratações públicas". Foi afirmado, ainda, no Parecer 983/2016, apresentado pelo Relator, que sua contribuição visou a "aprimorar qualitativamente o texto decorrente dos trabalhos da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, nos moldes do que foi debatido e aprovado nas Comissões de Infraestrutura e do Desenvolvimento Nacional"[96].

Para que fosse alcançado o pretendido aprimoramento qualitativo, aprovou-se[97], entre outras, a Emenda nº 160 do Plenário, pela qual acrescentado um § 3° ao citado art. 98 desse PLS, no qual se estabelece a obrigatoriedade, para a Administração Pública, de seguro para cobertura de débitos trabalhistas inadimplidos pelo contratado:

"Art. 98 ….....

95 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=204654&tp=1 >. Acesso em 19.1.2017.

96 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=204654&tp=1 >. Acesso em 19.1.2017.

97 Noticia a Agência Senado que o Relator desse PLS 559/2013 se inspirou no modelo americano, no qual exigidas, em algumas licitações, "apólices de seguros que protegem o ente público contra riscos de inadimplência do contrato e cobrem os riscos de inadimplência do pagamento dos trabalhadores da obra e dos fornecedores de materiais. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/02/projeto-que-moderniza-lei-de-licitacoes-e-aprovado-na-comissao-de-infraestrutura> . Acesso em: 30.01.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> § 3° O edital poderá exigir seguro adicional abrangendo a cobertura pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, caso em que os trabalhadores serão beneficiários da apólice, devendo tal cobertura ser obrigatória nos casos em que a administração pública seja tomadora de serviço para a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem a área de competência do órgão ou entidade."

A esse respeito o Relator assentou literalmente:

> "Do direito norte-americano, importamos uma nova sistemática de seguros. Se uma obra for paralisada, o seguro será acionado não apenas para pagar uma indenização, mas para assumir e concluir os serviços. **Além disso, será possível exigir o pagamento de seguro em benefício dos trabalhadores terceirizados, acabando com a possibilidade de as empresas fecharem as portas e deixarem seus empregados sem receber as verbas trabalhistas**"[98].

Importante destacar que se repetiu nesse PLS 559/2013 (art. 94) o teor do artigo 67 da atual Lei de Licitações – entre outros –, no qual determinada a designação de um representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Aprovada pelo Plenário do Senado, em turno suplementar de votação, em 13.12.2016, a redação final desse PLS, sua tramitação foi encerrada naquela Casa e remetida a matéria à Câmara Federal.

As disposições dos projetos de lei mencionados[99], conquanto ainda em discussão, servem como reforço argumentativo à tese de responsabilidade subsidiária da Administração Pública em hipóteses como a destes autos.

---

98 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=204654&tp=1 >. Acesso em 19.1.2017.

99 Citados apenas alguns dos projetos que tramitam no Poder Legislativo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Vale registrar que, segundo dados do DIEESE, de 2014, pelo menos 12,7 milhões de trabalhadores laboram atualmente no Brasil de forma terceirizada, representando cerca de 26,8% da mão de obra com carteira assinada[100], o que demanda um olhar especialmente atento para o caso.

11. Exame do caso concreto

Os fundamentos do acórdão recorrido, relativamente ao tema em exame – responsabilidade subsidiária -, encontram-se sintetizados na ementa de seguinte teor:

> TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE **CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO** PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO **III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*,** DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de

100 Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/economia/a-terceirizacao-do-trabalho-sera-liberada-no-brasil-3999.html> e <http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em 18.1.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (…) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.
>
> Agravo de instrumento **desprovido.**

Os termos do acórdão recorrido evidenciam não ter havido declaração de inconstitucionalidade do multicitado art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e tampouco afronta aos dispositivos constitucionais indigitados pela Recorrente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

De fato, verifico não configurada aquela primeira hipótese de cabimento do recurso extraordinário - insculpida no item "b" do item III do artigo 102 da Constituição da República[101] -, porquanto o Tribunal Superior do Trabalho não declarou a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, tendo asseverado, repetidas vezes, que esta Suprema Corte, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, "houve por bem (...) considerar constitucional o referido art. 71 da Lei nº 8.666/93"[102], em "decisão, em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, da Constituição Federal)".

Também não afastou, como alegado pela Recorrente, a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 à espécie, mas tão somente procedeu à interpretação sistemática desse preceito legal com outras normas - constitucionais, legais e administrativas – e também com "os direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados", imprimindo ao deslinde da controvérsia, em última análise, consonância não apenas com o referido dispositivo, mas principalmente com os princípios basilares que orientam o Direito Individual do Trabalho – especialmente o da proteção do trabalhador e o da dignidade da pessoa humana – e que devem nortear, necessariamente, os dissídios individuais surgidos nas relações de trabalho.

Note-se, por relevante, que o principal argumento recursal a respeito da alegação de que o TST declarara inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é o de que a interpretação teleológica a que se refere esse Tribunal tem como escopo "manter viva" sua Súmula 331, IV, a qual "redireciona a responsabilidade, em forma subsidiária, ao Ente Público contratante, nos casos em que a empresa contratada não quita os

---

101 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe;

(….)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(…)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

102 Retirado, da transcrição do excerto do acórdão, o destaque constante do original.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

débitos trabalhistas" (fl. 12).

A redação do item IV da Súmula 331 do TST a que se reporta a Recorrente, contudo, é aquela transcrita às fls. 12 e 13, qual seja: "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)".

A decisão recorrida, entretanto, não foi baseada nessa redação original, decorrente da revisão da Súmula nº 256 (Res. 23/1993, DJ de 21, 28.12.1993 e 04.01.1994), tendo sido apoiada na compreensão atualizada daquela Corte, consubstanciada na nova redação do item IV da Súmula 331 ("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") e no seu novo item 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").

De outro lado, a decisão atacada não implica, conforme já afirmado, violação dos preceitos constitucionais aduzidos no recurso extraordinário.

Não reputo desrespeitado o art. 102, § 2º, da Constituição Federal[103],

---

103 Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (…..) § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

invocado em relação à alegada declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, porque, conforme já gizado ao exame da primeira hipótese de cabimento do recurso extraordinário, inexistiu, no acórdão recorrido, declaração em tal sentido ou afastamento da incidência desse preceito legal nos moldes do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula 10 deste STF[104], pelo que não há falar em inobservância à compreensão assentada por esta Suprema Corte na ADC 16/DF.

Não há igualmente ofensa ao art. 37, § 6º, da Lei Fundamental.

O **acórdão recorrido** encontra-se ancorado essencialmente em três **premissas** : ***i***) O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16-DF, considerou contrário à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho[105], "vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuísse, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação, em relação aos empregados deste último fornecidos ao ente público" (fls. 13-14); ***ii***) O STF, no referido julgamento, reputou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, de modo a "vedar, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de

---

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

104 Alegada a violação do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, na primeira parte do item 4.1 e no item 4.2 do RE, intitulados, respectivamente: "Fato, superveniente: do julgamento da ADC 16 pelo STF - declaração de constitucionalidade do art. 71. § lº, da lei 8.666/93. Do necessário cumprimento da decisão do excelso Pretório - CR, art. 102, §2º" e "Da violação ao art. 102, § 2º, da CR sob o prisma do art. 97, c/c súmula vinculante 10, do STF".

105 Consoante o Relator do acórdão recorrido, a jurisprudência consolidada no item IV da Súmula nº 331 do TST consagrou o entendimento de que "a responsabilidade subsidiária existirá quando houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que o ente público tenha participado da relação processual e, em consequência, tenha sido incluído no título executivo judicial".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação" e ***iii***) Ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades meio da Administração Pública, esta Corte também expressou entendimento de que o reconhecimento da constitucionalidade daquele dispositivo de lei "não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal que, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública, quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução daquele contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento daquelas obrigações trabalhistas" (fl. 14), restando, por conseguinte, mantida "a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com *culpa in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado".

O **Tribunal Superior do Trabalho**, como visto, considerando a inviabilidade – por força da decisão proferida na ADC 16 – de atribuição à Administração Pública contratante, de forma automática e absoluta, de responsabilidade subsidiária pelo mero inadimplemento de obrigações trabalhistas devidas pelo contratado, nos moldes da redação antiga do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, **entendeu,** "nos termos da decisão do STF proferida na ADC Nº 16-DF", ser **possível a responsabilização do ente público "caso fique comprovado que agiu com *culpa in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal**", por incidência dos arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da Lei nº 8.666/93 e dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, bem como da Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) – consideradas suas alterações, notadamente a IN nº 03/2009 -,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

que impõem à Administração Pública, quando utilizada de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução do contrato administrativo de prestação de serviços.

A Corte trabalhista decidiu, portanto, na esteira da redação revisada do item IV da citada Súmula 331 do TST e do novo item V acrescido a essa Súmula, aprovados, ambos, em Sessão do Tribunal Pleno do TST de 24/5/2011.

A Administração Pública tem o dever de fiscalizar o desenvolvimento do contrato de prestação de serviços, a fim de evitar inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte da prestadora de serviços, e demais abusos, até pela possibilidade, aventada pela Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental, amiga da Corte, de tal inadimplemento ser desencadeado pela "falta de pagamento ou atrasos de pagamentos de faturas por parte dos órgãos públicos"[106]. Incumbe ao administrador público, em suma, agir de acordo com as diretrizes da boa-fé objetiva.

Apreciando o caso concreto, o Tribunal Superior do Trabalho compreendeu que a ausência, no acórdão regional, de "referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi*", é bastante, "por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*, o que é suficiente à manutenção da decisão mediante a qual condenado o ente público a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação" (fl. 28)

Em razão desse contexto afirmou que, **ainda que fosse afastada a responsabilidade objetiva da recorrente** (o primeiro dos dois fundamentos invocados pelo Tribunal Regional do Trabalho), **remanesceria sua responsabilidade subjetiva**, respaldada na existência

106 Peça 35 do processo digitalizado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

de culpa *in vigilando*, (o segundo fundamento do acórdão regional), em conformidade com a nova redação do item IV e com o teor do novo item V da Súmula 331 do TST.

Com efeito, a manutenção, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da responsabilidade imposta à Administração Pública, na hipótese, pautou-se na constatação de que o Tribunal Regional fundamentou a responsabilização do ente público também na sua responsabilidade subjetiva, "respaldada na existência de culpa *in vigilando* e *in eligendo*"[107], e não apenas na responsabilidade objetiva, tida expressamente como incabível, pelo TST, em reiterados trechos da decisão recorrida, ao entendimento, entre outros, de que esta Suprema Corte considerou, ao julgar a ADC 16, que "o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado pelo ente público não enseja a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária, sem que seja verificada a existência, em cada caso concreto, de quaisquer outros elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a existência de culpa específica e comprovada da Administração Pública" (fl. 14).

Calcada a condenação, no particular, não na responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas na constatação de que configurada, no caso em exame, a conduta omissiva da Administração Pública, hábil a caracterizar sua *culpa in vigilando*, tem-se como incólume o art. 37, § 6º, da Constituição Federal[108] e observada, por conseguinte, a decisão proferida na ADC 16 – reconhecida pela Recorrente como sendo "**em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes"**[109] –, a tornar inviável a configuração da indigitada afronta ao artigo 102, §

107 Referida a possibilidade de ocorrência de culpa in eligendo apenas "na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório" (fl. 14 do acórdão recorrido).

108 Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

109 Fl. 14 do acórdão recorrido, negrito no original.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

2º, da Lei Fundamental[110] também quanto a esse ponto da decisão.

De fato, confrontado o teor do acórdão recorrido com os fundamentos do acórdão prolatado ao julgamento da ADC 16/DF, vê-se que aquele não encerra desrespeito ao decidido nessa Ação, à medida que proibida, em tal julgamento, a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços, mas não vedada, em absoluto, a atribuição de responsabilidade subsidiária baseada na constatação de culpa do ente público, conforme pode ser verificado à leitura dos votos e debates ocorridos nessa assentada, referidos anteriormente.

A harmonia do entendimento adotado pelo TST com o perfilhado por esta Corte, ao julgamento da ADC 16, pode ser depreendida, ainda, dos seguintes trechos do acórdão recorrido, que bem demonstram o intuito daquele Tribunal de conformar sua jurisprudência ao decidido nessa Ação Declaratória:

> Como se sabe, há muito **a jurisprudência** consolidada **desta Corte, por meio do item IV de sua Súmula nº 331** (cuja redação atual resultou do que se decidiu na Sessão do Tribunal Pleno de 11/09/2000, por ocasião do julgamento unânime do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96), **consagrou o entendimento de que, apesar daquele artigo da Lei de Licitações ali expressamente citado, a responsabilidade subsidiária existirá quando houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que o ente público tenha participado da relação processual e, em consequência, tenha sido incluído no título executivo judicial.**
>
> **No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar,** em

110 Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (…..) **§ 2º -** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

sua sessão de 24/11/2010, **a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF**, **houve por bem**, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto), de **considerar constitucional o referido art. 71 da Lei nº 8.666/93, de modo a vedar, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra** pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação.

(….)

Da clareza desses fundamentos, pode-se concluir que **o Supremo Tribunal Federal,** ao julgar, em sua composição plenária, a ADC nº 16-DF, com um único voto vencido, realmente considerou constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e também **considerou contrário à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.**

(….)

Aplicando-se tudo o que ali ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito contra todos e eficácia vinculante a casos como este, é preciso, antes de mais nada, **a decisão condenatória** em que se atribui responsabilidade subsidiária ao ente público contratante pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empregadora - litisconsorte - **prescinde, para sua manutenção, da aplicação da antiga redação do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior, o que ora se afasta, em direto cumprimento do que foi decidido na ADC nº 16-DF**.

(….)

Tudo o até aqui afirmado, aliás, acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), **atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V** (….)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

Concluo, outrossim, pela incolumidade dos artigos 5°, II, e 37, *caput*, da Constituição da República - apontados como violados, ao argumento de que inserido, pelo TST, no item IV da sua Súmula 331, obrigação frontalmente contrária ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Conforme já gizado, a redação do item IV da Súmula 331/TST invocada pela União - como ensejadora da ofensa aos citados preceitos constitucionais - foi a editada pela Resolução nº 96, DJ 18, 19 e 20.09.2000, do TST, *verbis*:

> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Ocorre que a decisão recorrida, proferida em 11.4.2012, foi alicerçada no teor do item IV e do item V, da referida Súmula 331, aprovado pela Resolução nº 174, de 2011, tendo esse Verbete Sumular passado a estabelecer, em respeito justamente ao decidido por esta Suprema Corte, literalmente:

> 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

> 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.

A redação norteadora do *decisum* impugnado, como visto, não é aquela invocada nas razões recursais - anterior à Resolução nº 174, de 2011, e expressamente tida, por esta Suprema Corte, como contrária ao artigo 37, § 6º, da Lei Fundamental -, já tendo sido modificado pelo TST, quando julgado o agravo de instrumento interposto pela União neste processo, ao revés, o teor antecedente da sua Súmula 331, com vistas à conformação da compreensão do Judiciário trabalhista à decisão proferida na ADC 16-DF.

Efetivamente, o Ministro Relator do acórdão objeto do presente recurso extraordinário afirmou que "a decisão condenatória (…) prescinde, para sua manutenção, da aplicação da antiga redação do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior, o que ora se afasta, em direto cumprimento do que foi decidido na ADC nº 16-DF"[111]. Asseverou, em síntese, que a jurisprudência há muito consolidada no item IV da Súmula nº 331 do TST (redação de 11/09/2000) foi considerada contrária à Súmula Vinculante nº 10 deste STF e ao art. 97 da Constituição[112] , tendo essa jurisprudência sido revisitada, em 24.5.2011, para se tornar adequada àquela assentada por este STF ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF.

Apenas se houvesse o Tribunal Superior do Trabalho confirmado, ao julgar o AIRR-100700-72.2008.5.02.0373, a condenação do ente público com base na antiga redação do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior, ainda não amoldada ao decidido na ADC 16/DF, é que se

---

111 Fl. 15 do acórdão do TST,

112 Considerada contrariada a Súmula Vinculante nº 10 deste STF e afrontado o art. 97 da Constituição, por ter a Corte de origem afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 "com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

poderia concluir pela procedência do argumento recursal articulado em respaldo à alegação de violação dos artigos 5°, II, e 37, *caput*, da Constituição da República, qual seja, o de que "o TST dispôs de forma frontalmente contrária à Lei de Licitações, e, dessa maneira, criou obrigação não prevista em lei".

Não criada, nos itens IV e V da aludida Súmula 331, em que fundada a decisão recorrida – considerada a redação aprovada pela Res. 174/2011 –, obrigação contrária à Lei 8.666/93, considerados, ao contrário, os termos da ADC 16/DF, inviável concluir pela ofensa indicada no particular.

À análise, pois, do caso concreto, reputo intocados os preceitos constitucionais apontados pela Recorrente como violados e inexistente a indigitada declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, pelo que impositiva a manutenção da decisão recorrida.

Conclusão

Como mencionado ao início, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de descumprimento de dever legal – hipótese em exame – ocorre no campo da responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em que se impõe ao ente público tomador dos serviços a prova do cumprimento do seu dever, no caso, fiscalizatório.

Assim, não adimplidas, pela prestadora de serviços, as obrigações trabalhistas devidas aos seus empregados, caberia à Administração Pública, tomadora dos serviços, demonstrar, conforme lhe competia, que se desincumbira dos deveres impostos pela legislação, quanto ao acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, a fim de afastar sua culpa *in vigilando*.

Concluir pela irresponsabilidade estatal ou pela imposição do encargo probatório ao trabalhador, em hipóteses como a debatida, implicaria desconsideração do valor social do trabalho e dos princípios trabalhistas, que visam a assegurar o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade humana, em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

homenagem à nova ordem constitucional.

O mesmo Poder Público que exige dos empregadores privados, por meio das suas regras de caráter cogente, o cumprimento da totalidade do conjunto das obrigações trabalhistas deve se esmerar para que essas sejam honradas em relação àqueles que lhe prestam serviços.

Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva – seja pela tese da culpa presumida, alicerçada na doutrina de BANDEIRA DE MELLO, seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova –, imperativo concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações[113], é da Administração Pública que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados.

Proponho, então, que, **em repercussão geral**, **1)** seja reafirmada a tese de que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços e **2)** firmada, neste julgamento, a tese de que não fere o texto constitucional (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 37, § 6º) a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada – em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços – , observados os princípios disciplinadores do ônus da prova.

No caso concreto, tendo o Tribunal Superior do Trabalho, no acórdão recorrido, desprovido o agravo de instrumento da União[114] ao fundamento de que ausente, no acórdão do Tribunal Regional, referência ao fato de que "o ente público demandado praticou os atos de fiscalização

113 E, na esfera federal, decorrentes também de normas administrativas, tal como a IN 02/2008 do MPOG.

114 Mantida, assim, a decisão pela qual condenado o ente público tomador dos serviços a responder, de forma subsidiária, pelo objeto da condenação imposta.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi*", reputo intocados os artigos 5°, II, 37, *caput* e § 6º, e 102, § 2º, da Constituição da República e ausente a indigitada declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 pelo TST, pelo que nego provimento ao recurso extraordinário na parte em que conhecido.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580455.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, de modo especial saúdo a eminente Relatora, a Ministra Rosa Weber, e me permito registrar que, sobre esta matéria e neste Recurso Extraordinário nº 760.931, Sua Excelência apresentou um voto cuja substância, profundidade e fundamentação servem de exemplo da estruturação que alicerça o desate jurídico de matérias tão relevantes quanto a matéria que está vertida neste tema e que diz respeito à responsabilidade, se existente, tal como se colocou, da Administração Pública em face da execução de contratos de prestação de serviço. Portanto me permito enaltecer a eminente Ministra-Relatora e o voto que trouxe a este Colegiado e também asseverar, Senhor Presidente, que, após ter acompanhado a exposição feita, resumindo o voto, e depois meditando sobre o teor da formulação já escrita do voto, a intervenção que farei é relativamente sucinta, eis que a percepção a que cheguei, examinando essa matéria, corresponde em tudo às premissas e às conclusões de Sua Excelência.

Também, em meu modo de ver - e juntarei uma declaração por escrito -, neste tema, em que se coloca a debate a responsabilidade subsidiária da União pelo adimplemento de obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa contratada para prestar serviços, a responsabilidade se apresenta nos termos em que Sua Excelência a eminente Ministra-Relatora fez, recorrendo à hermenêutica na declaração que se hauriu deste Plenário na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, a propósito do art. 71 da Lei nº 8.666.

Estou aqui averbando então, Senhor Presidente, que a questão é bastante conhecida nesta Corte, especialmente em virtude das centenas de reclamações que ainda são ajuizadas sob a alegação de afronta à decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, que acabo de mencionar, Relator o eminente Ministro Cezar Peluso,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12719563.

julgamento neste Plenário em 9 de novembro de 2011.

O entendimento que prevaleceu nos inúmeros julgados monocráticos e colegiados sobre este tema é o de que se o ato impugnado reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, com base na análise das provas produzidas no curso do processo, afirmando expressamente a configuração de *culpa in vigilando* ou *in eligendo*, o ente público deverá ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da devedora principal.

É nesse quadro fático que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal entende não haver violação da autoridade da decisão proferida naquela ação declaratória de constitucionalidade nº 16 a qual declarou a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993, como também inexistir afronta à Súmula Vinculante nº 10, desta Corte, por estar configurada situação que exclui a incidência da referida norma.

Anoto que, no caso concreto, tal como muito bem e magistralmente expôs a eminente Ministra Rosa Weber, a decisão impugnada sobre este tema, que é a prova atinente à ausência do cumprimento do dever de fiscalização, a decisão impugnada expressamente consignou:

"À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta *culpa in vigilando*."

Continua a decisão impugnada:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12719563.

para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.

Esses são os dois trechos da decisão que foi esgrimida à saciedade pela ilustre Ministra-Relatora, e digo, então, já arrematando, a conclusão a que cheguei.

As razões do recurso extraordinário fundam-se na suscitada afronta aos artigos 5º, II, 37, *caput*, e 97 da Constituição Federal, bem como contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 deste Supremo Tribunal Federal, sustentando que o afastamento do comando expresso e inequívoco do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666, no sentido da impossibilidade de transferência de responsabilidade para a Administração Pública, contraria a própria jurisprudência da Corte firmada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e à luz do entendimento do voto de Sua Excelência, razão não assiste ao recorrente, e assim também entendo, Senhor Presidente.

Concluo, portanto, dizendo que as premissas estabelecidas no acórdão recorrido são inequívocas, no sentido de que houve omissão da Administração em fiscalizar o contrato entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados, de forma que não prosperam os argumentos do presente recurso ordinário.

Diante do exposto, entendo também e acompanho a eminente Relatora pela negativa do provimento do recurso extraordinário, assentando que, em face da configuração da *culpa in vigilando* e *in eligendo*, o ente público pode ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços por ele contratada.

É como voto, Senhor Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12719563.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de recurso extraordinário em que se discute a responsabilidade subsidiária da União pelo adimplemento de obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa contratada para lhes prestar serviços, em face do que dispõe o art. 71 da Lei 8.666/1993, declarado constitucional por esta Corte no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 (ADC 16, Relator Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 09.09.2011).

A questão é bastante conhecida desta Corte, especialmente em virtude das centenas de reclamações que ainda são ajuizadas, sob a alegação de afronta à decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16.

O entendimento que prevaleceu, nos inúmeros julgados monocráticos e colegiados sobre este tema, é o de que se o ato impugnado reconheceu a responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas, com base na análise das provas produzidas no curso do processo, afirmando expressamente a configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo,* o ente público deverá ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da devedora principal.

Nesse quadro fático-normativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende não haver violação da autoridade da decisão proferida na ADC 16, a qual declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, nem afronta à Súmula Vinculante 10 desta Corte, por estar configurada situação que exclui a incidência da referida norma.

No caso concreto sob análise, a decisão impugnada consignou expressamente:

> "(...) À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12899920.

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

As razões do recurso extraordinário fundam-se na afronta aos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 97 da Constituição Federal, bem como em contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF, sustentando que o afastamento do comando expresso e inequívoco do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, no sentido da impossibilidade de transferência de responsabilidade para a administração pública, contraria a própria jurisprudência da Corte firmada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16.

Razão não assiste ao Recorrente.

As premissas fáticas estabelecidas no acórdão recorrido são inequívocas no sentido de que houve omissão da Administração em fiscalizar o contrato entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados, de forma que não prosperam os argumentos do presente recurso extraordinário.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, para, na esteira proposta pela Ministra Relatora, firmar a tese de que: "Diante da configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo,* o ente público deverá ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços por ele contratada."

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12899920.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

EMENTA: DIREITO TRABALHISTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA CARACTERIZAR A CULPA *IN VIGILANDO* DO PODER PÚBLICO.

1. Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa *in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso.

2. Decisões que condenem subsidiariamente a Administração Pública em virtude do mero inadimplemento da empresa contratada, sem expor fatos e circunstâncias concretas que demonstrem a ocorrência de falha na fiscalização pelo ente público (culpa *in vigilando*), violam a decisão proferida na ADC 16. Precedentes: Rcl 20.701, Rcl 20.933, Rcl 21.284, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

3. O dever da Administração Pública de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

fiscalizar a execução contratual dos terceirizados constitui obrigação de meio e não de resultado. A fiscalização pode dar-se por amostragem, tal como estruturada pelo ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo. O apoio de órgão técnico na estruturação da fiscalização por amostragem implica presunção *juris tantum* de razoabilidade da sistemática adotada. Juízo de discricionariedade técnica que impõe autocontenção judicial.

4. A Administração deve ser cientificada pelas Superintendências Regionais do Trabalho, pelo Ministério Público do Trabalho e pelos demais órgãos públicos competentes, em caso de verificação de irregularidades praticadas por seus terceirizados que possam implicar sua responsabilização. A mesma providência poderá ser adotada pelos sindicatos ou pelos trabalhadores diretamente, desde que se desincumbam minimamente do ônus de indicar, de forma específica (não genérica), as eventuais irregularidades perpetradas.

5. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser adotadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor da remuneração da contratada.

6. Recurso a que se nega provimento, pela não comprovação, pelo Poder Público, da realização de fiscalização e, portanto, em razão da não demonstração pela recorrente da inocorrência de *culpa in vigilando*.

7. Tese: "1 – Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa *in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso. 2 – Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização. 3 – O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade. 4 – Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

> devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5 – Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas".

I. O CASO DE ORIGEM – RE 760931

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que a condenou ao pagamento de obrigações trabalhistas devidas à recorrida. O caso de origem envolve situação de *terceirização*, em que a União contratou uma empresa para prestar-lhe serviços, e esta, por sua vez, alocou uma série de profissionais, com quem mantinha vínculo empregatício, para atender à demanda do ente federal. Uma dessas profissionais não foi paga corretamente e, em razão do inadimplemento cometido por seu empregador, postulou da própria União a quitação dos valores devidos.

2. No acórdão recorrido, o TST sustenta que: (i) de acordo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

com o que restou decidido pelo STF na ADC 16, ao apreciar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa fornecedora de mão-de-obra não acarreta a responsabilidade automática desta última; (ii) é possível, contudo, a responsabilização do Poder Público, se constatado o descumprimento culposo de seu dever fiscalizatório sobre a empresa contratada, que caracterizaria *culpa in vigilando*. O acórdão afirma, ainda, que (iii) compete ao Poder Público o ônus de comprovar que promoveu a adequada fiscalização, quer em razão da inversão do ônus da prova que milita em favor do empregado hipossuficiente, quer por se tratar de prova de difícil produção por parte deste; e que (iv) o exercício adequado do poder-dever de fiscalização por parte do Poder Público pressupõe a plena, rigorosa e detalhada fiscalização da execução do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo terceirizado, nos termos da Lei 8.666/1993, das Instruções Normativas nº 02/2008 e 03/2009 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e das demais normas aplicáveis. Confira-se a ementa do acórdão do recorrido:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2o, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade no 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1o, da Lei de Licitações (Lei no 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4o da Lei no 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1o, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1o, 77 e 78 da mesma Lei no 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafoúnico do art. 8o da CLT), não se possa **identificar a presença de *culpa in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa no 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa no 03/2009**. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC no 16-DF e da própria Súmula Vinculante no 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem matéria, que se reconheça a responsabilidade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "SÚMULA No 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...). IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da AdministraçãoPública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei no 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". **Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *ônus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando***, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

> da condenação. Agravo de instrumento desprovido. (TST, Segunda Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Primeira, j. 11.04.2012, grifou-se).

3. Contra essa decisão a União interpôs recurso extraordinário, em que afirma que a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho condenou o ente público invocando, para tal, a sua responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, §6º, CF, e que o TST, ao manter tal condenação, o teria feito com base no mesmo fundamento. No recurso extraordinário da União não se afirma ter havido efetiva fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas tampouco se debate sobre os parâmetros a serem observados em tais casos para a realização de uma fiscalização adequada. O extraordinário simplesmente passa ao largo desta discussão, sustentando apenas que a responsabilidade do ente estatal não é objetiva e automática. Na própria contestação, a União limita-se a defender que não houve culpa *in vigilando* porque não existiria norma que a obrigasse a fiscalizar suas contratadas.

4. Reconheceu-se repercussão geral ao recurso, com base em tese assim ementada:

> "RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. SÚMULA Nº 331 DO TST. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. ADC Nº 16/DF. CF/88, ARTS. 5º, II; 37, §6º; E 97.
>
> Saber se a Administração Pública responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço."

5. O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso extraordinário em manifestação bastante sucinta, em que afirma que a decisão proferida na ADC 16 reconheceu a constitucionalidade do art. 71,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

§ 1º, da Lei n. 8.666/1993 e, portanto, afastou a possibilidade de automática responsabilização subsidiária da Administração Pública.

6. O caso coloca, contudo, debate mais amplo. Sua decisão impõe que se respondam as seguintes questões: (i) Qual é a natureza da responsabilidade do Poder Público: a mera inadimplência das obrigações trabalhistas por parte da contratada enseja a responsabilidade da Administração Pública ou é necessária a comprovação de *culpa in vigilando*? (ii) A depender da resposta anterior, qual é a abrangência da fiscalização a ser efetivada pelo Poder Público para evitar a configuração de *culpa in vigilando* e, portanto, a responsabilização da Administração? (ii) Em caso de constatação de infração a obrigações trabalhistas, no âmbito da fiscalização promovida pela Administração, quais medidas devem ser tomadas a fim de evitar a alegação de omissão por parte do ente público? (iii) A quem cabe o ônus de provar a (in)ocorrência de *culpa in vigilando*? É o que se passa a examinar.

II. A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA POR *CULPA IN VIGILANDO* CONFIGURADORA DE OBRIGAÇÃO DE MEIO

7. No que respeita à possibilidade de responsabilizar a Administração Pública pelo descumprimento de obrigações trabalhistas perpetrado por empresas contratadas, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê, textualmente, que o inadimplemento de tais obrigações pelo contratado *"não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento"*. Confira-se o teor do dispositivo:

> "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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

> **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 (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)." (Grifou-se).

8. A constitucionalidade do referido dispositivo foi, por sua vez, objeto da ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da norma, assentando que, de fato, o Poder Público não pode ser responsabilizado automaticamente pelo inadimplemento da empresa contratada. Veja-se o teor da ementa do acórdão:

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

9. Todavia, durante os debates, o relator da ação, o Min. Cezar Peluso, ressalvou que o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo *"não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contrato, não gere responsabilidade"*. Em sentido semelhante, o Ministro Gilmar Mendes observou a necessidade de fiscalização por parte da Administração, eventualmente através de órgãos de controle, ao menos quanto ao pagamento de verbas elementares, como seria o caso de pagamento de salário, recolhimento de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

contribuições previdenciárias e FGTS.

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

10. A partir de tal acórdão e dos debates nele consignados, consolidou-se o entendimento de que o Poder Público não tem responsabilidade subsidiária automática em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, mas que tal responsabilidade pode, contudo, se configurar, caso demonstrada a omissão da Administração na fiscalização do cumprimento das referidas obrigações pela empresa, o que configuraria *culpa in vigilando*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

11. Na prática, contudo, diversas reclamações ajuizadas perante esta Corte indicam que, diante da decisão proferida nos autos da ADC 16, parte importante dos órgãos da Justiça do Trabalho apenas alterou a fundamentação das suas decisões, mas manteve a postura de condenar automaticamente o Poder Público. Tais decisões invocam o acórdão proferido na ADC 16 para afirmar que a responsabilidade da Administração não é automática, mas condenam o ente público por culpa *in vigilando* sem sequer aferirem, em concreto, se a Administração praticou ou não atos fiscalizatórios. A alusão genérica à culpa *in vigilando*, em tais termos, constitui mero recurso retórico por meio do qual, na prática, se continuou a condenar automaticamente a Administração. Nesse sentido: Rcl 20.701, Rcl 20.933, Rcl 21.284, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

12. Em outros casos, a Administração Pública é responsabilizada automaticamente, sempre que há inadimplência de obrigações trabalhistas pelas contratadas, a pretexto de que, havendo inadimplência, ou o Poder Público não fiscalizou a contento ou, tendo fiscalizado e tomado ciência da ocorrência de infração à legislação trabalhista, não tomou as providências necessárias a impor a correção, de modo que haveria culpa in vigilando. Em todas essas hipóteses, há evidente violação ao precedente proferido na ADC 16.

13. Como fica claro a partir da leitura do acórdão proferido na ADC 16, **a obrigação da Administração Pública de fiscalizar as empresas contratadas é uma obrigação de meio e não de resultado**. A Administração está obrigada a acompanhar adequadamente a execução do contrato pela contratada, o que inclui o adimplemento das obrigações trabalhistas. Não se pode imputar ao Poder Público, contudo, o ônus de impedir a ocorrência de qualquer irregularidade, como se fosse ele próprio o empregador e executor do contrato. Essa interpretação implicaria justamente na responsabilidade automática da Administração

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

por dívidas trabalhistas das contratadas, em contrariedade ao teor expresso do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, entendimento que o próprio Supremo Tribunal Federal já rejeitou. Aliás, no extremo, esse tipo de leitura levaria à responsabilidade de todo e qualquer órgão competente para a fiscalização das relações de trabalho porque supostamente deveria fiscalizar e, portanto, evitar qualquer irregularidade. Estenderia, assim, ao Ministério Público do Trabalho e às Superintendências Regionais do Trabalho igual responsabilidade pelo inadimplemento.

14. Conclui-se, assim, que só haverá culpa *in vigilando* e, por conseguinte, responsabilidade da Administração, se esta for omissa na fiscalização adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada. A questão que se segue é, portanto, qual é a abrangência da fiscalização a ser efetivada pelo Poder Público para evitar a configuração de *culpa in vigilando*.

III. A ABRANGÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO A SER EFETIVADA PELO PODER PÚBLICO PARA EVITAR A CONFIGURAÇÃO DE *CULPA IN VIGILANDO*: LEGITIMIDADE DA FISCALIZAÇÃO POR AMOSTRAGEM

15. A Administração Pública rege-se, entre outros, pelos princípios da eficiência (CF/88, art. 37) e da proporcionalidade (CF/88, art. 5º, LIV). Um desempenho eficiente de suas atribuições significa a obtenção do melhor resultado e, portanto, da maior utilidade buscada pela atuação administrativa, com o menor conjunto de recursos[1]. Na mesma linha, com base na proporcionalidade, o administrador busca produzir decisões: (i) adequadas à consecução dos fins a que se destinam; (ii) necessárias, por constituírem as providências menos onerosas à consecução dos objetivos propostos; e (iii) proporcionais em sentido estrito, porque guardam uma relação adequada entre os custos incorridos e os benefícios gerados pela medida[2].

16. A terceirização de serviços na Administração Pública

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

justifica-se, à luz de tais princípios, por dois fundamentos: (i) terceirizar atividades-meio permite que a Administração Pública concentre recursos, pessoal, tempo e energia em suas atividades-fins; (ii) permite que contrate prestadores de serviço especializados nas atividades-meio, tendentes, por isso, a prestá-las com maior eficiência e a menor custo. A título de ilustração, vale ter em conta a contratação terceirizada de serviços de vigilância e/ou de tecnologia da informação pelo Poder Público. É provável que a contratada disponha de maior *know how* e que preste tais serviços com maior eficácia. A terceirização idealmente resulta, portanto, para a Administração, em redução de custo, aumento da eficácia das atividades-meio prestadas pelo terceirizado e, portanto, aumento do desempenho na atividade-fim desenvolvida diretamente pelo Poder Público.

17. Ocorre justamente que exigir que a Administração Pública fiscalize 100% de todas as obrigações trabalhistas significa, em termos práticos, reproduzir internamente, na estrutura do Estado, toda a infraestrutura de pessoal, de material, de contabilidade, de recursos humanos e, portanto, todos os custos já embutidos na remuneração paga pela Administração à contratada. Se interpretada em tais termos a obrigação da Administração de fiscalizar, a opção pela terceirização deixará provavelmente de ser uma escolha racional na grande maioria dos casos, implicando em maiores custos, ônus e/ou riscos para a Administração. Em tais condições, a obrigação de fiscalizar com tamanha abrangência implica em, por via transversa, criar entraves à própria terceirização, um fenômeno já consolidado globalmente.

18. As IN nº 02/2008 e 03/2009 do MPOG, de modo geral, não definem expressamente o alcance que deve ser dado à fiscalização, ou seja, se esta deve se estender à integralidade das obrigações trabalhistas de cada contrato. O texto e a sistemática da IN nº 02/2008 levam a crer, contudo, em virtude da sua abrangência e da amplitude de seus termos, que, de modo geral, a integralidade das obrigações trabalhistas de todos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

os contratos devem ser fiscalizadas. É importante observar, todavia, que fogem a essa regra, os itens 1.2., 3 e 5 do Anexo IV, com redação conferida pela IN nº 6, de 23.12.2013, que prevêem, respectivamente, a fiscalização das anotações de CTPS, do cumprimento de jornadas de trabalho e de recolhimentos de contribuições previdenciárias e de FGTS por amostragem. Portanto, embora as instruções não definam a questão, pesam em prol de uma fiscalização integral quando não ressalvada expressamente a possibilidade de fiscalização por amostragem.

19. É importante ter em conta, ademais, que as referidas instruções MPOG – que determinam uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa dos terceirizados – foram provavelmente produzidas como resposta à sistemática condenação do Poder Público pela Justiça do Trabalho, independentemente da fiscalização exercida ou das medidas tomadas junto às empresas contratadas, quando constatado o inadimplemento. São normas defensivas, muito extensas, eventualmente de difícil compreensão ou execução, que prevêem uma fiscalização abrangente não porque se julga esta a providência mais adequada, mas sim para proteger a Administração, diante das decisões judiciais proferidas em seu desfavor. Levam em conta, ademais, a realidade de pessoal técnico e de recursos da União. Por isso, as instruções normativas do MPOG podem se configurar excessivas e não constituir um bom parâmetro a ser seguido para definir o que é uma fiscalização adequada por parte do Poder Público de qualquer nível da federação, apta a cumprir a afastar a configuração de culpa *in vigilando* e, ao mesmo tempo, não onerar excessivamente a opção por terceirizar um serviço.

20. De fato, estudo desenvolvido pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) sobre o tema, consubstanciado na NOTA AA/DEJUR Nº 54, AA/DELIC Nº 19 E AA/DEPAD Nº 01, de 19.04.2013, produzida pelo Grupo de Trabalho sobre Contratações com Considerável Risco Trabalhista Associado, chega a assertivas muito semelhantes àquelas acima (embora valha ressalvar que posteriormente ao estudo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

novas instruções normativas tenham produzido algumas modificações na redação original das instruções normativas do Ministério do Planejamento). De todo modo, o estudo em questão defende a adoção da sistemática de fiscalização por amostragem pelo Banco, a despeito do quanto previsto nas Instruções Normativas do MPOG (mais restritivas então), com base nos argumentos parcialmente transcritos abaixo:

> "[...]. Com e efeito, a fiscalização integral praticamente **transforma os gestores administrativos dos contratos e a equipe que os auxilia em departamento de recursos humanos das empresas contratadas, com a responsabilidade por checar cada pagamento, de cada prestação trabalhista devida aos trabalhadores alocados na execução do ajuste público**.
>
> Esse problema tende a se agravar com a expansão do fenômeno da terceirização no Poder Público, no rastro da substituição do perfil administrativo-burocrático de trato da coisa pública pelo administrativo-gerencial, focado nos resultados. Vale destacar, inclusive, **o contrassenso de se expandir ou intensificar o emprego da terceirização, com o intuito de tornar mais eficiente a atuação administrativa, e atrelar a tal instrumento um ônus tão pesado de acompanhamento contratual**. [...]".
>
> .....
>
> **A confiabilidade da avaliação amostral de dados é evidenciada pela sua ampla adoção pelo Poder Público, exemplificada por: auditorias realizadas por órgãos de controle**; inspeções feitas pelo Ministério do Trabalho para combate a irregularidades na área; cálculo dos índices de reajuste de preços, voltados à medição da inflação no país; e apuração de variados indicadores econômicos e sociais divulgados regularmente pelo IBGE e que pautam as mais variadas políticas públicas e influenciam, fortemente, o setor privado. [...].
>
> .....

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

Perceba-se que a fiscalização contratual examinada pelo TCU no aludido acórdão, além de dizer respeito ao cumprimento da obrigação principal avençada, tinha impacto direto sobre a remuneração que seria paga pela Administração e, portanto, se exercida de maneira equivocada, acarretaria, mais do que risco, efetivo dano ao erário – afinal, seria pago valor a maior à contratada. **Ainda assim, nesse cenário em que o rigor fiscalizatório teria tudo para ser o mais intenso possível, o TCU chancelou um controle não integral dos dados, denotando a eficiência e razoabilidade da sistemática amostral**, desde que, evidentemente, amparada em sérios parâmetros estatísticos, e não na mera causalidade.

Atestada, portanto, a confiabilidade dos dados que podem ser obtidos por uma fiscalização contratual por amostragem, resta enfraquecida a suposta vantagem que o modelo de controle integral das obrigações trabalhistas apresentaria. Atrelando-se a isso o seu inegável custo operacional elevado, pode-se afirmar que, em uma comparação focada na eficiência administrativa, o modelo integral tende a ser sobrepujado pelo baseado em amostragem, o que daria suporte a eventual decisão do BNDES de adotar este último.

Com esteio em tal premissa, foi esboçada, no Anexo 05 desta Nota, uma metodologia de controle e acompanhamento dos contratos que tenham emprego, exclusivo ou não, de mão de obra celetista em que, quanto maior o risco a eles associado, maior seria o percentual de obrigações trabalhistas fiscalizadas. Assim, **contratos classificados como de risco baixo ou médio-baixo teriam as obrigações correspondentes a 20% dos trabalhadores envolvidos analisadas mensalmente; ao passo que, nos contratos de risco médio-alto, esse percentual subiria para 30%; e nos de nível alto, atingiria 40%**.

O trabalho técnico elaborado pelo AA/DEPAD no referido

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

> Anexo é fruto de uma minuciosa pesquisa e avaliação dos contratos de risco já celebrados pelo BNDES, bem como das ações já propostas em face do Banco em decorrência desses ajustes. A partir desses elementos é que se fixaram os percentuais de acompanhamento contratual mencionados acima. Primeiramente, **apurou-se que, para os contratos em que houve maior número de incidentes contratuais relacionados ao cumprimento das obrigações trabalhistas correlatas, o exame mensal aleatório de 30% dessas obrigações já seria suficiente para identificar, com 95% de segurança, o problema. Em outras palavras, o que se verificou foi que, nos contratos que mais geraram transtornos ao BNDES, em virtude do inadimplemento de obrigações acessórias pelas empresas contratadas, de cada 10 grupos de dados recebidos sobre o ajuste (contracheques, recibos de pagamentos etc), a análise aleatória de 3 deles seria bastante para a detecção, com 95% de segurança, de falhas ou descumprimentos por parte da contratada**." (Nota do BNDES, p. 44, 46 e 49, grifou-se).

21. Na mesma linha, o Manual de Gestão de Contratos do STJ prevê a realização de fiscalização aleatória e por amostragem, muito embora recomende percentuais inferiores àqueles aplicados pelo BNDES e adote, aparentemente, uma sistemática diferenciada. Veja-se trecho pertinente do manual[3]:

> "Desse modo, **a verificação do cumprimento da obrigação se faz aleatoriamente e por amostragem. Esse sistema é tão eficaz quanto o sistema exaustivo e desonera o gestor das tarefas que não se associam diretamente ao objeto do contrato**. Assim, por exemplo, o gestor:
>
> - solicitará, em um mês, **5% (cinco por cento) das carteiras de trabalho**, para verificação do gestor de contrato;
>
> - entrevistará, na presença de colega, 1% **(um por cento) dos empregados para verificar se estão recebendo férias, horas-extras e outros direitos trabalhistas**, cientificando o gestor do resultado do trabalho;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

- verificará **2% (dois por cento) dos nomes da guia de recolhimento da previdência social e 2% (dois por cento) da relação dos nomes na guia de recolhimento do FGTS**;

- em um dia e horário qualquer, após questionar o preposto sobre a presença de todos os empregados e solicitar a relação daqueles que faltaram ao serviço, deverá determinar a apresentação de todos os empregados, no prazo de 15 (quinze) minutos para verificação da frequência.

Se o preposto tiver faltado com a verdade, punirá severamente a empresa, além de glosar a fatura e aplicar a penalidade de advertência; na segunda vez que ocorrer procedimento desleal, pedirá a troca do preposto, aplicará multa à empresa e glosará da fatura e assim com mais rigor até que o processo educativo atinja sua finalidade. Passará, se necessário, a fazer a verificação com mais frequência, somente retornando à verificação por amostragem após ser restabelecida a confiabilidade das relações.

Método alternativo poderá ser adotado por amostragem com o auxílio do serviço de segurança do Tribunal e do controle de frequência que possuem;

- considerando que a expectativa é que os empregados sejam mantidos por 60 (sessenta) meses, é recomendável que o gestor do contrato providencie, junto à área de Recursos Humanos, um treinamento de ambientação a ser ministrado aos empregados, supervisores e prepostos do contratado, iniciantes do contrato, esclarecendo-lhes e os orientando sobre:

• controle de frequência;

• direitos que o Tribunal assegurou no contrato ao contratado e que se transferem aos empregados (salário mínimo, salário normativo, vale-transporte e, se for o caso, previstos em acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho);

• quem pode dar ordens aos empregados;

• conduta disciplinar e ética no âmbito do Tribunal;

• tratamento com respeito e urbanidade aos servidores e público em geral;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

• vedações à comercialização de produtos, como perfumes, maquiagem, joias, bijuterias, serviços etc.;

• vedação a comportamentos inadequados ao decoro do serviço público e à Justiça;

• uso de uniforme, crachá, equipamento de proteção individual." (Grifou-se).

22. Há, ainda, acórdãos do TCU que parecem endossar a ideia de fiscalização por amostragem, ao implicitamente recusarem a fiscalização integral do cumprimento de todas as obrigações (sobretudo fiscais) pelas contratadas. A título de exemplo, o Acórdão 1770/2013 pondera que não é razoável pretender que se verifique a preservação das condições de contratação (entre as quais, teoricamente, a inexistência de débitos fiscais e trabalhistas) a cada pagamento, afirmando que se deve "*conferir ao gestor, dentro de seu poder discricionário*" autonomia para o exercício de tal fiscalização. Já o acórdão 3527/2016 alude à necessidade de realização de fiscalização sobre a regularidade fiscal das empresas que titulem contratos de execução contínua, afirmando que tal fiscalização deve ter uma "*frequência definida suficiente ao cumprimento da obrigação legal*".

23. Nota-se, portanto, que há diversos tipos de fiscalização por amostragem[4] e que a sua estruturação depende das circunstâncias do ente público envolvido, dos recursos disponíveis, de pessoal técnico qualificado - **o que não se pode exigir, de forma homogênea, tanto para a União quanto para qualquer município da federação**. Os contornos da fiscalização por amostragem dependem, ainda, da natureza, complexidade, quantidade e nível de risco dos contratos de terceirização. Assim, **em respeito ao princípio federativo e à autonomia dos diferentes entes e entidades que integram a Administração, cada qual deve estruturar, em seu âmbito, sua própria modalidade de fiscalização por amostragem, com suporte técnico de seu órgão de controle externo**. **A estruturação da fiscalização em tais termos, com o apoio de órgão de controle externo, firma-se em critério de discricionariedade técnica por**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

parte do administrador e produz presunção *juris tantum* de razoabilidade quanto aos critérios adotados à luz das possibilidades do ente[5].

24. É que decisões tomadas com base em critério de discricionariedade técnica firmam-se em um juízo de expertise para o qual estão especialmente habilitados o administrador e o órgão técnico que o assessora. Nessas condições, presume-se que tais autoridades têm capacidades institucionais e habilitação mais adequadas para determinadas escolhas, o que recomenda uma atitude de deferência dos demais órgãos, inclusive do próprio Judiciário, a tais escolhas[6]. Esse é o raciocínio empregado para impor maior autocontenção judicial no exame de normas produzidas por agências reguladoras em questões que envolvem expertise técnica na regulação de petróleo, energia elétrica e telecomunicações. A mesma lógica deve ser aplicada à estruturação da fiscalização por amostragem elaborada pelo ente com o suporte de seu órgão de controle externo. Assim, a escolha da modalidade de fiscalização deve se sujeitar a um controle judicial mais brando.

25. Uma vez efetuada a fiscalização por amostragem, nos termos aqui propostos, não é possível afirmar que o Poder Público se omitiu no seu dever de fiscalizar. Vale anotar, contudo, que, diferentemente do que pode parecer, **essa assertiva e, ainda, as providências propostas no próximo item são protetivas dos interesses dos trabalhadores (e não o contrário) porque fixam critérios objetivos de fiscalização e medidas aptas a sanar o inadimplemento trabalhista pelas contratadas, favorecendo os interesses dos empregados.**

III. MEDIDAS A SEREM TOMADAS EM CASO DE CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES: NOTIFICAÇÃO À CONTRATADA, AO MINISTÉRIO DO TRABALHO E PAGAMENTO EM JUÍZO

26. Não basta, contudo, para afastar a responsabilidade do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

Poder Público, a realização de fiscalização nos termos acima. Uma vez constatadas as irregularidades, compete-lhe, ainda, agir para sanar tais irregularidades. O mesmo dever de agir do Poder Público estará presente, igualmente, nos seguintes casos: (i) notificação da ocorrência de irregularidades pelas Superintendências Regionais do Trabalho (antigas Delegacias Regionais do Trabalho), que têm dever de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas; (ii) notificação da ocorrência de irregularidades pelo Ministério Público do Trabalho; (iii) notificação (não genérica) pelos sindicatos ou manifestação pelos próprios trabalhadores nesse sentido, desde que especificada com precisão a irregularidade praticada.

27. Nesses casos, o Poder Público deve adotar as seguintes providências mínimas, a fim de afastar a sua responsabilidade por omissão: (i) a notificar a empresa, assinando-lhe prazo para corrigir a irregularidade detectada; (ii) se não corrigida a irregularidade, ajuizar ação voltada à liquidação e efetivação do pagamento em juízo dos valores inadimplidos.

28. Não se desconhece a existência de jurisprudência consolidada no STJ, no sentido da impossibilidade de retenção de valores pela Administração Pública, quando o serviço foi efetivamente prestado pela contratada. O STJ tem entendido que, nestes casos, a retenção dos pagamentos e a concomitante exigência da continuidade da prestação do serviço pela contratada configuraria enriquecimento sem causa do Poder Público e prejuízo econômico ou financeiro para a contratada, que poderia inclusive comprometer seu funcionamento. Nesse sentido: AgRg no Ag em Resp 67.265, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 20.08.2015; AgRg no Ag em Resp 561.262, rel. Min. Sérgio Kukina; Resp 633.432, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.02.2005.

29. Por outro lado, constatou-se a existência de jurisprudência do TST afastando a responsabilidade subsidiária quando o Poder Público

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

efetua a retenção de valores devidos e/ou condenando o ente público em responsabilidade subsidiária, quando não procede ele à retenção dos valores inadimplidos. Nesse último sentido, há, inclusive, acórdão de relatoria da própria Ministra Rosa Weber (TST-AIRR-16240-77.2005.5.17, j. 18.12.2007). Nessa linha ainda: TST-RR 1284-38.2013.504, rel. Min. Maria Helena Mallmann, j. 07.12.2016[7]; TST-AIRR-1811-04.2012.5.19.0007, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 13.05.2015[8]; TST-AIRR-342-61.2010.5.10.0000, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 02.02.2011[9].

30. Parece-me, contudo, que o impasse, quanto ao tema pode ser razoavelmente solucionado com a adoção das seguintes providências: (i) o Poder Público deve arbitrar o valor devido pela contratada a título de obrigações trabalhistas e encargos; (ii) deve ajuizar ação, requerendo o depósito do valor arbitrado, solicitar perícia para liquidar com precisão o valor efetivamente devido pela contratada e efetuar complementação do depósito se for o caso; e, finalmente, (iii) abater as importâncias depositadas da remuneração a ser paga à contratada pelos serviços prestados.

31. Tais providências têm por base jurídica o princípio do **devido processo legal substantivo**, que impede a privação de bens e direitos à revelia da Constituição e das leis (CF/88, art. 5º, LIV); o **princípio geral de direito que assegura a exceção do contrato não cumprido** ao contratante de boa-fé, já que a contratada tem o dever, inclusive contratual, de cumprir as obrigações trabalhistas (Lei 8.666/1993, art. 71 [10]) e que, caso as descumpra, deve poder o contratante prejudicado, no caso, o Poder Público, tomar ao menos as medidas necessárias a prevenir-se de responsabilidades e a proteger o erário. Amparam-se também no **princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa**, já que, se, por um lado, o Poder Público estpa impedido de reter integralmente a parcela remuneratória devida à contratada, por outro lado, não pode a contratada se apropriar indevidamente de valores devidos aos trabalhadores e à seguridade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

social.

32. As medidas propostas amparam-se, ainda, no **direito de acesso ao Judiciário e na inafastabilidade da tutela jurisdicional**, que asseguram à Administração o direito de submeter eventuais lesões a tal poder, com o propósito de evitá-las ou minimizá-las (CF/88, art. 5º, XXXV). Têm, ainda, por base, **o princípio da dignidade humana, o valor social do trabalho e a extensão da tutela constitucionalmente conferida ao trabalhador**, que impõem a construção de mecanismos aptos a impedir que justamente aquele que é mais vulnerável seja onerado pela terceirização (CF/88, art. 1º, III e IV; e art. 7º). Amparam-se, por fim, na necessidade de harmonização de tais valores constitucionais com a utilização da terceirização, de forma racional, dada a relevância deste instrumento para a consecução da **eficiência administrativa**, princípio igualmente tutelado pela Constituição (CF/88, art. 37).

33. Tomadas as medidas de fiscalização por amostragem, de notificação para a correção de irregularidades e de depósito e pagamento em juízo, não será possível falar em responsabilidade por omissão do Poder Público, tampouco atribuir-lhe responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas.

34. Veja-se, mais uma vez que, como já observado**, a presente decisão, confere maior proteção ao trabalhador e não o contrário** (apesar de afastar a responsabilidade subsidiária nas condições em que especifica), já que determina o depósito em juízo dos valores que lhe são devidos como forma de assegurar seus direitos, providência que, quando adotada, tem levado o próprio TST a afastar a responsabilidade do Poder Público.

IV. ÔNUS DA PROVA: COMPETE AO PODER PÚBLICO COMPROVAR O EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO PARA AFASTAR A CULPA *IN VIGILANDO*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

35. Por fim, no que respeita ao ônus da prova, não há dúvida de que compete ao Poder Público o ônus de demonstrar que realizou fiscalização adequada e de que tomou as medidas indicadas para buscar sanar eventuais irregularidades trabalhistas, sob pena de configuração de *culpa in vigilando*. Não é razoável atribuir ao cidadão prova de fato negativo, ou seja, prova de não fiscalização. Esse tipo de exigência é ainda mais absurdo no caso dos trabalhadores, diante da sua manifesta hipossuficiência, ao passo que se trata de prova de considerável simplicidade para o Poder Público.

36. Quanto ao ponto, constata-se que a União não se desincumbiu de tal ônus no presente feito. O recurso extraordinário não traz uma única linha em que a União alegue que fiscalizou a empresa contratada e, em contestação, limitou-se ela a afirmar que não houve *culpa in vigilando* porque não existiria norma ou ato que a obrigasse a fiscalizar suas contratadas no que respeita ao cumprimento das obrigações trabalhistas quanto aos empregados das últimas.

V. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário, já que a União sequer afirma que houve fiscalização, cuja ausência implica culpa *in vigilando*, decorrente de omissão de seu dever de fiscalizar a contratada.

Fixo, ainda, a seguinte tese: "1. Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa *in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso. 2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização. 3. O dever de fiscalização

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade. 4. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5. Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas".

É como voto.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

NOTAS:

[1] De acordo com Cooter e Ulen: "Turning to the third fundamental concept, economists have several distinct definitions of *efficiency*. A production process is said to be productively efficient if either of two conditions holds: 1. It is not possible to produce the same amount of output using a lower-cost combination of inputs, or 2. It is not possible to produce more output using the same combination of inputs" (*Law and Economics*. 6. ed. Berkeley Law Books, 2016, p. 13. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 01 fev. 2017).

[2] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação das normas*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

constitucionais. São Paulo: Saraiva.

[3] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Manual de Gestão de Contratos do STJ. Colaboradores: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/issue/archivehttp://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/issue/archivehttp://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/issue/archivehttp://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/issue/archivehttp://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/issue/archivehttp://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/issue/archive>. Acesso em 01 fev. 2017, p. 112 e ss.

[4] O TCU dispõe de um Manual de Técnicas de Amostragem para Auditoria, que alude, a título ilustrativo, às amostragens aleatórias simples, estratificadas e por conglomerados. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/tecnicas_anop/AMOSTRAGEM.pdf. V., ainda, sobre os diferentes tipos de amostragem e sua aplicação em auditorias: CUNHA, Paulo Roberto da; BEUREN, Ilse Maria. Técnicas de amostragem utilizadas em empresas de auditoria independente localizadas em Santa Catarina. *Revista de Contabilidade Financeira*. USP, São Paulo, n. 40, p. 67–86, jan./abr. 2006.

[5] São providências que podem ser adotadas pelo Poder Público e que se prestam à comprovação da sua atuação: (i) a constituição formal de comissão de fiscalização com membros que integram a administração pública; (ii) a definição de procedimento para registro de ocorrências relacionadas à execução do contrato; (iii) a realização de inspeções periódicas; (iv) a abertura de processos administrativos para as faltas verificadas; (v) a notificação da contratada em caso de irregularidades, assinando prazo para a correção; (vi) demais medidas indicadas no capítulo seguinte. Nesse sentido: Decreto 45.600/2016 do Estado do Rio de Janeiro.

[6] SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

institutions. Social Science Research Network, [Rochester], July 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 02 fev. 2017.

[7] "Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, **reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas**. [...] Portanto, é clara a ilação de que, de fato, o tomador de serviços não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, **visto não ter promovido medidas preventivas** previstas na Lei 8.666/1993, a fim de evitar a lesão aos direitos do reclamante" (grifou-se).

[8] "E nenhuma destas ações [previstas na IN 2/2008], que evitariam os eventos danosos ao trabalhador que se seguiram, foi implementada pela segunda reclamada recorrente, **pois não se visualiza nos autos a retenção de pagamento à primeira reclamada quando esta começou a descumprir com suas obrigações contratuais**" (grifou-se).

[9] "Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços**, reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas. Não o fazendo assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão**" (grifou-se).

[10] Lei 8.666/1993: "Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957109.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Prezado Presidente, Ministro Dias Toffoli, também inicio cumprimentando a eminente Ministra Rosa Weber pelo alentado voto, erudito, um passeio pelos conceitos básicos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho envolvidos.

Tal como Sua Excelência, talvez até com um pouco menos de restrições, também eu acho que a terceirização é uma circunstância da vida moderna, da necessidade de especialização em muitas áreas, de uma certa mudança no modo de produção, e tendo a achar que ela é legítima à luz de valores como a livre iniciativa e a liberdade de contratar, o que, todavia, não nos dispensa das preocupações próprias com a proteção do trabalhador na dimensão própria e legítima ditada pela Constituição.

Eu concordo inteiramente com as duas conclusões enunciadas pela Ministra Rosa Weber, a saber, resumidamente. A primeira: não é possível transferir automaticamente para a Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada. Essa é a primeira tese da Ministra Rosa, com a qual eu estou totalmente de acordo. A segunda: a de que é possível responsabilizar a Administração Pública em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações.

Estou de acordo com as duas e estou de acordo também com uma terceira conclusão da Ministra Rosa Weber, que ela ensaia no voto e até enuncia, porém, um pouco em deferência ao Plenário, ela diz que vai aguardar as demais manifestações. Mas gostaria de adiantar, desde logo, que concordo com esta terceira tese, a de que cabe à Administração Pública comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, que também se extrai do voto de Sua Excelência.

Portanto, em linhas gerais, estou de acordo com o que conclui a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

Ministra Rosa Weber. Eu apenas, Presidente, rememoro muito brevemente a hipótese concreta e tenho algumas conclusões adicionais que gostaria de propor ao Plenário.

A hipótese - apenas para recapitular, porque o julgamento foi na semana passada - é um recurso extraordinário interposto pela União contra decisão do TST que a condenou ao pagamento de obrigações trabalhistas que eram originariamente devidas por uma empresa terceirizada. A decisão do Tribunal Superior do Trabalho assentou que cabe a responsabilização do Poder Público em caso de *culpa in vigilando*, isto é, de vício na fiscalização. E o TST, Presidente e eminentes Colegas, assentou também o seguinte:

O exercício adequado do poder-dever de fiscalização por parte do Poder Público pressupõe a plena, rigorosa e detalhada fiscalização da execução do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo terceirizado, nos termos da lei 8.666, das instruções normativas números tais e tais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No seu recurso extraordinário, a União Federal não afirma que tenha efetivamente fiscalizado, nem discute os critérios a serem observados nessa fiscalização - isso me chamou a atenção. A União discute a questão em tese, mas em nenhum momento ela diz que exerceu qualquer tipo de fiscalização sobre a empresa terceirizada, relativamente às obrigações trabalhistas.

Presidente, penso que a discussão aqui envolve a natureza da responsabilidade do Poder Público, como deve ser a fiscalização; constatada a existência de vício, como deve a Administração se comportar e a quem cabe o ônus de demonstrar a ocorrência de culpa.

A Ministra Rosa Weber, penso que enfrentou da forma que me parece correta os três itens que eu endossei. Não é possível transferir automaticamente a responsabilidade; se a União tiver agido com culpa, ela é responsável e ela é que tem que provar que fiscalizou.

Eu problematizo duas questões adicionais que, a meu ver, nós precisamos enfrentar em relação a esta matéria, inclusive para evitar a enxurrada de reclamações que temos recebido sobre o tema. Portanto,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

temos que definir: primeiro, o que é fiscalização adequada. Se o Supremo diz que, em caso de *culpa in vigilando*, cabe a responsabilização e se os tribunais inferiores estão divergindo sobre o que seja fiscalização adequada, temos o dever de explicitar o que nós consideramos a *culpa in vigilando*. Em segundo lugar, o Supremo precisa definir o que o Poder Público deve fazer se constatar que há algum tipo de irregularidade.

Veja, a Ministra Rosa Weber - com o endosso, penso, de todos - entendeu que, se houver vício na fiscalização, a União deve responder subsidiariamente. Mas isso não pode significar que a União ou o Poder Público seja responsável sempre que haja inadimplemento, porque se o Poder Público for responsabilizado sempre que haja algum tipo de inadimplemento de obrigação trabalhista, isto é a responsabilidade automática que nós descartamos na ADC nº 16. Portanto, o simples fato de haver o inadimplemento não é, em si, fundamento para a responsabilização da União.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite um aparte?

Quando essa discussão se iniciou neste Plenário, ao lado da *culpa in vigilando*, cogitou-se também da *culpa in eligendo*. Eu me recordo - eu tenho as notas da minha intervenção - que, na sessão em que se discutiu esse tema, eu disse não ser incomum, na experiência da administração pública brasileira, a constituição de empresas de fachada, que são criadas *ad hoc,* para fazer - e, na maior parte das vezes, deixam de fazer - determinada obra. Arrecadam o dinheiro público e desaparecem assim como os seus proprietários.

Eu penso que talvez nós enriqueceríamos essa nossa discussão se inseríssemos também, ao lado da *culpa in vigilando*, a *culpa in eligendo*. Porque é preciso constatar inicialmente, logo na licitação, se a empresa tem ou não, primeiro, condições técnicas de arcar com a obra e, segundo, condições financeiras para se responsabilizar pelos encargos trabalhistas e previdenciários.

É apenas uma manifestação *a latere*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

agradeço. Eu devo confessar a Vossa Excelência que eu não incluí essa reflexão no meu voto, mas estarei pronto a ouvir o de Vossa Excelência para refletir a respeito.

O que eu procurava demonstrar aqui é que a responsabilidade subsidiária não pode ser automática. É preciso que se demonstre essa *culpa in vigilando*.

Eu pedi para se tabular as reclamações que eu tenho no meu gabinete. Qual é o problema que nós temos enfrentado aqui? É que, em alguns casos, a Justiça do Trabalho fundamenta e demonstra efetivamente a existência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?

O que aconteceu após a decisão do Supremo na ação declaratória de constitucionalidade nº 16? De forma linear, a Justiça do Trabalho passou a consignar a culpa por falta de vigilância, como se a arregimentação da mão de obra, em si, ocorresse, diretamente, pelo Poder Público. Tivemos a vala comum, e houve o esvaziamento, sob a minha óptica, não só do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, como também o desrespeito, a mais não poder, do pronunciamento deste Tribunal.

É automática a atribuição de responsabilidade – contrariando-se o artigo 71, § 1°, da Lei de Licitações, no que derrogou o artigo 2° da Consolidação da Leis Trabalhistas – ao Poder Público. Esquecendo-se de que a escolha da empresa se dá mediante licitação, chegou-se ao ponto de assentar a culpa, considerada a escolha, como se fosse aleatória, como se fosse "a dedo".

De duas, uma: ou o ordenamento jurídico continua em vigor tal como proclamado pelo Supremo na ação declaratória de constitucionalidade nº 16, ou não continua e partimos para o faz de conta: faz de conta que houve decisão do Supremo placitando a Lei nº 8.666/1993. Mas, como o Poder Público devesse ter equipe própria dentro da empresa prestadora de serviço, atribuía-se a ele, invariavelmente, a responsabilidade, como passou a ocorrer – e isso é preciso ser dito – no âmbito da Justiça do Trabalho.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Muito obrigado, Ministro Marco Aurélio.

Então, Ministro Dias Toffoli, eminente Presidente em exercício, eu dizia que a responsabilização não pode ser automática. Assim, eu pedi para tabular as decisões que vêm da Justiça do Trabalho nessa matéria. Em alguns casos, a decisão se fundamenta na efetiva falha na fiscalização. E aí eu acho que não há nenhum problema em relação ao cumprimento da decisão na ADC 16. Porém, em muitos casos, como observou o Ministro Marco Aurélio, um tipo de decisão diz assim: se houve inadimplemento, é porque a fiscalização não foi adequada e, portanto, assume que, sempre que haja uma obrigação trabalhista inadimplida, há responsabilidade subsidiária. Eu acho que esse entendimento viola a decisão na ADC 16.

Em outros casos, o TST diz que, como a União ou o Poder Público não rescindiu o contrato diante da inadimplência, também considera que houve falha na fiscalização. Também existe esse tipo de decisão.

A terceira: se o Poder Público não reteve as verbas trabalhistas inadimplidas e, portanto, pagou à terceirizada quando existia dívida trabalhista, também, diz o TST com frequência, a responsabilidade é subsidiária. E muitas decisões, também aqui na linha do que diz o Ministro Marco Aurélio, falam genericamente que há culpa *in vigilando* da Administração, sem uma demonstração concreta de qual teria sido a falha na fiscalização.

Portanto, eu diria, é esta variedade de hipóteses que têm gerado a enxurrada de reclamações, algumas improcedentes e boa parte delas procedentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Essas últimas não conheço. O Tribunal tem refutado os pedidos de forma linear – fico vencido na Turma; tem refutado, pelo menos a Primeira Turma, os pleitos formalizados nas reclamações pelo Poder Público. E digo a Vossa Excelência, Ministro, isso precisa realmente ser escancarado. Hoje, a responsabilização é automática, a partir do inadimplemento quanto às obrigações trabalhistas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, Presidente, eu acho que, diante desta variedade de hipóteses, nós temos que dizer o que nós consideramos fiscalização adequada, o que nós consideramos culpa *in vigilando*. Por isso que eu fui um pouco além das conclusões da Ministra Rosa Weber, com as quais, repito, estou de acordo, para fazer uma reflexão sobre esse assunto: o que é fiscalização adequada.

A primeira coisa que eu acho importante dizer é que o Poder Público, ao fiscalizar, tem uma obrigação de meio - ele tem que fiscalizar -, mas não de resultado, a significar que ele seja responsável sempre que haja algum tipo de inadimplemento. Porque, se for assim, a responsabilização volta a ser automática, em violação ao decidido na ADC 16. Portanto, eu acho que é preciso dizer onde a Administração falhou na fiscalização. E aqui é que vem a dificuldade e, talvez, uma divergência de fundo com a prática do TST. É que o TST considera como fiscalização adequada aquela que se baseia em instruções normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. São instruções normativas que têm mais de 120 páginas, extremamente prolixas, extremamente complexas e, em alguns casos, como todo o respeito, um pouco confusas. Mas, na verdade, o que decorre das instruções do Ministério do Planejamento, como regra geral, é que o Poder Público tem o dever de fiscalizar 100% dos contratos trabalhistas da terceirizada. Ora, se o Poder Público tiver que fiscalizar 100% das obrigações da terceirizada, a terceirização simplesmente perde qualquer tipo de racionalidade econômica, porque paga-se e tem-se que montar uma estrutura para fazer a mesma coisa. Portanto, a exigência de fiscalização de 100% é, a meu ver, uma forma oblíqua de não aceitar a terceirização. E, portanto, eu acho que o cumprimento rigoroso das instruções... O que o Ministério do Planejamento fez? Como o Poder Público vinha sendo condenado reiteradamente pela Justiça do Trabalho, eles fizeram um manual exaustivo para evitar a condenação. Mas, ao evitar a condenação, mata o doente, porque não há a alternativa de utilizar o remédio da terceirização. Se e quando ela é cabível e legítima, nós vamos discutir em outro momento. Mas a terceirização, em si, é uma categoria admitida pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

direito vigente, e, portanto, qualquer solução que a inviabilize eu acho que é uma intervenção indevida na liberdade de contratar.

As instruções normativas do Ministério do Planejamento não preveem o que eu acho que é a única possibilidade legítima de fiscalização, que é a fiscalização por amostragem, em que o poder público tem o dever de verificar, dentro de uma amostra razoável, se os contratos estão ou não sendo cumpridos. O BNDES tem uma nota técnica em que explicita como faz a fiscalização por amostragem e afirma que ela produz 95% de acerto, ou seja, quando há algum problema da terceirizada no cumprimento das suas obrigações, fiscalizando um percentual que varia de acordo com a natureza do contrato, chegando até um teto de 30%, mas geralmente menos, por amostragem, você é capaz de detectar se há problemas. O Manual de Gestão e Contratos do STJ também prevê a fiscalização por amostragem.

Portanto, a primeira observação em matéria de fiscalização adequada que eu acho importante fazer é que a exigência de que se fiscalizem todos os contratos trabalhistas, todas as obrigações trabalhistas, não é razoável e acho que é perfeitamente legítimo que essa fiscalização seja feita por amostragem.

Sendo que órgão técnicos, como o Tribunal de Contas da União, o Tribunal de Contas do Estado e o Tribunal de Contas do Município podem – e em muitos casos já fizeram – fornecer elementos técnicos para você fazer a fiscalização por amostragem. E acho que se você, órgão público, poder público, segue normas técnicas proposta pelo órgão de controle, há uma presunção de legitimidade no que você esteja fazendo. Portanto, eu penso que a fiscalização adequada pode ser feita por amostragem e deve ser considerada razoável se seguir a orientação dos órgãos técnicos de controle. Portanto, essa é uma proposta a mais que eu estou fazendo às teses da Ministra Rosa Weber.

Por fim, e a última sugestão, quer dizer, a Administração tem o dever de fiscalizar, eu estou propondo que se admita a fiscalização por amostragens, mas, aí, o poder público detecta que há um problema, há uma inadimplência trabalhista, por exemplo, então acho que nós também

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

temos que, de certa forma, delinear qual é o tipo de comportamento legítimo que nós achamos que o poder público deve tomar nestas circunstâncias.

Eu acho que o primeiro é notificar a empresa terceirizada de que há uma inadimplência detectada e determinar que ela venha a sanar essa inadimplência. Acho que essa é a primeira consequência. Alguém dirá, e o TST diz isso, se não, deve, em alguns casos, rescindir o contrato. Mas isso não é simples assim. Às vezes, rescindir um contrato administrativo em vigor gera muitas consequências, desde a quebra de continuidade do serviço público até a necessidade de realização. Portanto, eu não acho que possa ser automática a exigência de rescisão.

Aí, detectado o inadimplemento e não sanado pela terceirizada, aí, eu estou me valendo de uma solução que a Ministra Rosa Weber adotou no Tribunal Superior do Trabalho, que é a possibilidade, talvez o dever do poder público, de, quantificado o valor do inadimplemento trabalhista, aquele valor ser depositado em juízo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Consignado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Consignado e descontado da remuneração da terceirizada. Com isso, você resguarda o direito do trabalhador sem impor a necessidade da rescisão do contrato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro, com muito prazer.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tenho a impressão de que - e isso já foi colocado -, a despeito da decisão tomada pelo Tribunal, subsiste uma confusão conceitual, em que, de fato, Vossa Excelência demonstrou bem, se não na teoria, na prática, admite-se que continue a haver uma responsabilidade objetiva do Estado. Portanto, se não houve o pagamento, o poder contratante tem de honrar e, me parece, em vários casos que temos recebido, talvez a maioria, seja a concepção reinante no TST.

Outras abordagens falam até expressamente de culpa presumida, o que, ao fim e ao cabo, na aplicação, resulta na mesma coisa, porque, com a interpretação que Vossa Excelência, inclusive, demonstrou, não se admite a contraprova por parte do ente público. Quando, me parece, nossa decisão leva a uma outra ideia que é responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova, que se reconhece. Aqui, cabe-nos, sem dúvida, e acho que Vossa Excelência faz muito bem, explicitar quais são esses deveres de fiscalização.

O ministro Lewandowski já colocou que, claro, a partir da própria contratação, logo que haja uma licitação com todos os rigores. Então, isso, me parece, é fundamental: que se cumpram as determinações legais. Esses deveres são deveres que têm de estar em lei, as próprias exigências da 8.666, porque, do contrário, na verdade, considerando o que estamos decidindo com efeito para o âmbito da União, mas também para o dos estados e municípios.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esse é um ponto, porque o Ministério do Planejamento, ao ditar as regras da terceirização, está pensando nele próprio, que tem diretores, controles. Agora, o município em condições mais precárias nem tem condições de fazer aquela fiscalização daquele modo. É isso mesmo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, me parece, é fundamental que se tenha presente que estamos falando, de fato, de responsabilidade subjetiva com a inversão do ônus da prova, quer dizer, cabe ao poder público contratante fazer a prova de que fez a fiscalização. Do contrário, resta completamente esvaziada a decisão tomada pelo Tribunal na ADC, que foi muito destratada. Lembro-me de que o saudoso colega e amigo, ministro Teori Zavascki, foi esculachado nas redes e nos artigos, dizendo que ele não tinha aptidão para julgar matéria de trabalho que, de resto, o Supremo não tem competência para meter-se em matéria de Direito do Trabalho, porque é matéria muito sofisticada.

Então, é uma questão que precisamos de definir sob pena de ficarmos nesse processo de enxugamento de gelo, com a chegada contínua de novas reclamações, que passa a ser, talvez, daqui a pouco, a nova crise do Tribunal. A crise do RE agora vai-se reproduzir - esse era o temor, inclusive, do ministro Moreira Alves - na crise da reclamação, como Vossa Excelência apontou.

De modo que, na linha do que Vossa Excelência vem delineando, a mim, me parece que se deve dizer quais são, na medida do possível, esses deveres que decorrem da própria legislação, os deveres de fiscalização.

Obrigado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então concluindo o meu voto, Presidente, eu penso que a solução equilibrada entre direitos dos trabalhadores e do Poder Público está já delineada nas conclusões da Ministra Rosa Weber às quais eu estou aditando três ideias que são: cabe à Administração fiscalizar e provar que fiscalizou, e não o contrário, portanto, o ônus é da Administração, que já está no voto da Ministra Rosa; a segunda, definir, minimamente, quais são os parâmetros

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

da fiscalização adequada e dizer o que a Administração deve fazer quando encontra um inadimplemento.

Portanto, eu passo a ler, e aqui concluo o meu voto, Presidente, as conclusões da Ministra Rosa Weber, com as quais concordou o Ministro Luiz Edson Fachin e também eu, são as seguintes:

Proponho, então, que, em repercussão geral: 1) seja afirmada a tese de que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços.

Portanto, estamos todos de acordo que é vedada a responsabilização automática da União.

A segunda tese da Ministra Rosa Weber é a de que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração pelo inadimplemento é legítima em caso de culpa comprovada da empresa terceirizada, o que eu também estou plenamente de acordo. E estou propondo, Presidente, acrescentar as seguintes conclusões à tese a ser firmada - que seria a terceira, considerando as duas primeiras da Ministra Rosa: compete à Administração Pública o ônus de provar que houve fiscalização. Portanto, não é o empregado que tem que fazer a prova negativa de que não houve; a Administração é que tem que provar que ela fiscalizou. Considero isso importante, também extraído do voto da Ministra Rosa.

A outra proposição que eu acho importante incluir, e talvez a mais complexa, é a seguinte: o dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade. Esta é a ideia: permitir a fiscalização por amostragem com base em critérios definidos pelo órgão de controle, que gozará de uma presunção *juris tantum* de razoabilidade, que pode, evidentemente, comportar uma prova em contrário.

A quinta conclusão, Presidente, é a seguinte: constatada pelo Poder

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

Público a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, deverá ele tomar as seguintes providências: 1) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; 2) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento, em juízo, das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada.

Por fim, enfrentando a questão das reclamações. Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: 1) com base em afirmação genérica de culpa *in vigilando* sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou se for comprovada pela Administração a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas.

Portanto, compete à Administração fiscalizar, a fiscalização pode ser por amostragem; constatado o inadimplemento, deve ser feito o depósito em juízo; a Justiça do Trabalho não pode condenar genericamente por culpa *in vigilando*, tem que demonstrar qual foi a culpa, sendo que, se a Administração demonstrar que fiscalizou, adequadamente, por amostragem, estará isenta de culpa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com muito prazer!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu penso que talvez fosse interessante nós, desde logo, colocarmos as causas excludentes de responsabilidade do Estado, que são aquelas clássicas, são as únicas que a Administração poderia, eventualmente, alegar. São caso fortuito ou de força maior ou, rarissimamente, a culpa exclusiva da vítima. Quer dizer, se o Estado, porventura, não pagar ou houver uma catástrofe, então, essa é uma causa de força maior, um caso fortuito, etc. E a culpa exclusiva da vítima, penso, que caberia na hipótese, por exemplo, de o empregado da terceirizada sumir, desaparecer e tal. Então, seriam as únicas alegações que o Estado poderia fazer para se eximir, porque senão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

deixamos em aberto. É certo que são excludentes clássicas, a doutrina e a jurisprudência...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu acho que se prevalecer o entendimento de Vossa Excelência, não subsiste o parágrafo 1º do 71, que diz assim: a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. A responsabilização da União é a exceção e, portanto, precisa ser provada. De modo que eu concordo com Vossa Excelência que esta é a teoria geral, mas eu tenho a impressão de que a lei excepciona isso. Tanto excepciona que ela foi questionada na sua constitucionalidade, mas foi mantida. De modo que, em linha com a ADC 16, eu criei a hipótese de que é o vício na fiscalização que gera a responsabilidade da União.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas mesmo havendo o vício... quer dizer, ela não fiscalizou? Isso ficou provado, mas houve um caso de força maior. Quer dizer, houve uma inundação, uma catástrofe.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ah, sim! Sim. Não é objetiva, claro. Nisso nós estamos de acordo. Quer dizer, é a mais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que o ministro Lewandowski traz é um fato que, infelizmente, está-se tornando corriqueiro, pelo menos no plano dos estados. Quantos estados, hoje, não estão conseguindo cumprir, minimamente, esses deveres elementares de pagamento dos contratos?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nisso que eu pensei.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não só no que diz respeito aos servidores públicos, mas também em relação aos contratados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E aí o raciocínio se dá como no direito privado ou como no direito de greve: não tem pagamento, não tem trabalho. Não paga o contratado, o contratado não presta o serviço.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Neste caso concreto, eu estou acompanhando a solução da Ministra Rosa porque a União sequer alega que fiscalizou. Ela reconhece que não fiscalizou. Eu acho que não tem que fiscalizar 100%, mas algum tipo de controle a União tem dever de ter. Ela não pode contratar e terceirizar completamente quaisquer obrigações. De modo que, no caso concreto, diante da inequívoca ausência de qualquer fiscalização pela União, eu acompanho o voto da Relatora.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, na parte dispositiva, Vossa Excelência conhece em parte e, quanto a essa parte, nega provimento ao recurso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso. E acompanho as teses da Ministra Rosa Weber, com os acréscimos que estou propondo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Os acréscimos sugeridos para o debate.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E que vou distribuir aos Colegas, para facilitar depois trabalharmos sobre um texto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957011.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados.

Senhor Presidente, desde o início, eu sempre me preocupei, nessas hipóteses, com a questão do trabalhador. Eu afirmava, em todas as reclamações, que a parte que sofria o impacto dessa controvérsia jurídica era o trabalhador. Quer dizer, a Administração Pública não tem responsabilidade, o contratado não paga o salário e o empregado trabalhou de graça. Então, isso me soava como algo de justiça trabalhista. Uma Constituição que protege a valorização do trabalho humano, estabelece direitos sociais ao trabalhador e, acima de tudo, tem como um dos fundamentos a dignidade do trabalho, da pessoa, isso realmente soava como algo extremamente injusto.

E, então, me surgiu uma primeira perplexidade, que foi exatamente o que dispôs a ADC e, posteriormente, uma modificação legislativa. A ADC foi claríssima em assentar que o artigo 71, tal como reformado, era constitucional. Assim, essa declaração de constitucionalidade fez coisa julgada. Uma interpretação conforme do artigo 71, a esta altura, levaria a uma *contradictio in terminis*, ou seja, foi declarada a constitucionalidade, e a interpretação da lei, conforme a Constituição, dando uma interpretação diferente, é uma modalidade de declaração de inconstitucionalidade parcial. Então, nós teríamos um choque entre a ação que declarou constitucional a lei e uma ação posterior que infirma a decisão anterior, dando uma interpretação conforme e - digamos assim - nulificando a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade, a ADC 16.

Mas, ainda que assim não bastasse, esse artigo 71 sofreu uma alteração pela Lei nº 9.032. Essa alteração foi levada a cabo exatamente por força dessa utilização promíscua da forma a que o Ministro Marco Aurélio se refere, e tanto se debateu aqui nesse plenário, como ainda é

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957012.

extremamente resistente na Primeira Turma, com toda e justa razão. Por quê? Porque a Lei nº 9.032, ao reformar o artigo 71, criou um § 2º, dizendo, no primeiro, que não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Por quê? Porque ela já cumpre, no momento da licitação, a observância da aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada. E essa lei então - e essa é a *mens legis* -, ela trouxe, no § 1º , que a União não tem responsabilidade subsidiária. E isso não é qualquer coisa, porque, aqui da tribuna, a União destacou que a responsabilidade subsidiária da União importa em somas que estão não só derruindo as finanças dos Estados como também da própria União. Foram anunciados aqui números estratosféricos sobre essa responsabilidade que a Justiça Trabalho chancela, segundo o próprio Ministro Marco Aurélio, sem os cuidados.

E o que fez a Lei nº 9.032? No § 2º - que não havia isso -, ela criou uma responsabilidade solidária fiscal. Então, o que diz a lei, no artigo 71: Com relação aos encargos trabalhistas, não há responsabilidade subsidiária. No § 2º, que foi criado pela Lei nº 9.032: Com relação à responsabilidade fiscal, há responsabilidade da Administração, solidária. Ela criou uma responsabilidade solidária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mesmo assim restrita aos débitos previdenciários.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas criou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Criou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Uma responsabilidade solidária.

Então, no meu modo de ver, fazendo uma interpretação da limitação da jurisdição constitucional e a política, à luz de um princípio geral de deferência ao Legislativo, eu entendo que realmente foi intenção do legislador excluir a responsabilidade subsidiária, exatamente para evitar o descumprimento deste preceito que foi chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Agora, por outro lado - daí a perplexidade -, fica em aberto a proteção do trabalhador. Isso realmente gera um paradoxo, porque nós

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957012.

declaramos constitucional o dispositivo e, ao mesmo tempo, estamos criando fórmulas para assentar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Hoje, o Código Civil é até mais enérgico, ele nem fala mais em *culpa in vigilando*, é responsabilidade objetiva por fato de terceiro, nem tem *vigilando* e *in eligendo.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX -Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E presente a bateção de carimbo na Justiça do Trabalho, a responsabilidade passou a ser solidária também quanto aos encargos trabalhistas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sem dúvida. Então, eu estou diante dessa perplexidade.

O voto, por completo, da Ministra Rosa é realmente uma obra sobre a fusão do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, que todos nós temos o maior reconhecimento do valor, da erudição que esse voto encerra. E até parabenizo, claro, como de costume, a Ministra Rosa, porque é um voto magnífico. Mas, digamos assim, ainda subjaz esse sentimento paradoxal de que o Supremo declarou a constitucionalidade e, ao mesmo tempo, nós vamos dar uma interpretação conforme, que significa uma declaração de inconstitucionalidade, diante de uma coisa julgada, sob a alegação de constitucionalidade - um. Dois: O legislador reformou a lei, criou uma responsabilidade solidária, mas não criou a responsabilidade subsidiária, porque, se o legislador quisesse, ele o faria nessa modificação da lei.

Então, eu vou aqui, Senhor Presidente, me encaminhar como deve ser o magistrado, com toda a humildade judicial. Eu estou diante de perplexidades jurídicas que eu não consigo vencer, a não ser em nome da proteção dos direitos sociais do trabalhador.

Então, já adianto que, em princípio, eu provejo o recurso da União. Mas, se eu ficar vencido, gostaria de participar da modulação, porque entendo que o voto do Ministro Barroso, em consonância com a parcela do voto da Ministra Rosa, protege sobremodo o trabalhador. Por que,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957012.

aqui, o Ministro Barroso traz uma fórmula muito interessante que sacia o meu sentimento de justiça, que é esse depósito aqui. Esse depósito silencia minha objeção, no sentido de que o trabalhador trabalhou de graça. Nem a Administração tem culpa nem o contratado paga. E o trabalhador trabalhou e não recebe absolutamente nada.

Então, num primeiro momento, eu entendo que, já na contratação, o o Poder Público tem capacidade de fiscalizar - não custa nada incluir uma cláusula no edital ou no contrato que imponha essa fiscalização. E se não fiscalizar, é infração do dever contratual, não precisamos ficar buscando soluções diversas. Mas, num primeiro momento, Senhor Presidente, eu peço toda a vênia, com todo o respeito ao voto magnífico da Ministra Rosa, voto paradigmático, para todos nós, sobre a fusão da função jurisdicional constitucional e o Direito do Trabalho, mas vou me ater à solução da ADC 16 e a *ratio legis* da Lei nº 9.032, que só criou responsabilidade solidária para encargos fiscais previdenciários; e, no mesmo momento que poderia ter erigido uma responsabilidade subsidiária, não o fez. Por isso, entendo que a jurisdição constitucional deve se curvar à deferência em relação ao Legislativo, como sói ocorrer em todos os doutrinadores que abordam os limites da jurisdição constitucional, alguns até com um dom de categorizar e de rotular através de alta criatividade, como, por exemplo, "supremocracia", como se nós fôssemos a instância hegemônica. E, na verdade, a questão da judicialização da política, a questão do ativismo judicial, na verdade, isso é uma blasfêmia, porque o Poder Judiciário não age de ofício. E todo dia chega, no nosso gabinete, uma questão política judicializada, uma questão que não é resolvida e nós é que temos que solucionar, porque há uma regra, na Constituição Federal, de que o Judiciário, uma vez provocado, não pode denegar a prestação da justiça. Alguma solução há de ser dada.

Então, a própria opinião pública talvez nem saiba da existência desse dispositivo que impõe ao Supremo Tribunal Federal uma resposta judicial a todos os litígios que aqui chegam.

Eu até confesso a Vossa Excelência que tenho refletido sobremodo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957012.

sobre a possibilidade do alargamento das nossas decisões, no tocante à recusa de prestação jurisdicional quando há casos, digamos assim, *interna corporis*, ou casos que, pela própria Constituição, são da competência do Poder Legislativo. Não é nem uma hipótese de nós pronunciarmos um *non liquet*; a hipótese é dizer: Isso não nos compete.

Então, Senhor Presidente, prestando essa deferência ao Legislativo, que me pareceu que houve aqui, na verdade, uma omissão eloquente para não criar a responsabilidade subsidiária, eu me encaminho no sentido de dar provimento ao recurso da União com todas as ressalvas sobre a belíssima posição sustentada pela Ministra Rosa. Se vencido, gostaria de participar da modulação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957012.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu inicio cumprimentando o belíssimo voto da Ministra Rosa Weber. Entendo que se trata de um verdadeiro tratado, que demonstra a íntima relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional. Isso é algo que faltava tanto na doutrina quanto na jurisprudência. E Sua Excelência, com seu belo voto, vem preencher uma lacuna que estava evidente aos olhos de todos.

Tal como a Ministra Rosa Weber, Relatora, pedindo vênia ao Ministro Fux, que agora vota em sentido contrário, entendo que não há nenhuma incompatibilidade entre aquilo que decidimos na ADC 16, em que afirmamos a constitucionalidade do art. 71, § 6º da Lei 8.666, de 1993, que é a conhecida Lei de Licitação, com a atribuição de responsabilidade à Administração por culpa devidamente comprovada, no que tange ao inadimplemento não apenas de obrigações trabalhista mas também previdenciárias. Deste modo, como Sua Excelência a Ministra Rosa Weber fala em culpa, portanto, um conceito bastante amplo, eu entendo que aí engloba todas as espécies de culpa - *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*, e outras culpas também consagradas, enfim, pelos trabalhos especializados.

Eu queria, com todo o respeito, repudiar o argumento que foi veiculado da tribuna por alguns representantes da Administração Pública, segundo os quais a responsabilidade de fiscalização por parte da Administração Pública, no que tange aos contratos por ela firmados, se cingiriam apenas àquelas questões que lhe dissessem respeito mais proximamente, por exemplo, a execução das obras propriamente ditas, ou serviços, o pagamento de tributos... Penso que a responsabilidade da Administração pela fiscalização é muito mais ampla, mas muito mais ampla mesmo. Isso decorre a começar do próprio preâmbulo da Carta Magna. A Carta Magna, seu preâmbulo, como todos sabem, não tem uma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12923201.

força cogente, necessariamente, mas tem o valor exegético interpretativo extremamente consistente e forte. E, no preâmbulo da nossa Constituição Federal, lê-se logo, em primeiro lugar, que os constituintes instituíram o Estado democrático para, dentre outros valores, assegurar o quê? O exercício dos direitos sociais, que estão definidos basicamente nos artigos 7º e 8º da Constituição Federal.

Ademais, os artigos 1º e 2º da Carta Magna estabelecem com todas as letras, são os artigos vestibulares da nossa Lei Maior, que são fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Logo, é responsabilidade do Estado, em qualquer de suas ações, em qualquer de suas vertentes de atuação, que ela fiscalize o cumprimento, a efetivação, a concretização desses valores, que são valores fundantes do próprio Estado Democrático de Direito.

Eu parabenizo a Ministra Rosa, acompanho integralmente Sua Excelência e entendo que o Estado tem a obrigação não só jurídica, mas diria até moral, se pudermos usar essa palavra, no sentido amplo da palavra moral, de fazer com que os direitos trabalhistas e previdenciários sejam adimplidos pelas empresas contratantes.

Com relação à proposta do Ministro Barroso, penso que é uma proposta, como sempre, muito engenhosa. Concordo sobretudo -, depois dos detalhes talvez possamos aprofundar a nossa discussão -, mas entendo que Sua Excelência traz uma contribuição muito importante, que já estava ínsita no voto da Ministra Rosa Weber, que é a inversão do ônus da prova. Sua Excelência diz, e isto é consentâneo não só com o que ocorre na Justiça do Trabalho, mas também no Direito do Consumidor, aí compete à Administração o ônus de provar que houve a fiscalização.

Com essas breves palavras, Senhor Presidente, acompanho a Relatora, nego provimento ao recurso extraordinário na parte em que nós conhecemos este recurso.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12923201.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

A D I T A M E N T O A O V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, manifestando todas e respeitosas vênias e reconhecendo o belíssimo voto de Sua Excelência, perfilho esse entendimento ressaltando que a adoção, seja do modelo de responsabilidade objetiva, que era a primeira posição do enunciado do TST, seja o modelo de culpa presumida com a prática que o TST adotou, violam claramente, sem nenhum rebuço, a decisão do Supremo na ADC 16.

O debate vai prosseguir, certamente, com as condições, e não tenho dificuldade de subscrever as orientações, acho que o Tribunal, sobretudo porque está discutindo em repercussão geral, tem que fixar balizas para que esse tema não fique num eterno ritornelo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Foram quinhentas e cinquenta reclamações no ano passado, quer dizer, houve um salto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse diálogo institucional de surdos que se está fazendo nesta matéria.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12731560.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com o voto de Vossa Excelência acompanhando a Relatora na parte dispositiva, já chegamos à maioria de seis votos no sentido de conhecer em parte do recurso e, quanto a essa parte, negar provimento.

Vou sugerir que, após colhermos os demais votos, passemos a palavra à eminente Relatora para discutir sobre os elementos já trazidos ou que venham a ser trazidos a respeito da tese proposta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em que parte não é conhecido o recurso, Presidente?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A eminente Relatora poderia esclarecer a parte de que não conhece?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Juros de mora que foram impostos à base de 1% ao mês, e, no caso, invoca-se a situação de se tratar da Fazenda Pública, mas eu invoco o ARE da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que este Supremo Tribunal afirmou se tratar de matéria infraconstitucional e, portanto, insuscetível de ser conhecida E não conheço, ainda, do recurso quanto às multas dos arts. 467 e 477 da CLT, por também se tratar de matéria infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agradeço a elogiável paciência da ministra Rosa Weber, porque o trecho constou do voto de Sua Excelência, um voto muito longo; foi apresentado com cento e quarenta e seis folhas. Sua Excelência buscou, na assentada anterior, resumi-lo, e já não tinha mais lembrança dessa parte, a parte em que Sua Excelência não conhece do recurso extraordinário. Estou de acordo com Sua Excelência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580454.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com o voto de Vossa Excelência acompanhando a Relatora na parte dispositiva, já chegamos à maioria de seis votos no sentido de conhecer em parte do recurso e, quanto a essa parte, negar provimento.

Vou sugerir que, após colhermos os demais votos, passemos a palavra à eminente Relatora para discutir sobre os elementos já trazidos ou que venham a ser trazidos a respeito da tese proposta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em que parte não é conhecido o recurso, Presidente?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A eminente Relatora poderia esclarecer a parte de que não conhece?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Juros de mora que foram impostos à base de 1% ao mês, e, no caso, invoca-se a situação de se tratar da Fazenda Pública, mas eu invoco o ARE da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que este Supremo Tribunal afirmou se tratar de matéria infraconstitucional e, portanto, insuscetível de ser conhecida E não conheço, ainda, do recurso quanto às multas dos arts. 467 e 477 da CLT, por também se tratar de matéria infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agradeço a elogiável paciência da ministra Rosa Weber, porque o trecho constou do voto de Sua Excelência, um voto muito longo; foi apresentado com cento e quarenta e seis folhas. Sua Excelência buscou, na assentada anterior, resumi-lo, e já não tinha mais lembrança dessa parte, a parte em que Sua Excelência não conhece do recurso extraordinário. Estou de acordo com Sua Excelência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580454.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, reitero o que disse, e valho-me, para tanto, de princípio muito caro à Justiça do Trabalho, o da realidade, colocando em segundo plano o formal.

Depois da decisão na ação declaratória de constitucionalidade nº 16, a Justiça do Trabalho – não me refiro a este ou àquele tribunal, muito menos ao meu eterno Tribunal, o Superior do Trabalho – passou a bater carimbo, a assentar, de forma linear, pouco importando a comprovação, ou não, a culpa da Administração Pública, ante a ausência de vigilância na satisfação de direitos trabalhistas.

A Justiça do Trabalho nos colocou – posso afirmar com desassombro isso – em verdadeira camisa de força. Decidida a ausência de vigilância, tem-se matéria fática, não se chegando ao Supremo mediante o recurso de natureza extraordinária.

Tendo em conta o desrespeito ao pronunciamento do Tribunal, quase a uma única voz, porque ficou vencido, apenas em parte, o ministro Carlos Ayres Britto, formalizado na declaratória nº 16, não conheço uma única reclamação do Poder Público em que o pedido formalizado foi julgado procedente. Talvez não esteja acompanhando muito bem a jurisprudência deste Tribunal!

Eu próprio, na Primeira Turma, fico isolado, vencido. Sobrestamos, no dia de ontem, a apreciação de agravos regimentais em reclamação para aguardar a decisão neste caso concreto. Reafirmo que o Supremo ficou em situação muito delicada, passando a Justiça do Trabalho a ser um verdadeiro "Supremo", no que nos manietaram, assentando invariavelmente a falta de fiscalização do Poder Público, como se devesse, olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir equipe e colocar dentro da empresa contratada.

Há mais, Presidente: a prevalecer essa decisão, sendo aprovado projeto que já passou pela Câmara dos Deputados, o Poder Público, que teve a responsabilidade excluída normativamente pelo artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, terá situação mais gravosa do que a das empresas que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12862808.

contratam serviços terceirizados do setor privado. Por que digo isso? Porque, no projeto aprovado na Câmara, o de nº 4.330, inciso I, ante o princípio da especialidade, a regência específica da matéria já existente, quanto ao Poder Público, excluiu-se a aplicação dessa lei, no que criará contracautelas, tendo em conta – vou repetir – a iniciativa privada, excluída a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ainda acredito, Presidente, nessa medula do Estado Democrático de Direito que é o princípio da legalidade. Ainda acredito ser a atuação do julgador vinculada ao Direito positivo, cabendo-lhe observar a autocontenção. De duas, uma: ou se declara conflitante com a Constituição Federal o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e se cria, ou se restaura, a responsabilidade subsidiária do Poder Público tomador dos serviços; ou se placita a ordem jurídica, admitindo-se a distinção a que me referi. É muito clara no que, em primeiro passo, a norma afasta a responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas. Em segundo passo, como ressaltado pelo ministro Luiz Fux, impõe a responsabilidade solidária relativamente aos débitos previdenciários. É esse o arcabouço normativo.

Mas indaga-se: O Tribunal voltará atrás, na óptica prevalecente, quando do julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 16? Penso que a insegurança jurídica, caso se volte atrás, passaria a grassar, o que é muito ruim. A chuva de reclamações revela – e revela a mais não poder – como foi esvaziada a decisão formalizada na declaratória nº 16.

Tenho para mim, Presidente, e ainda me lembro de certas regras trabalhistas da CLT, que a Lei nº 8.666/1993, mediante o artigo 71, derrogou-a, no tocante ao artigo 2º dela constante, o qual versa a definição de empregador e, também, a responsabilidade solidária. Não admitir isso é fechar a legislação pátria, é entender ser o poder normativo, próprio à Justiça do Trabalho, maior, inclusive no âmbito do Supremo, que não passará a atuar apenas como legislador negativo, mas como positivo, suplantando, sem a declaração de inconstitucionalidade, o que aprovado pelos representantes do povo brasileiro, os Deputados Federais,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12862808.

e os representantes dos Estados, os senhores Senadores; modificando inteiramente – e o preceito está em bom vernáculo – o que se contém no artigo 71 da Lei nº 8.666/1993.

Vai-se além e, a meu ver, olvidando o sistema alusivo ao ônus da prova. A partir da óptica segundo a qual a relação jurídica é desequilibrada – prestador e tomador dos serviços –, assenta-se, contrariando-se o artigo 71 em exame, porque a presunção gerada por esse artigo é diversa, tendo em vista excluir a responsabilidade da Administração Pública, que esta é que tem de fazer a prova de ter fiscalizado e bem fiscalizado, que criou uma equipe para estar dentro da empresa contratada acompanhando a contabilidade respectiva, definindo se houve, ou não, o pagamento das obrigações trabalhistas.

O sistema não é esse. O sistema é esse em se tratando de relação jurídica trabalhista regida pela CLT, a qual, expressamente, quanto à relação direta empregador e empregado, versa a alteração, a exceção ao sistema probatório, no que revela caber ao titular do direito comprovar os fatos constitutivos desse mesmo direito e, evidentemente, sem prejuízo da achega, por parte do acionado, relativamente à veiculação de matéria fática que atenda aos respectivos interesses.

Não tenho como, Presidente, hígido o artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, no que afasta a responsabilidade da Administração Pública, partir para o que tenho como extravagante e assentar, apesar da presunção decorrente desse artigo, de não haver responsabilidade, incumbir à contratante a prova.

Precisamos, Presidente, entender que não vivemos mais a década de 40, na qual veio à balha – ante o mercado de trabalho desequilibrado com oferta excessiva de mão de obra e escassez de empregos, muito embora a população brasileira fosse em torno de 40 milhões de almas –, um instrumento imperativo, protecionista.

Costumava dizer, quando atuava no ofício judicante e também no Ministério Público do Trabalho, que protecionista é a legislação. O juiz não pode abandonar a equidistância que deve manter quando se defronte com o conflito de interesses. E não posso aqui, Presidente, olvidar o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12862808.

princípio da legalidade, tão caro a um Estado que se diga democrático, e assentar simplesmente que norma especial é um nada jurídico, sendo possível, até mesmo, contrariar o princípio do determinismo relativamente a essa espécie de contratação, a terceirizada, e dizer-se ser equivalente à contratação direta, no que se atribua ao Poder Público o dever de atuar como se empregador fosse, ou seja, até com um dever maior, porque de censura, quanto à observância das normas trabalhistas pela empresa contratada. A empresa contratada que responda pelos ônus assumidos. O arregimentado sabe de início, tendo em vista ninguém poder evocar a ignorância da lei para deixar de observá-la, inexistir a responsabilidade da Administração Pública.

Agora, digo, e isso precisa ser revelado, que hoje o pronunciamento na ação declaratória de constitucionalidade nº 16 é inócuo, totalmente inócuo, no que se passou a declarar, de forma linear, a responsabilidade, pela ausência de fiscalização, do Poder Público, com aquele pormenor ao qual me referi: o projeto aprovado na Câmara, que já está no Senado da República, presente o princípio da especialidade, a regência toda própria da relação jurídica contratada e contratante, relativamente ao Poder Público, exclui, por isso mesmo – e ter-se-á, como consequência, uma situação, a prevalecer o voto da Relatora, pior para a Administração Pública –, expressamente, a aplicação de uma possível lei que venha a ser sancionada à Administração Pública, no que o projeto, aprovado pela Câmara – repito –, tem medidas de contracautela, inclusive, a retenção de 20% da folha de faturamento dos serviços terceirizados pela empresa contratante, tendo em conta a necessidade de comprovação do pagamento dos salários.

Peço vênia à Relatora para prover o recurso e, no caso, forte na Lei nº 8.666/1993, julgar improcedente o pedido de responsabilização do Poder Público. É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12862808.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu só gostaria de desfazer uma dúvida, porque, quando nós julgamos a repercussão geral, há uma objetivação no recurso extraordinário, e há o julgamento do caso concreto. Então, aqui todos entenderam, como a Ministra Rosa Weber, que, no caso concreto, a própria União foi manifestamente desidiosa, conforme ela própria anuiu.

Mas eu tenho a impressão de que o Ministro Gilmar Mendes, na parte da objetivação do recurso, mencionou algo, pediu até vênia à Ministra Rosa Weber, para entender que houve alguma contravenção àquilo que foi decidido na ADC 16. Eu não entendi; o voto dele, eu confesso que não sei se foi nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas Sua Excelência está aqui e pode esclarecer.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu vou fazer embargos de declaração presencial.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - O Ministro Gilmar Mendes não estava presente. E o meu voto, realmente, foi muito longo, mas eu reafirmei a tese proclamada por esta Corte na ADC 16. O Ministro Luís Roberto, inclusive, rememorou que eu reafirmei a tese consagrada aqui na ADC 16, afirmando que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da Administração não implica transferência de responsabilidade de forma automática. Reafirmei e reafirmei a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Num segundo momento, eu afirmei – exercendo, como costumo fazer, com todo respeito, uma jurisdição constitucional muito contida – que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, em caso de culpa comprovada da Administração, não ofende o texto constitucional.

E, aí, pontuei uma vírgula e coloquei: observados os princípios

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

disciplinadores do ônus da prova no exercício de uma jurisdição constitucional contida, entendendo que a matéria é infra, mas que havia afirmado, com todas as letras – daí o que relembrou o Ministro Luís Roberto –, que, na minha compreensão, justamente pela inversão do encargo probatório, o ônus da prova recai sobre a Administração. Eu fiquei aí! Foram só essas afirmações que eu fiz! Foram essas as teses que eu aqui defendi!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É que eu fiz embargos de declaração.

Eu entendi que Vossa Excelência pediu vênia, num dado momento, na parte objetiva, não na parte do juízo subjetivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não sei se estou lendo estrelas, mas o que entendi é que, de fato, a manter-se o voto da ministra Rosa Weber sem ressalvas, estamos novamente autorizando o TST a proceder como vem procedendo.

Por isso, dividi meu voto simplificadamente em três partes: o modelo da responsabilidade objetiva, o modelo agora da culpa presumida, aplicada pelo TST de maneira sistemática, de modo que não tem um caso em que não se reconhece a responsabilidade do Estado, portanto, a rigor, estão fazendo, de nossa decisão, algo lítero-poético-recreativo - por isso, esse amontoado de reclamações.

Eu, até quando vim para cá, minha tendência era seguir o voto que Vossa Excelência proferiu no sentido do provimento do recurso. Todavia, a premissa que também assentei - e já tínhamos discutido isso nas sessões anteriores -, era de que é possível, sim, responsabilizar a Administração em caso descumprimento de deveres de fiscalização.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

Gilmar, eu até acho que a posição de Vossa Excelência em relação ao voto da Ministra Rosa não é nem de ressalva; quer dizer, eu acho que a única posição divergente, de maneira radical, é a do Ministro Marco Aurélio, porque eu penso que nós todos concordamos com a Ministra Rosa que não é possível a transferência automática de responsabilidade; nós todos concordamos que, se houve culpa *in vigilando* da Administração, ela deve responder; nós todos concordamos que o ônus de provar que fiscalizou é do Poder Público. Então, nessas três ideias, nós estamos de acordo.

A ideia de em caso de inadimplemento da terceirizada depositar em juízo, eu tirei de um voto da Ministra Rosa Weber no TST. Portanto não creio que ela discorde dessa tese também.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Poderia até o pagamento ser feito de forma direta, como Tribunais Superiores já fizeram em mais de uma oportunidade, quando os prestadores de serviço não pagaram o salário dos terceirizados, como todos nós sabemos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O único ponto que a Ministra Rosa não tratou - e, portanto, nem é uma divergência - é de dizer que a fiscalização pode ser feita por amostragem. Devemos insistir nisso para evitar as reclamações.

Quanto ao mais - eu não sei se a Ministra Rosa vai concordar com isso -, acho que todos estamos em consenso. Só há esse acréscimo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A questão - por isso que disse que estávamos a enxugar gelo - é como se conceptualiza essa culpa *in vigilando.* Essa preocupação está na proposta de seu voto?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque, a rigor, de tudo que temos lido desses casos todos que nos chegam, esse amontoado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

de reclamações, o TST parte da premissa de que há sempre culpa *in vigilando*. Então, se devolvermos uma decisão no sentido do desprovimento do recurso, sem deixar isso claramente estabelecido, vamos, depois de tanto tempo dedicado a essa matéria e a essas 150 páginas da ministra Rosa, continuar a ter esse amontoado de reclamações.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Também aí estamos de acordo, porque a minha última proposição é: não é válida a responsabilização subsidiária da Administração com base em afirmação genérica de culpa *in vigilando*, que é o nosso problema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No fundo, o que acabou acontecendo? Mudou-se aquele modelo da súmula, do enunciado que traduzia uma responsabilidade civil objetiva, para algo como uma responsabilidade por culpa presumida, sem que houvesse qualquer ressalva e a aplicação resultava na aplicação do velho enunciado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós todos estamos de acordo. Se a Ministra Rosa concordar com o acréscimo, estamos unânimes. Se ela não concordar, esse é o único ponto de divergência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Diante da divergência e dos debates, de toda essa discussão e até da dúvida com que ficou o Ministro **Fux** em relação à ressalva feita no voto do Ministro **Gilmar**, eu só gostaria de saber da eminente Relatora se Sua Excelência confirma, para mim, a seguinte informação: no caso concreto, indo lá à origem da reclamação - porque, se viermos a dar provimento, será a conclusão colocada pela divergência no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedente a responsabilização do Estado, e, portanto, à reclamatória contra o Estado nessa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

particularidade em que ela atua contra o Estado -, as verbas que estão sendo postuladas são relativas à multa de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em razão de demissão sem justa causa. Eu fico a imaginar como que o Estado vai conseguir fazer a análise dessa fiscalização. É por isso que eu gostaria que a eminente Ministra Relatora me esclarecesse se é esse fato. Muitas vezes, não terá o Estado, Ministro **Gilmar**, a condição de analisar se houve justa causa ou se não houve justa causa, se a multa é devida ou se a multa não é devida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É preciso ter o preposto dentro da empresa.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Eu posso fazer a leitura da parte dispositiva da sentença, se Vossa Excelência me permitir:

> "PELO EXPOSTO, 3ª VARA DO TRABALHO DE MOGI DAS CRUZES julga PROCEDENTE EM PARTE a presente reclamação para condenar a reclamada EVOLUTION ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS a pagar à reclamante PRISCILA MEDEIROS NUNES saldo salarial de 29 dias, aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional 03/12, férias proporcionais 03/12, com acréscimo de 1/3, aplicando-se a referidos títulos o disposto no art. 467 da CLT, FGTS mais a indenização de 40% sobre as verbas rescisórias, consistentes no saldo salarial, aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional 03/12 e férias proporcionais 03/12, com acréscimo de 1/3, indenização de 40% sobre o FGTS do período laboral e a multa descrita no art. 477, § 8º, da CLT. Responderá a segunda reclamada UNIAO de forma subsidiária pelo inadimplemento da primeira reclamada. Deverá a primeira reclamada no prazo de cinco dias, contados do trânsito julgado, efetuar a entrega das guias para levantamento do FGTS, sob pena de responder pelos valores por execução direta [...]"

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, procurando ser pragmático, mas sem defesa de tese...

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em relação a algumas parcelas, não se pode cogitar de vigilância.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Essa é minha dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Férias proporcionais, décimo terceiro proporcional, a multa do FGTS ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem. Eu até peço vênia ao Ministro Marco Aurélio por interceder, mas, no meu modo de ver, o nosso posicionamento é todo no sentido do dever de fiscalização, de verificar se os salários estão sendo pagos, se as verbas devidas estão sendo pagas.

Agora, aqui, se trata, na verdade, de um contrato de trabalho que foi rescindido e de uma reclamação trabalhista, sob a alegação de que, ao ser rescindido, esse contrato de trabalho não levou em consideração verbas a que faria jus o empregado.

No meu modo de ver, o nosso posicionamento está voltado à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, ou seja, a empresa está recebendo o serviço e pagando a parte correspondente à prestação do serviço? Essa é a fiscalização.

Agora, se o Poder Público tiver que acompanhar cada empregado demitido, eu acho que nós temos que criar, como disse o Ministro Gilmar, uma modulação que não vise a fomentar mais reclamações, porque senão o Supremo Tribunal Federal vai ser um revisor do TST.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o que é modulação aqui? Não há um problema temporal aqui.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, modulação que eu digo é aditar, sentença aditiva, quer dizer, nós vamos ter que criar certas adições.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Houve decisões que foram tomadas antes da ADC. E vamos ter de dizer, inclusive...

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se me permite insistir, como disse o Ministro Fux, e observou o Ministro Toffoli, não é possível, porque se o Poder Público tiver que ter um agente público para comparecer ao sindicato no momento da rescisão, é melhor ele montar seu próprio departamento de recursos humanos e fazer ele próprio.

Portanto, a fiscalização, como o BNDES faz e propõe em nota técnica, é feita por amostragem. Por amostragem significa: você demitiu cem pessoas ao longo do ano; você vai pegar quatro ou cinco e ver se as obrigações foram cumpridas; se aquelas quatro ou cinco estiverem cumpridas, você teve o dever de cautela. Agora, se tiver que examinar as cem demissões, ninguém vai terceirizar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas isso, a mim me parece, está resolvido pela própria proposta de Vossa Excelência. Por quê? Porque Vossa Excelência, no item 5 da proposta, subitem 2, disse o seguinte: em caso de não atendimento, o Estado vai ingressar com uma ação judicial e depositar. Onde é que ele vai depositar? Na justiça do trabalho, que vai verificar se realmente houve ou não o inadimplemento. Ela é que vai examinar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas passa por esse antecedente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E há mais um ponto, Ministro Lewandowski: tanto o empregado, quanto o sindicato, quanto a Delegacia Regional do Trabalho - agora acho que tem outro nome - podem comunicar ao Poder Público que há problema; quer dizer, podem dar ciência ao Poder Público.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Essa era uma sugestão, Vossa Excelência está adiantando.

No item 5, eu iria sugerir o seguinte acréscimo, com o devido respeito e acatamento: constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, admitida a denúncia por parte dos interessados, deverá ela tomar... porque, se ficar só na amostragem, com o que eu concordo... Vamos supor a Prefeitura de São

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

Paulo. Deve ter aí milhares de contratos. Então, ela faria uma amostragem de cinco ou seis, e estaria resolvida a questão da responsabilidade, porque ela demonstraria: não, eu fiz por amostragem, etc., mas deixaria passar uma série de outras empresas.

Mas, se nós admitirmos a denúncia...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Estou de acordo. Ou admitida a comunicação, porque denúncia...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, comunicação, e por representação, Vossa Excelência está correto. Essa palavra é mais adequada: representação ou comunicação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Senhora Relatora, quer fazer uso da palavra?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não. Eu estou ouvindo, acompanhando os debates, Senhor Presidente. Depois que todos votarem, quando passarmos a examinar a tese, se for o caso, eu pretendo me manifestar.

Eu só queria fazer agora duas ponderações. Quando digo que procuro exercer uma jurisdição constitucional mais contida, estou atenta ao fato de haver inúmeras proposições legislativas, inúmeros projetos de lei sobre o tema terceirização em trâmite no Parlamento.

O Ministro Marco Aurélio, inclusive, lembrou o PL 4.430. Eu até, com relação a esse projeto de lei, que é de 2004 e que dispõe sobre o contrato de prestação de serviços a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aprovado na Câmara.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - ...que teve sua redação final aprovada em 22 de abril de 2015, pela Câmara dos Deputados, e foi encaminhado para apreciação do Senado, e recebido no Senado como Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015. Foi apelidado de Agenda Brasil 2015.

Mas esse art. 15 do PLC 30 veio a estabelecer na notícia que tenho, na pesquisa que fiz, Ministro Marco Aurélio, a responsabilidade solidária da contratante nos contratos de terceirização, sem qualquer ressalva. É

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

verdade, na origem, ele excluía a Administração Pública mas, por essa emenda aprovada à época, foram estendidos os direitos previstos nesse PLC aos terceirizados da Administração Direta e Indireta. Eu até transcrevo às folhas 123 do meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelo visto, o desejável seria sobrestar a apreciação da matéria para aguardar o crivo do Congresso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não, mas há outro detalhe: há um outro projeto de lei, um outro PLS que trata especificamente dos contratos administrativos e se destina à revogação da Lei 8.666. E, neste, a solução foi outra, a solução não foi a imputação de responsabilidade solidária ou subsidiária. O que foi previsto? A criação de um seguro, de um seguro importando a experiência norte americana. Um seguro que teria de ser feito pela empresa contratada, inclusive, com relação aos trabalhadores, não só com relação a contratos de obras.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, não há nenhum lugar do mundo ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com aplauso do setor de seguros.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas a verdade, Ministro Marco Aurélio, é que não há no mundo essa questão da terceirização com responsabilidade subsidiária. A Apple é a primeira empresa líder mundial que terceiriza toda a fabricação do *hardware*, que é pela Foxconn, que trabalha para a Elveti, para a Cassio, Sony etc., e não tem nada de responsabilidade solidária, porque isso é um desestímulo à terceirização. E suas empresas, da maior eficiência do mundo, atendem a esses princípios nossos também da livre iniciativa. Isso não combina com terceirização, com responsabilidade solidária.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Mas, Ministro Fux, nós teríamos que afastar o Código Civil, a responsabilidade civil, no Direito do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E parece que aqui há

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

um problema, a rigor, na concepção da ministra Rosa, que conversava agora com o ministro Celso, porque Sua Excelência adota integralmente aquele manual de instrução como elemento de fiscalização.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Eu registro a existência de; eu não adoto; eu registro a existência de.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Compreendo...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Na conclusão, Ministro Celso, do exame do recurso ordinário, que é um recurso ordinário da União. Então, imagino eu que, no âmbito da União, as resoluções e as instruções normativas devam ser observadas. Mas não tenho nenhuma dificuldade em retirar...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - ...essa observação.

E, com relação à culpa presumida, se me permite Vossa Excelência, é porque, ao longo do voto, quando eu fiz o exame da responsabilidade subjetiva, eu citei a doutrina de Celso Antônio Bandeira e Mello, que diz que a responsabilidade subjetiva do Estado, da Administração Pública, se assenta na culpa presumida. Então eu fui examinando por várias vertentes. Eu, pessoalmente, sempre julguei aplicando o princípio da inversão do ônus da prova, como hoje está consagrado no Código de Processo Civil, de 2015, com todas as letras.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência se refere à distribuição dinâmica do ônus da prova.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Até pela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

impossibilidade da prova diabólica.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque esse é o critério do TST.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Mas, Ministro Celso, não é o TST, é a Lei nº 8.666, que expressamente em todos os dispositivos que eu elenco – e aqui não vou cansar Vossas Excelências com novas leituras –, estabelece o dever de fiscalização; determina que o Poder Público indique alguém para acompanhar. Não é o TST que faz isso!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Artigo 67 da Lei 8.666, um fiscal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - É a Lei nº 8.666.

Agora, o que fez, no caso, a União, no âmbito da União? Estabeleceram-se instruções normativas talvez para auxiliar o administrador público na implementação do comando legal, um comando legal nessa linha.

Eu não tenho nenhuma vinculação a instruções normativas e nem pretendo que prevaleçam. Apenas dividi o voto com relação ao tema – responsabilidade subsidiária da Administração Pública – e depois examinei o caso concreto. Como o caso concreto envolve a União, eu trouxe todo o regramento legal e, no caso, administrativo pertinente a essas obrigações ou a essa fiscalização das terceirizadas, das empresas terceirizadas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tudo indica, na

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

verdade, que essa regulamentação se fez... Foi uma adequação do Ministério do Planejamento às decisões que eram tomadas, condenatórias da Administração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A minha pesquisa revelou isso.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580453.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (**CANCELADO**).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Permita-me?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quando se deu aí a própria ação envolvida, a reclamação, é muito curioso que essa ação já é proposta na Justiça do Trabalho contra a empresa e a União. A partir daí me parece que há um estímulo, quer dizer, já sai daí um título de condenação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (**CANCELADO**).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A partir daí, já fica clara a violação a nossa decisão e à regra do artigo 71, é evidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Há um aspecto processual que é inafastável, porque não é possível executar uma pessoa que não participou do processo de fabricação da sentença. Daí esse item do Enunciado 331. Mas também é intuitivo isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro que, a partir da articulação, já resulta uma condenação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia para acompanhar, *integralmente*, o douto voto proferido pela eminente Ministra ROSA WEBER.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13466819.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Destaco, inicialmente, o magnífico voto proferido pela eminente Ministra **Rosa Weber**. Eu somo os meus a todos os elogios já realizados e apresentados por todos os outros Colegas. É realmente um trabalho extremamente profundo, como disse o eminente Ministro Ricardo **Lewandowski**: um verdadeiro tratado sobre o tema.

Entretanto, como diria o Ministro **Marco Aurélio**, muitas vezes nós iniciamos elogiando para depois pedir vênia e apresentar a divergência. E é a divergência que trago, Ministra **Rosa**, com todo o respeito à proficiência apresentada por Vossa Excelência.

O Ministro Luís **Roberto Barroso**, que acompanhou Vossa Excelência na conclusão, fez menção de que, no RE, não estaria a União a trazer a questão da sua não *culpa in vigilando*, porém, creio que este é um caso, e nós verificamos - e agradeço a Vossa Excelência quando fez a leitura da parte dispositiva da sentença do juiz do trabalho da Justiça do Trabalho de Mogi das Cruzes - vejam o número de verbas ali colocadas. Estamos a julgar não só o caso concreto, mas uma repercussão geral, que, dependendo da solução que nós fixarmos para ela, continuará a trazer ou trará ainda mais, a jurisdição dessas hipóteses para a Suprema Corte, por meio de reclamações que poderão ser propostas ora pelo Estado, ora pelo particular, de acordo com a óptica que venha a prevalecer. Creio que é extremamente relevante refletirmos sobre isso.

Então, vejam que, no caso concreto, foi apresentada uma inicial de reclamação sobre uma série de verbas salariais e rescisórias. Reclamação essa apresentada após uma demissão de uma reclamante que era contratada por uma terceirizada do poder público.

Vou, Ministro **Marco Aurélio**, ao termo da audiência que foi realizada, muito embora, peço vênia, estejamos a julgar um RE; mas penso que as várias demandas que nós temos enfrentado nas reclamações

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12786993.

me impõem ir de maneira vertical ao caso concreto.

Desse modo - lerei o termo de audiência -, foi apresentada a reclamação, foram intimadas as partes para comparecer ao juízo, foram citadas as partes para comparecer à audiência:

> "Aos cinco dias do mês de agosto do ano de dois mil e oito, às 14.40 horas, na sala de audiências da Egrégia **3ª Vara do Trabalho de Mogi das Cruzes/SP**, presente MMa. Juíza do Trabalho, Exma. Sra. Dra. MARIA DE FÁTIMA DA SILVA PETERSEN foram, por sua ordem, apregoados os litigantes: **PRISCILA MEDEIROS NUNES**, Reclamante e **EVOLUTION ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS E PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**, reclamada.
>
> Comparece o (a) Reclamante assistido (a) pelo (a) dr.(a) Ceila Maria Ferreira Moscardini OAB/SP 175265. Ausente a 1ª reclamada." (...)
>
> Ausente a primeira reclamada.
>
> (...) "Comparece a reclamada através sócio/preposto sr. (a). Maria Isabel Brandão Mollica, assistido pelo (a) dr.(a) Marcia Aparecida Rossanezi OAB/SP 254972, que ora junta carta de preposição.
>
> Conciliação rejeitada.
>
> Ausente a 1ª reclamada, fica declarada sua revelia e aplicada a pena de confissão quanto a matéria de fato".

Nada a se opor a isso, essa é a regra. É exatamente a aplicação da lei no âmbito da Justiça do Trabalho.

> (...) "Contestação escrita com documentos pela 2ª reclamada." (...)
>
> Apenas a União.
>
> "Concedo à reclamante prazo de 05 dias para manifestar-se acerca da defesa e documentos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12786993.

> A patrona da reclamante requer antecipação da tutela para que seja procedida baixa em CTPS."

E aí prossegue a Ata de Audiência.

Aqui eu verifico que, posteriormente, na sentença que foi proferida em audiência também do mês de agosto de 2008, no dia 22 daquele mês, foram condenados a empresa terceirizada, que foi declarada confessa, e a União, de forma subsidiária, pelo inadimplemento da primeira reclamada.

Permitam-me aqui - peço escusas por repetir-, foram condenadas a primeira reclamada e, subsidiariamente, a União

> "a pagar à reclamante (...) saldo salarial de 29 dias, aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional 03/12, férias proporcionais 03/12, com acréscimo de 1/3, aplicando-se a referidos títulos o disposto no art. 467 da CLT, FGTS mais a indenização de 40% sobre as verbas rescisórias, consistentes no saldo salarial, aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional 03/12 e férias proporcionais 03/12, com acréscimo de 1/3, indenização de 40% sobre o FGTS do período laboral e a multa descrita no art. 477, § 8º, da CLT".

Vejam, como fiscalizar todas essas verbas, sendo isso inclusive após uma rescisão contratual? Durante o contrato da reclamante com a empresa terceirizada, ela não apresentou a reclamatória. Ela foi apresentada depois. A primeira reclamada, a empresa terceirizada não comparece, ré confessa. Tudo aquilo que foi alegado é presumido. A União não teria sequer elementos para fazer a defesa: se, por exemplo, a demissão foi com justa causa ou não, se estavam pendentes ou não aquelas verbas salariais e indenizatórias.

Essa é a minha dificuldade no caso concreto, e mesmo neste caso concreto, de se dizer que não é uma aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, Ministro **Luiz Fux**. Eu penso que aqui, pela leitura das peças dos autos, nós estamos exatamente diante de uma responsabilidade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12786993.

objetiva do Estado para além de uma presunção de ausência de fiscalização por parte do Estado, no caso específico, da União.

Por isso, sem tomar mais o tempo da Corte, eu vou rogar vênia à eminente Relatora, por seu magnífico voto aqui proferido, rogar vênia aos eminentes Colegas que a acompanharam, para me somar à divergência aberta pelo Ministro **Luiz Fux** e, também, ao belíssimo voto trazido pelo Ministro **Marco Aurélio**. Portanto, conheço em parte do recurso e, nessa parte, - penso que é unanimidade, todos dele conhecemos em parte -, dou provimento ao recurso extraordinário.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12786993.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ADIANTAMENTO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Atualmente, as reclamações constitucionais cujo objeto se relaciona com a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei 8.203/93 pela Justiça do Trabalho vêm a esta Corte com o paradigma da ADC 16, tendo a jurisprudência se desenvolvido no sentido de, uma vez verificada a ausência de análise de elemento de fato e de provas para substanciar a condenação de Administração Pública, julgar-se procedente a reclamação para se cassar a decisão condenatória e se determinar à autoridade reclamada, que pode ser juiz de primeira instância ou uma Corte Regional ou o próprio TST, que profira nova decisão, respeitando aquele entendimento da ADC 16 no sentido de se admitir a responsabilidade subsidiária do Poder Público com base em prova nos autos da omissão da Administração na fiscalização do contrato.

Esse entendimento foi adotado, inicialmente, nas Reclamações 7.517 e 8.150, julgadas na mesma Sessão Plenária em que se julgou a ADC 16.

Mas entendo que esse entendimento acabou se mostrando prejudicial à própria carga de trabalho deste Tribunal.

E explico: primeiro, a discussão acerca da aplicação do § 1º do art. 71 da Lei 8.203/93 pela Justiça do Trabalho passou a vir a essa Suprema Corte em sede de reclamação constitucional contra decisão de qualquer instância da Justiça do Trabalho - desde a primeira, desde a regional, até a Superior.

Antes, a discussão acerca da aplicação do § 1º do art. 71 pela Justiça do Trabalho somente chegaria ao Supremo, caso a caso, em sede de recurso extraordinário, o qual, para ser admitido, exige o esgotamento dos meios recursais na Justiça do Trabalho, ou seja, decisão colegiada do TST, o que acabamos de fazer agora ao julgar este caso em RE.

Segundo ponto por que eu entendo ter sido prejudicial a esta Corte aquele entendimento: as novas decisões proferidas pela Justiça do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13107305.

Trabalho ditas em cumprimento à decisão do Supremo em reclamação constitucional com fundamento na ADC 16 passaram a ser fundamentadas, muitas vezes, na afirmação genérica de culpa da Administração Pública. Isso acabou gerando petições incidentais - muitas vezes em reclamações já em curso aqui - nas quais se alegava o descumprimento da decisão de procedência da reclamação constitucional já transitada em julgado, ou mesmo novas reclamações constitucionais contra a mesma autoridade reclamada, sem que se gerasse litispendência, pois as decisões reclamadas objeto de novas reclamações eram diferentes das que haviam sido objeto de questionamento das reclamações anteriores.

Uma terceira hipótese que acabou vindo a esta Corte foi a de novas reclamações constitucionais a cada decisão tomada em cada uma das instâncias da Justiça do Trabalho em um mesmo processo. Então, às vezes, um mesmo processo, Ministro **Marco Aurélio**, gerava várias reclamações, conforme ia passando nas respectivas instâncias da Justiça do Trabalho.

Então, eminentes Presidente, Ministra **Rosa Weber** e Colegas, notem que, além de o Supremo ser demandado caso a caso nos processos em que se discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em contratos administrativos firmados após procedimento licitatório, um único processo em curso na Justiça do Trabalho passou a comportar, ou a demandar, mais de uma decisão do Supremo - isso não é racional - em sede de reclamações constitucionais, além dos recursos extraordinários que acabam por chegar até aqui. Eu abro essas premissas para nós refletirmos muito sobre a tese que vamos fixar aqui.

Então, dessa perspectiva, é inegável que o provimento, a procedência deferida em reclamação, com paradigma na ADC 16, somado ao comportamento da Justiça do Trabalho, que, a rigor, por maioria, tende a se adequar àquela decisão da ADC 16, acabou por gerar uma sobrecarga descomunal de competência originária do Supremo em sede de reclamações constitucionais.

É por isso que eu proponho que, na tese a ser fixada, fique claro que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13107305.

só caberá reclamação constitucional com base nesses paradigmas após o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em consonância com a regra do art. 988, §5º, II, do CPC.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13107305.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, esse tema, como disse no início, me torturou desde o início, essa questão da indefinição quanto ao resultado. Como proclamar um resultado que não nos leve a esse processo de permanente ritornelo? E Vossa Excelência agora faz uma visita, que os ministros Fux e Marco Aurélio já haviam feito, nos próprios autos, demonstrando a dificuldade de, na prática, fazer-se esse exame, tendo em vista rescisões que já tinham ocorrido depois de encerramento de contratos e tudo o mais.

Eu temo - e já havia dito isto - que um julgamento nosso que não traduza uma decisão que reforce e sinalize que não nos estamos afastando do *decisum* da ADC 16 venha a propiciar aquilo que vimos com a edição do segundo enunciado, que notoriamente destinou-se a contornar nosso entendimento.

De modo que vou pedir todas as vênias à ministra Rosa, já o havia feito antes, para rever meu voto e somar ao dos ministros Fux, Marco Aurélio e ao de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, Vossa Excelência conhece em parte e, na parte de que conhece, provê o recurso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só queria anotar, Presidente, minha assessoria adverte, que, em relação a essa parte dos juros que se diz infraconstitucional, haveria o Tema 810, de repercussão geral reconhecida.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580452.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não tem decisão, se me permite, Ministro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

No sentido de que é infra?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não teria sido..., estava sendo discutido.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Especificamente com relação ao ARE, porque aí são juros na responsabilidade subsidiária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o 810, RE 870.947. Mas isso teria que ser verificado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas, na medida em que Vossa Excelência retifica o voto no sentido de dar provimento, verifico que não chegamos a seis votos para encerrar o julgamento no atual estágio.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Ministro, se me permite.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministra **Rosa**, com a palavra.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - ARE 696.101, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

> "EMENTA: JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. APLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE PELAS OBRIGAÇÕES INADIMPLIDAS PELO EMPREGADOR

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580452.

> PRINCIPAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (Diário da Justiça de 21 de fevereiro de 2013.)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Que é exatamente o ponto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Exatamente. Talvez o Tema 810 diga com juros com relação à Fazenda Pública, mas esse julgamento aqui é específico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

De qualquer sorte, nós não encerramos o julgamento na data de hoje. Poderemos, inclusive, analisar a questão que Vossa Excelência trouxe de outra repercussão geral que trata de juros também.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580452.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, faço apenas uma ponderação. Evidentemente, pretendo refletir sobre o tema. É que não estamos declarando constitucionalidade ou inconstitucionalidade de preceito de lei.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Perfeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, a rigor, a rigor, não sei como está a votação, não há necessidade de contar-se, em uma das correntes, com seis votos, bastando a maioria simples.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que precisamos sim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Eu ia até questionar o porquê da suspensão do julgamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se observado isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com cinco votos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Cinco a quatro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como vamos ter repercussão geral com cinco votos?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Nós estamos hoje com a ausência justificada da eminente Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E com uma cadeira vaga.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, para evitar problema regimental, eu peço vista.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Acho que não temos decisões com repercussão geral com cinco votos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só para

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580451.

deixar consignado, pessoalmente, eu acho que a minha proposta de tese produz os mesmos resultados que o voto do Ministro Marco Aurélio - sobretudo capitaneando - pretendia evitar. Quer dizer, é uma proposta que define um critério e impede a vinda de reclamações. Um adendo que o Ministro Fux sugere, e com o qual eu estou de acordo, é que votemos assim: na hipótese de reclamação, se nós entendermos que houve descumprimento da decisão, a gente mandará voltar. Portanto, continuar-se-ia o trabalho no próprio TST. Porque, se não, a gente vai gastar mais um dia de Plenário, quando eu acho que temos uma solução. Pois todos estamos de acordo com as teses da Ministra Rosa, e, neste caso concreto - se me permite, Ministro Toffoli -, eu acho que o TST de fato em muitas situações usava o argumento genérico; e estava errado. Mas aqui a União não foi capaz de demonstrar qualquer movimento de fiscalização. De modo que aí eu acho que, se nós dermos ganho de causa para a União, quando ela confessadamente não fiscalizou, violaremos a própria posição da ADC 16, em que se entendeu que o art. 71, § 1º, era constitucional. Porém, se houvesse vício na fiscalização, poder-se-ia responsabilizar o poder público subsidiariamente. Aqui há confissão de não fiscalização, de maneira que, com todas as vênias, este é tipicamente um caso em que, se a União ganhar, nós estaremos descumprindo a ADC 16.

Mas a minha preocupação é quanto a não gastar mais uma Sessão de Plenário, quando eu acho que nós temos uma solução que resolve o problema. Apenas gostaria de consignar isso e submeter à consideração de Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Edson Fachin**, gostaria de fazer uso da palavra?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, nessa direção que o Ministro Luís Roberto Barroso acaba de se manifestar, eu acompanhei todas as manifestações que vieram ao Plenário no dia de hoje e posso talvez estar equivocado, mas há uma compreensão majoritária que se alinha com a posição que o Ministro Barroso trouxe a partir do voto da Ministra Rosa. Evidentemente, todos percebemos que há alguns dissensos em alguns aspectos de fundamentação; mas o ponto

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580451.

de vista das teses que o Ministro Luís Roberto Barroso trouxe, ao lado das duas fixadas no voto da Ministra Rosa, incorpora as preocupações que foram vertidas em maior ou menor grau pelos Ministros desta Corte. Se, portanto, tivermos uma percepção majoritária - quiçá até mesmo de seis ou sete votos que sejam harmônicos - em relação às teses sugeridas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o problema remanescerá quanto ao desate do caso concreto. Talvez pudéssemos compreender que o desate do caso concreto aqui tem um relevo menor do que a fixação dessa diretriz em sede de repercussão geral. Portanto, até mesmo fazendo uma espécie de conclamação para ver se conseguimos avançar um pouco...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Minha ponderação - e vejo que é uma observação que os eminentes Colegas já apontam no sentido de não concordar -, em primeiro lugar, era que julgássemos temas tão relevantes quanto esses com a Corte possivelmente completa.

O Ministro **Marco Aurélio** relembrou corretamente que a necessidade de maioria absoluta é para a declaração de constitucionalidade, ou de inconstitucionalidade. No âmbito deste recurso extraordinário, nós não teríamos esse ponto em análise.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, de qualquer sorte, Presidente, não temos como fixar um entendimento que ganha características de vinculação com um cinco a quatro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Essa era minha ponderação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Podemos até decidir no caso concreto dessa forma. Então, o caso é impróprio para repercussão geral. É isso que resulta.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580451.

Hoje, a repercussão geral tem efeito muito mais amplo do que os efeitos vinculantes da ADI, da ADC, com suspensão dos processos, com a obrigatoriedade de aplicação, com a possibilidade de devolução, cassação das decisões, tudo aquilo que está no CPC, tanto no antigo, quanto no novo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que 5 a 4 é igual a 6 a 5.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é igual, porque no julgamento seguinte pode-se mudar. Isso é evidente. Inclusive com duas cadeiras vazias.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não. Não, porque não volta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é igual.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se houver repercussão geral, não volta. Está decidido.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Com todo respeito, eu pensei que a tese, onde ela reafirma o que foi afirmado na ADC 16 e onde ela estabelece que não fere o texto constitucional a imputação de responsabilidade subsidiária e que o ônus da prova é da Administração Pública, eu achei que não existisse – com todo respeito, talvez eu tenha compreendido mal –, que a divergência aqui fosse no caso concreto. Por isso é que eu estaria endossando a manifestação do Ministro Edson Fachin.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580451.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu queria também aduzir um argumento que já foi, salvo melhor juízo, ventilado. Hoje, a realidade *hic et nunc* da Corte é que nós estamos com um Plenário de dez membros. Quer dizer, existe a possibilidade futura de que ela seja recomposta no total de onze membros, mas é preciso esperar a sabatina do Senado, nós temos o carnaval etc, e a Corte precisa funcionar. Então, a maioria absoluta hoje não demanda, *data venia*, seis votos, mas sim os cinco votos. Essa é a realidade hoje. E nós temos já esse número, a questão foi, *data venia*, fartamente discutida, o eminente Ministro Barroso trouxe, a meu ver, salvaguardas importantes, necessárias e suficientes para que a matéria seja bem equacionada. Eu creio que temos todas as condições para prosseguir.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Luiz Fux**?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu gostaria... Até já comentei com alguns Colegas. Nós temos inúmeras reclamações ainda pendentes sobre esse mesmo tema. Então, digamos assim, nós travamos aqui um debate sobre o nível constitucional, no campo jurídico, e também aproveitamos para, reflexamente, analisarmos essa questão institucional do número imoderado de reclamações sobre esse tema.

Então, a modulação apresentada traz salvaguardas. Eu até imaginei que nós pudéssemos, dentre essas salvaguardas, estabelecer que a reclamação tivesse uma eficácia cassatória. Ou seja, fosse um recurso... porque ele é de cassação. Na origem, na ideologia da reclamação, é a antiga correição, que cassava a decisão. Então, nas hipóteses desses casos, quando nós entendermos que o tribunal reclamado não obedeceu aos critérios que nós vamos fixar, que nós nos limitássemos a mandar devolver, para que eles decidam segundo esse critério, porque nós não podemos virar Corte Revisora das decisões do tribunal reclamado. Vamos ter que analisar se eles cumpriram todos aqueles requisitos na prática - se a obrigação trabalhista foi cumprida, se foi cumprida por inteiro ou

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580451.

parcialmente. Então, para evitar o efeito inverso, que é trazer mais reclamações com mais complexidade, porque é o julgamento do mérito da reclamação quanto à matéria de fundo por desobediência a esses critérios, é de bom alvitre devolver para o tribunal de origem reclamado e mandar aplicar esses critérios, decidir à luz desses critérios. E isso nós conseguiríamos com a repercussão geral, se nós fixássemos essas teses hoje.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Todas essas questões são realmente importantes, inclusive a proposta que Vossa Excelência formula.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu cheguei, inclusive, a aplicar nas reclamações pendentes, que seriam devolvidas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580451.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

P R O P O S T A D E A D I A M E N T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA estará presente na sessão plenária de amanhã.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): Daí minha ponderação de aguardarmos, de suspendermos o julgamento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Penso ser importante ouvir a eminente Ministra ROSA WEBER a respeito da questão referente ao exame por amostragem, tendo em vista a conclusão a que chegou em seu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas Vossa Excelência sugere que a Ministra Rosa se pronuncie depois da Ministra Cármen?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não, a Ministra ROSA WEBER pode pronunciar-se hoje mesmo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Eu já havia até trocado algumas ideias com o Ministro Luís Roberto e dito a ele que eu ficaria na tese minimalista como tenho votado em todas as repercussões gerais. Mas que, no caso, ressalvo meu entendimento e endosso as salvaguardas que foram propostas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência, Senhora Relatora, acompanha, então, a proposta?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580450.

Acompanha.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, a eminente Ministra **Rosa Weber**, Relatora, subscreve as sugestões trazidas à tese, que foram, inclusive, distribuídas aos eminentes Colegas pelo Ministro Luís **Roberto Barroso**.

Vou colher, após o voto agora da Ministra Relatora, os votos dos Colegas a respeito da tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que o eminente Decano colocou essa questão: aguardemos amanhã a ministra Cármen.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Foi minha sugestão inicial, mas eu verifiquei que vários Colegas rejeitaram essa sugestão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não vamos ter maioria para fixar isso como repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Será uma questão de ordem...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A ponderação do Decano é uma ponderação que deve ser...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eu também acompanho a ponderação feita pelo Ministro Celso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Que foi exatamente a ponderação inicial que eu havia feito. Mas vou colher os votos para registrar.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580450.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Em relação às teses?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não, em relação a suspendermos e continuarmos amanhã essa votação com a presença da Ministra Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que, ainda que acolhamos a sugestão do Decano, deixar clara a posição que cada um votou, seria bom.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Quanto à tese, sim.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580450.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vou reiterar o que eu já houvera manifestado, Senhor Presidente, porque acredito que a Ministra Rosa acaba de se manifestar subscrevendo, à luz do seu voto, as sugestões que o Ministro Roberto Barroso fez.

Eu já havia, ainda que implicitamente, postado-me nessa direção, e eu faço por igual: também subscrevo todas as teses e creio ser prudente e recomendável aguardarmos a Sessão do dia de amanhã com a presença da nossa Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12719566.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acompanho as minhas teses e acolho a sugestão do Ministro Celso.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12946636.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu também subscrevo as teses do Ministro Barroso. Acrescento que essa tese que o Ministro Barroso vai dar redação, no sentido de que procedente a reclamação, haja cassação da decisão com o retorno dos autos ao tribunal para que obedeça a nossa tese subdividida em critérios.

E também, evidentemente, acompanho a sugestão do Decano de aguardarmos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957017.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu também acompanho, não apenas o belo voto da Ministra-Relatora, como, agora, as sugestões do eminente Ministro Barroso.

Eu tenho a impressão de que Sua Excelência acolheu a minha proposta de que nós insiramos a expressão "admitida a comunicação por parte dos interessados" para reforçar um pouco a fiscalização por amostragem.

Eu estou de acordo e acolho também a sugestão do eminente Decano, como não poderia deixar de acolher.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12833626.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Amanhã, eu me reservo o direito, a possibilidade, de discutir. Acho que é possível que fixemos determinadas premissas para explicitar o que estamos fixando e, talvez, na linha do que disse o ministro Fux, até definir como vamos manejar as reclamações.

Minha insegurança em relação ao desprovimento - e já havia manifestado - é que, diante da clareza de nosso texto em relação à decisão da ADC, estamos vendo esta confusão geral que já produziu mais de quinhentas reclamações.

Portanto, diante de um caso em que o Supremo disse: tem efeito vinculante a decisão, a leitura do art. 71, já recebemos mais de quinhentas reclamações. É um escárnio a esta Corte.

Agora, se dissermos que está desprovido o recurso, qual será a leitura que se vai fazer? De um recurso que não é dotado de efeito vinculante, vão falar que a fórmula é de *obiter dicta*, que a decisão não tem eficácia. Se fosse, então, uma decisão de cinco a quatro, com maior razão, sobretudo porque é uma Corte constitucional que não é composta por juízes trabalhistas. Então, já desqualificam-se pela origem.

Em suma, a mim, me parece, que essa questão tem de ser definida com muita clareza. Acho que têm de ser incorporadas, de fato, algumas recomendações, mas tenho pouca - deve ser meu estado de ceticismo hoje - fé de que venha resultar efetivo. De modo que acho que tem de haver, por isso, inclusive, saudei a ênfase com que Vossa Excelência colocou o tema.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12799765.

No mais, também, manifesto-me no sentido da ponderação que Vossa Excelência já havia feito e que o Decano encetou no sentido de amanhã ter. E acho que uma questão que temos de definir, uma questão de ordem, é decisão sobre repercussão geral, qual é o *quorum*? Não é a primeira vez que esse tema se coloca, sobretudo diante de vácuos eventuais, porque podemos ter, num julgamento seguinte, a mudança do placar, com a inversão, com a negação, daquilo que afirmamos com repercussão geral.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12799765.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, faço duas observações.

Não pretendo me despedir da capa antes da sessão do dia de amanhã, por isso adiro à proposta formalizada pelo ministro Celso de Mello.

Em segundo lugar, Presidente, fiquei vencido. Considero incompatível a adesão à tese proposta, porque ligada ao desprovimento do recurso. Provi o recurso, inclusive, em maior extensão. Entendo que a proposta do ministro Luís Roberto Barroso, já com a adesão da Relatora, coaduna-se mais com o provimento parcial.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12862795.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Penso que se impõe acolher a ponderação feita por Vossa Excelência, Senhor Presidente...

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13466822.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu também acompanho a sugestão do Ministro **Celso de Mello** no sentido de suspendermos a proclamação desse resultado em razão da importância, da dimensão e da necessidade de deliberarmos com seis votos, seja em um ou em outro sentido. E já me manifestei dessa forma em outros julgados.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12787165.

08/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Após o voto da eminente Ministra **Rosa Weber**, ratificado, na data de hoje, e retificado, quanto à tese, adotando as propostas...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Perdão, Presidente, eu não retifiquei a tese. As teses propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso são as minhas. Estão todas explicitadas, eu apenas havia feito de uma maneira minimalista.

E ressalvei o meu entendimento quanto à explicitação dessas salvaguardas que sequer foram debatidas nos autos, mas isso é uma questão minha, pessoal, tenho manifestado essa compreensão em todos os processos previdenciários de repercussão geral.

Então, ressalvada essa minha compreensão, eu acho que o Plenário, esse debate rico, permite o aperfeiçoamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Sim, mas é que Vossa Excelência, na sessão anterior, votou com uma tese e, hoje, Vossa Excelência registrou a adesão às sugestões do Ministro **Barroso**. Então eu tenho que registrar isso na ata.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não é que eu tenha votado. Perdão, Presidente! É porque nós costumamos primeiro votar o caso concreto e depois nós passamos ao debate da tese. Eu apenas disse, na sessão anterior, que eu ia explicitar a tese como uma maneira de deixar, absolutamente, clara a minha compreensão sobre o tema. É porque nós teremos que primeiro...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, diante da posição e da compreensão de Vossa Excelência, eu vou fazer a sugestão de proclamarmos apenas a parte dispositiva.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Por ser julgamento de um caso concreto...

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580449.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E Vossa Excelência, inclusive, diante dessas discussões que se agregaram a seu voto, Vossa Excelência, que é a Relatora, poderia trazer, até para distribuir a todos os eminente Colegas, a proposta como hoje Vossa Excelência a formularia.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Penso que a Ministra ROSA WEBER incorpora os acréscimos sugeridos pelo Ministro ROBERTO BARROSO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Só para termos a visualização do debate.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não precisa confundir o que é simples. A Ministra Rosa enunciou teses mais sucintas. Eu incorporei todas as teses da Ministra Rosa e agreguei mais duas ou três proposições. A Ministra Rosa, gentilmente, disse que acata essas sugestões...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu estou fazendo a sugestão de isso ser colocado...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Já está pronto! É essa que eu distribuí.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Exatamente, para conhecimento de todos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580449.

15/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Este Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada no processo, no qual se discute *"a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços"*.

Como asseverou a Ministra Relatora *"o presente recurso extraordinário trata da mesma matéria examinada no RE 603.397 (responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização), o que possibilita a sua inclusão como paradigma vinculado ao Tema 246"*.

2. Na espécie, impugna-se acórdão proferido pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que imputou à União a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, por não ter demonstrado, em juízo, a efetiva fiscalização do contrato administrativo.

Tem-se na ementa do acórdão recorrido:

> *"TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N° 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC N° 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1°, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927,* CAPUT, *DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

OBSERVÂNCIA DA SÚMULAVINCULANTE N° 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERALNA ADC N° 16-DF. SÚMULA N° 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, §2°, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n° 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4° da Lei n. 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso 111, 66, 67, caput e seu ~ 1°, 77 e 78 da mesma Lei n. 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8° da CLT), não se possa identificar a presença .de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa n. 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC n. 16-DF e da própria Súmula Vinculante n. 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula n° 331, em sua sessão extraordinária realizada em24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "SÚMULA N° 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n° 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada" . Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo onus probandi *e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

> *MULTAS DOS ARTIGOS 467 E 477 DA CLT. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no entendimento de que a responsabilização subsidiária, prevista na Súmula n. 331, item IV, do TST, implica o pagamento da totalidade dos débitos trabalhistas, inclusive as multas legais ou convencionais e verbas rescisórias ou indenizatórias. Esse entendimento acabou sendo consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, que, em sessão extraordinária realizada em 24/05/2011, decidiu inserir o item VI na Súmula n. 331 da Corte, por intermédio da Resolução n. 174/2011 (decisão publicada no DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011), com a seguinte redação: "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas".*
>
> *Agravo de instrumento desprovido.*
>
> *JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA. "A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficiada limitação dos juros, prevista no artigo 1º da Lei n. 9.494, de 10.09.1997" (Orientação Jurisprudencial n. 382 da S8DI-1).*
>
> *Agravo de instrumento desprovido.".*

3. A Procuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso, com base no decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

4. Iniciado o julgamento em 2.2.2017, a Ministra Relatora, Rosa Weber, conheceu parcialmente do recurso, exclusivamente quanto ao tema *"terceirização e responsabilidade subsidiária da administração"* e, na parte conhecida, a ele negou provimento.

Em seu voto, reafirmou-se a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, nos termos do decidido por este Supremo Tribunal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, assentando que *"o inadimplemento das obrigações trabalhistas por empresa terceirizada não implica transferência automática desta responsabilidade à Administração Pública"*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

(degravação livre, sessão 8.2.2017).

Num segundo momento, desproveu o recurso mantendo o acórdão condenatório, concluindo que *"a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública em caso de culpa* [in vigilando] *comprovada, não ofende o texto constitucional, observados os princípios disciplinadores da inversão do ônus da prova (matéria infraconstitucional) que recai sobre a Administração* [o ônus de provar que fiscalizou a execução do contrato de trabalho é do Poder Público]" (degravação livre, sessão 8.2.2017).

5. Prosseguindo o julgamento, em 8.2.2016, acompanharam a Relatora os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Melo.

Ao acompanhar o voto da Relatora o Ministro Roberto Barroso enfatizou o reconhecimento, pela União, da não fiscalização do contrato de trabalho, na espécie. Propôs, contudo, acrescentar as seguintes conclusões à tese da Relatora:

> *"compete à Administração Pública o ônus de provar que houve fiscalização. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio e não de resultado e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem estruturada pelo próprio ente público com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção* iuris tantum *de razoabilidade.*
>
> *Constatada pelo Poder Público a ocorrência de inadimplemento de obrigações trabalhistas, pela contratada, deverá ele tomar as seguintes providências: 1) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; 2) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada.*
>
> *Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública com base em afirmação genérica de culpa* in vigilando *sem indicar com rigor e precisão os fatos e as circunstâncias de sua culpa*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

> in vigilando, *ou se for comprovada pela Administração a realização de fiscalização por amostragem e a adoção as medidas mitigadoras antes indicadas"* (degravação livre, sessão 8.2.2017).

Provendo em parte o recurso, divergiram da Relatora os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, adstritos ao decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e à *ratio legis* da Lei n. 9.032/1995, na qual somente se estabeleceu responsabilidade solidária para encargos fiscais previdenciários, sem erigir a pretendida responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Naquela assentada, centrou-se a discussão, especialmente, na aferição da chamada culpa *in vigilando*, quanto à possibilidade de a fiscalização da execução do contrato de trabalho (quer seria um ônus da Administração) ser feita por amostragem e, eventualmente, de ser caracterizada de modo genérico (em desfavor do Poder Público).

6. Não conheço do recurso no tocante à incidência dos juros de mora e multas pois, na linha do que asseverado pela Relatora, Ministra Rosa Weber *"a inconformidade recursal específica versa sobre matéria eminentemente infraconstitucional conforme expressamente reconhecido por esta Corte quanto aos juros no julgamento do ARE n. 696.101, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski"* (degravação livre, Sessão 2.2.2017).

Assim, conheço parcialmente do recurso no que concerne à aludida responsabilidade subsidiária da Administra Pública pelos encargos trabalhistas em contratos de terceirização.

7. Em 24.11.2010, quando este Supremo Tribunal decidiu pela procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 (Dje 9.9.2011), declarando constitucional o art. 71[1], §1º, da Lei Federal n.

---

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

8.666/1993, asseverou a impossibilidade de transferência automática da responsabilidade pelos encargos trabalhistas decorrentes de contrato de terceirização, à Administração Pública tomadora dos serviços:

> *"RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995"* (ADC 16, Relator Ministro Cezar Peluso, Pleno, Dje 9.9.2011).

Naquela assentada, proferi voto-vista asseverando que *"a responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omisso de agente público que aja nessa qualidade."*

No ponto, realcei ainda que

> *"o dever de fiscalização cuidado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal diz respeito, prioritariamente, ao objeto do contrato administrativo celebrado. Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.*
>
> *Eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento,*

---

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

> *pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa".*

Concluí então que *"A aplicação do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas".*

8. Não desconheço, portanto, os precedentes deste Supremo Tribunal quando demonstrada a possibilidade de responsabilização subjetiva e subsidiária da Administração Pública nesses casos.

Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Roberto Barroso, no Agravo Regimental n. 23865, Primeira Turma, Dje 6.9.2016:

> *"3. Como se vê, o Tribunal, de fato, declarou a validade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Nesse mesmo julgamento, porém, o Min. Cezar Peluso (relator) esclareceu que o dispositivo veda a transferência automática dos encargos trabalhistas ao contratante, mas "isso não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade". A mesma linha foi observada em diversas reclamações ajuizadas sobre o tema:*
>
> *"Embargos de declaração na reclamação. Conversão em agravo regimental. Responsabilidade Subsidiária. […] 2. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 3. As entidades públicas contratantes devem fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado. […] 4. A comprovação de culpa efetiva da Administração Pública não se revela cognoscível na estreita via da Reclamação Constitucional, que não se presta ao reexame de matéria fático-probatória". (Rcl 14.151 ED, Rel. Min. Luiz Fux)

"RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA 'IN VIGILANDO', 'IN ELIGENDO' OU 'IN OMITTENDO' – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO". (Rcl 12.580 AgR, Rel. Min. Celso de Mello)

4. No caso, para a afirmar a culpa in vigilando, o acórdão reclamado baseou-se nas evidências da ausência de fiscalização do contrato de terceirização, não contraditadas pelas provas apresentadas pelo ente público. A única forma de superar a conclusão do julgado seria pelo reexame das cláusulas do acordo e pela reabertura do debate fático-probatório, inclusive relativo à configuração efetiva da culpa ou omissão da Administração, ou, ainda, à correta aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, o que é inviável em reclamação (Rcl

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

3.963 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 4.057, Rel. Min. Ayres Britto).

5. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. Considerando que o uso de meios processuais manifestamente inadmissíveis gera efeitos danosos à prestação jurisdicional, tomando tempo e recursos escassos desta Corte, causando, ainda, prejuízos à parte contrária, condeno a parte agravante a multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, ficando este ponto sujeito à unanimidade do presente julgamento (art. 1.021, § § 4º e 5º, do CPC/2015). Em razão da especialidade do procedimento da reclamação, a execução da multa deve ser realizada no juízo de origem" (Rcl. 23865 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Dje 6.9.2016)

9. Entretanto, na Reclamação n. 1532, analisei a matéria com mais aprofundidade, com vistas às normas regulamentares que impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar os contratos de terceirização de mão-de-obra. Naquele julgado, tratei, especificamente, da imputação de culpa *in eligendo* e *in vigilando* à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel execução da normas trabalhistas, pela empresa empregadora, no contrato administrativo de terceirização:

"Da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16

1. Em sessão plenária de 10.9.2008, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, o Relator, Ministro Cezar Peluso, votou no sentido de não conhecer da ação, por ausência de demonstração da existência de controvérsia judicial relevante sobre a validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

Segundo o Ministro Cezar Peluso, o Autor da ação não teria interesse jurídico de agir, pois eventual reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações não afastaria a aplicação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que decorreria da apreciação de fatos, de comportamento da Administração Pública, não estando fundamentada, portanto, na inconstitucionalidade da norma objeto daquela ação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

O Ministro Marco Aurélio votou pela admissão da ação, por entender demonstrada a existência de efetiva e relevante controvérsia judicial sobre a interpretação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

Asseverou que, se a jurisprudência trabalhista fosse pacífica no sentido da responsabilização subsidiária da Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho não teria editado a Súmula n. 331, projetando para o campo da inconstitucionalidade o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, pelo que eventual procedência da ação declaratória resultaria na revisão daquele verbete pelo Tribunal especializado.

O julgamento foi suspenso pelo pedido de vista feito pelo Ministro Menezes Direito.

Com o falecimento do Ministro Menezes Direito e por ter atuado o seu sucessor, Ministro Dias Toffoli, como Advogado-Geral da União na causa, vieram-me os autos daquela ação para continuidade do julgamento.

Em voto-vista, acompanhei a dissidência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, votando pelo conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, e, no mérito, pela declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71 da Lei 8.666/1993, nos termos seguintes:

"Na espécie, o dispositivo em questão - art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93- regulamenta expressamente o art. 37, inc. XXI da Constituição da República.

(...)

Autorizada a contratação pela entidade da Administração Pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quanto este não o tiver feito.

Não se poderia também onerar o objeto do acordo ou criar qualquer situação que venha restringir a regularização e o uso das obras ou edificações, inclusive perante o registro de imóveis, sem base legal para tanto.

Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República.

(...)

É certo que o dever de fiscalização cuidado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal diz respeito, prioritariamente, ao objeto do contrato administrativo celebrado. Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

(...)

A aplicação do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.

Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada" (DJ 9.9.2011, grifos nossos).

Vencido quanto ao conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, o Ministro Cezar Peluso acompanhou-me no mérito, fazendo retificação de seu voto e ressaltando que "se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa" (DJ 9.9.2011, grifos nossos).

Naquela ocasião afirmei que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 é taxativo e que "no contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que são entregues ao contratado. Se a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa" (DJ 9.9.2011).

Em 24.11.2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, vencido o Ministro Ayres Britto e impedido o Ministro Dias Toffoli, para declarar a constitucionalidade do § 1º, do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

2. Atentos para a necessidade de se esclarecerem as balizas segundo as quais a Administração Pública poderia vir a ser, excepcionalmente, responsabilizada pela "inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais", os Ministros deste Supremo Tribunal ponderaram:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.

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

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

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso.

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

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

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sabemos o que ocorre quando se edita verbete sobre certa matéria. A

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

tendência é partir-se para a generalização.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - É muito pouco provável que a Justiça do Trabalho tenha examinado a responsabilidade desses administradores para definir se houve, ou não, culpa in eligendo, se houve, ou não, falta de fiscalização. É bem pouco provável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se todos estiverem de acordo, eu também supero a preliminar e julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida sobre a constitucionalidade" (DJ 9.9.2011) .

3. O reconhecimento da constitucionalidade de norma que veda a transferência à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, decorre do pacífico entendimento no sentido de que os atos administrativos presumem-se válidos, legais e legítimos.

4. Em estudo sobre o tema asseverei:

"Considerada atributo do "ato administrativo", a presunção de validade dos comportamentos da Administração Pública é um reflexo do princípio da juridicidade [legalidade] administrativa. Somente é válido o comportamento conforme e compatível, extrínseca e substancialmente, com o Direito.

A presunção, em Direito, é conceituada por Clóvis Beviláqua como "A ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido".

Sendo a juridicidade obrigatória para a Administração Pública, não se cogita que dela se subtraia o administrador público ou aquele que em nome ou por delegação administrativa atue, pelo que se supõe, primária e precariamente, que os atos da Administração sejam consoantes e compatíveis, em forma e substância, com o quanto disposto no Direito vigente.

A presunção de validade dos atos da Administração Pública exerceria, no Direito Administrativo, segundo alguns autores, o papel que a boa-fé exerce no Direito Privado, tendo ambos a mesma finalidade, qual seja, a de assentar os fundamentos de certeza e consistência jurídica das relações firmadas, realizando-se, destarte, a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

função estabilizadora que compete ao Direito.

Por presunção de validade entende-se aqui, pois, a ilação, elementar, precária e relativa, de cada ato da Administração Pública ser conforme e compatível com o Direito.

Esta presunção não se atem aos aspectos formais dos atos da Administração Pública, devendo ser considerada também quanto aos aspectos material e teleológico do comportamento. Estende-se ela, pois, a todos os elementos do ato da Administração Pública, forma e merecimento, e a todos os elementos que lhe integram a essência como o perfeito atendimento do interesse público, à Justiça, à equidade e à moralidade pública. (…)

Se a cada comportamento administrativo correspondesse embargo de algum interessado e não houvesse aquela presunção, somente prevaleceria o direito de petição e negados seriam outros direitos fundamentais. Assim, o interesse público fundamenta também aquela presunção de validade, não podendo o seu questionamento embaraçar a atividade administrativa, salvo nas hipóteses em que o próprio ato pelo qual ela se veicule seja suspenso em razão da argüição feita e das demonstrações nele apresentadas no sentido de sua invalidade.

No Direito, a presunção de validade dos atos jurídicos e, em especial, dos atos da Administração Pública, de que aqui se cuida, nem sempre é expressa em norma jurídica, conquanto ela repouse no sistema de Direito adotado. Salvo hipóteses concernentes a atos administrativos especificados pela legislação, tal presunção dispensa declaração expressa, sem que apenas por isso seja considerado inexistente ou de aplicação restrita.

O seu fundamento jurídico determina a sua natureza. Assim, a presunção de validade dos atos administrativos pode ser comum (hominis ou júris tantum) ou legal (de jure).

Para a generalidade dos atos da Administração Pública prevalece a presunção comum, contestável e extinguível mediante comprovação da ruptura ou da afronta ao Direito neles encontrada ou por eles cometida. A prova da invalidade do ato fulmina-o e determina a sua retirada do mundo jurídico. Daí por que antes se afirmou ser a presunção de validade relativa e sujeita à contrastação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

A presunção comum, diversamente da legal, não dispensa a autoridade administrativa do ônus da prova, mas coloca-a em situação passiva, cabendo ao autor da impugnação produzir a demonstração das irregularidades alegadas" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte, Editora Lê, 1994. p. 121-123, grifos nossos).

5. Tanto significa que as declarações e as informações oficiais de agentes públicos, no exercício de seu ofício, têm presunção relativa (juris tantum) de legitimidade e devem prevalecer até prova idônea e irrefutável em sentido contrário.

A exceção à regra geral estabelecida no art. 71, § 1º, da Lei n. 8666/1993 é a responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de descumprimento de contrato firmado com empresa terceirizada, contrato administrativo que, repete-se, não se confunde com aqueles outros contratos de trabalho, ajustados entre empresa vencedora de licitação e os seus trabalhadores.

Como toda exceção há ser interpretada com parcimônia e cautela, é de se realçar que a manutenção de atos reclamados, como se tem no caso vertente, exige a objetiva e cabal comprovação de ter a Administração Pública deixado de observar as normas relativas à validade do contrato firmado ou descumprido seu dever de fiscalizar a sua execução.

Logo, para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.

6. Não se pretende, com isso, sugerir possa a Administração Pública ser irresponsável pela conduta de seus agentes. Mas os trabalhadores de empresa contratada não são agentes públicos.

Decorre da Constituição da República a compulsória observância das normas legais que regem a atuação estatal, em especial os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

da publicidade e da eficiência.

7. À luz desses princípios, a Administração Pública Federal aprovou a Instrução Normativa (IN) nº 02/08, alterada pela Instrução Normativa (IN) n. 03/09, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), objetivando disciplinar a conduta a ser adotada pelos gestores responsáveis pela execução e fiscalização dos contratos administrativos, o que repercute na esfera contratual trabalhista, determinando-se o adimplemento das obrigações acordadas entre a empresa contratada e seus respectivos empregados.

Tal medida de incentivo ao cumprimento das obrigações entre empresa e empregados reflete a preocupação da Administração Pública em impedir que o trabalhador particular venha a ser prejudicado pela irresponsabilidade da empresa contratada. Daí a excepcionalidade da responsabilização subsidiária da Administração Pública, que não pode se dar por mera presunção.

8. Sobre o ponto, vem sendo reafirmado nas dezenas de reclamações ajuizadas neste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, dentre as quais destaco a de n. 15.610/RS, Relator o Ministro Teori Zavascki,:

"Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À ADC 16 E À SÚMULA VINCULANTE 10. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DA SÚMULA 331 DO TST. ATRIBUIÇÃO DE CULPA AO ENTE PÚBLICO POR PRESUNÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO" (Rcl 15.610-ED/RS, Relator o Ministro Teori Zavascki, Plenário, DJ 15.10.2013, grifos nossos).

No mesmo sentido: Rcl 14.003/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 6.11.2013; Rcl 14.011/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 6..12013; Rcl 15.474/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 6.11.2013; Rcl 16.516-MC/SP, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 4.11.2013; Rcl 16.395/BA, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 16.10.2013; Rcl 16.238-MC/DF,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 2.10.2013; Rcl 16.348-MC/SP, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 23.9.2013; Rcl 16.309-MC/BA, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 19.9.2013; Rcl 16.189/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 4.10.2013; Rcl 16.200-MC/PR, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 28.8.2013; Rcl 15.987/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, decisão monocrática, DJ 23.8.2013; Rcl 16.092-MC/ES, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 15.8.2013; Rcl 13.981/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 9.8.2013; Rcl 15.677-MC/RS, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 15.5.2013; Rcl 15.628-MC/SP, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 2.5.2013; Rcl 15.263-MC/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 22.3.2013; Rcl 13.252/PR, Relator o Ministro Teori Zavascki, decisão monocrática, DJ 19.3.2013; Rcl 12.677/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, decisão monocrática, DJ 19.3.2013; Rcl 12.956/DF, Relator o Ministro Teori Zavascki, decisão monocrática, DJ 20.3.2013; Rcl 11.748/RO, Relator o Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 29.11.2012; Rcl 7.517-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 14.4.2011, entre outras.

9. Ademais, como destaquei no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é "rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual" (DJ 9.9.2011).

Não se está, com isso, a questionar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas em que se analisa a responsabilidade subsidiária a Administração Pública por descumprimento da Lei n. 8.666/1993, nem a debater sobre a natureza jurídica das obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a Administração e a empresa terceirizada e entre esta e seus empregados. Afirma-se, apenas, a impossibilidade jurídica de se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

imputar culpa sem a respectiva prova de que o dano suportado pelo trabalhador decorra diretamente da pretensa irregularidade da conduta dos agentes públicos.

Da controvérsia veiculada nesta reclamação

10. O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao aplicar a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo descumprimento de obrigações trabalhistas, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região teria desrespeitado o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e descumprido a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal.

11. Na espécie vertente, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região condenou a Reclamante, subsidiariamente, ao pagamento das verbas trabalhistas, com base na Súmula n. 331 daquele Tribunal, nos termos seguintes:

"Pacificado na jurisprudência consubstanciada no inciso IV, da Súmula 331, do C. TST, o entendimento de que o tomador dos serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas inadimplidas decorrentes do contrato de trabalho havido entre o reclamante e a prestadora do serviço.

Muito embora o vínculo empregatício tenha se dado exclusivamente com a prestadora, nem por isso deixa a tomadora de responder por eventuais danos causados por aquela ao trabalhador. Observe-se que a lei atribui responsabilidade inclusive àquele que não praticou diretamente o ato danoso: artigos 43, 932 e 942 do Código Civil e artigo 455 da CLT, por exemplo.

O fundamento da responsabilidade está na presumida culpa in eligendo e in vigilando que se atribui a quem (tomador) indiretamente (por meio do contrato com a prestadora) causou prejuízo a terceiro (empregado). Entende-se nesse caso que o tomador contratou sem as devidas cautelas ou não fiscalizou devidamente o cumprimento de obrigações decorrentes desse contrato. Não se questiona da liberdade de contratar, mas como o próprio Código Civil (artigo 421) dispõe, "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Diante da importância conferida ao trabalho na Constituição

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

Federal e a consequente proteção aos créditos trabalhistas (artigo 1º, inciso IV, artigo 6°, artigo 7°, artigo 170, "caput", e artigo 193, entre outros), ao tomador do serviço impõe-se o dever de bem escolher aquele que irá contratar para lhe fornecer mão-de-obra e, ainda, o dever de fiscalizar a atuação do contratado, pois dessa atuação pode resultar danos a terceiros (inadimplência das obrigações trabalhistas). Se não cumpre esse dever legal, pratica ato ilícito. Trata-se de aplicação do contido nos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Não há nessa construção jurisprudencial ofensa ao artigo 5°, inciso II, da CF/88, tampouco ao artigo 265 do Código Civil, segundo o qual a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.

De fato, nos termos daquela Súmula, não se está declarando que a responsabilidade decorre de obrigação solidária; a obrigação é do empregador, mas pelo inadimplemento deste, e apenas nesse caso, responde o tomador do serviço em razão do ato ilícito (descumprimento de dever legal).

Trata-se de aplicação do artigo 927, do Código Civil, não de reconhecimento de que o tomador e o prestador são solidários nas obrigações trabalhistas.

Ademais, o fato de a segunda reclamada ser ente público não afasta a aplicação das normas mencionadas, eis que, restando caracterizada a culpa in eligendo ou culpa in vigilando, não lhe socorre o disposto no parágrafo 1°, do artigo 71, da Lei 8.666/93, o qual não impede sua responsabilização pelos créditos da recorrida. Conforme decidido pelo C.TST: (…)

Nem se diga que não se pode atribuir culpa in eligendo a quem contrata mediante processo licitatório, pois o fato de não dispor o ente público de ampla liberdade para contratar aquele que irá lhe prestar serviço não exclui por completo eventual culpa in eligendo. É certo que a contratação recairá sobre o vencedor do certame, mas tal fato não implica a presunção de que a idoneidade econômico-financeira dos licitantes foi corretamente avaliada. (…)

Acrescente-se que a Lei 8.666/93 expressamente prevê o dever de Administração fiscalizar a execução do contrato (artigo 67). Não se trata de fiscalização apenas do serviço prestado, mas de todas as

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

exigências do contrato, pois a contratada é obrigada, entre outras coisas, a manter durante a execução do contrato as condições da habilitação (incluindo a idoneidade econômico-financeira, por óbvio) e qualificação exigidas na licitação (inciso XIII do artigo 55).

Além disso, o parágrafo 6º do artigo 37 da CF/88 prevê a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes. Trata-se de responsabilidade objetiva, conforme a doutrina e jurisprudência, tornando desnecessário perquirir sobre eventual culpa in eligendo ou in vigilando.

Nesse sentido, basta o inadimplemento das verbas trabalhistas para que o ente da Administração Pública seja responsabilizado, tal como previsto no item IV da Súmula 331 do TST, plenamente aplicável ao caso em apreço.

Portanto, incontroverso que entre as reclamadas houve contrato de prestação de serviço, de natureza civil, não pairando dúvida de que o pacto laboral que gerou a demanda originou-se daquele relacionamento jurídico, haja vista ter sido a reclamante contratada pela primeira reclamada para prestação de serviços à segunda reclamada. Vale dizer, a segunda reclamada se beneficiou da prestação laboral, porquanto destinatária do trabalho prestado pela empregada, no âmbito de sua atividade-meio.

Assim, não obstante a legalidade da relação jurídica havida entre a prestadora e a tomadora dos serviços, nos termos do item IV da Súmula 331 do TST, independentemente de idoneidade financeira da empregadora, a tomadora dos serviços responde subsidiariamente pelas obrigações decorrentes da contratação da obreira.

Ademais, não se exige, para a responsabilização subsidiária subsidiária da tomadora de serviços, a comprovação de eventual nulidade do contrato de trabalho firmado entre a empregada e a empregadora, nem ilicitude entre os contratantes civis.

Por tudo, mantenho a r. decisão de origem"(grifos nossos).

12. A expressa presunção do julgador contraria literal disposição de lei, reconhecida constitucional por este Supremo Tribunal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, como se depreende do art. 71, § 1º, Lei n. 8.666/1993:

"Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

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" (grifos nossos).

13. A escolha do contratado privado pela Administração Pública não é livre, discricionária e, no caso presente, fez-se segundo processo licitatório que, pelo que se tem nos autos, observou todas as fases previstas em lei.

A atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo pagamento de obrigações trabalhistas decorrentes do contrato administrativo firmado entre a Reclamante e a empresa Higi Serv Limpeza e Conservação S/A., como se deu na espécie, nega vigência ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e contraria a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERIR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS ENCARGOS TRABALHISTAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993 RECONHECIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (Rcl 12.926-AgR/PR, de minha relatoria, Plenário, DJe 9.2.2012).

"O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade. 8. Ofensa à autoridade da Súmula Vinculante

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado" (Rcl 8.150-AgR/SP, Relator o Ministro Eros Grau, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, 2.3.2011).

14. Vê-se, pois, que, ao presumir a culpa da Reclamante, o Juízo Reclamado transferiu para a Administração Pública, sem a necessária prova, a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado da empresa terceirizada, descumprindo o que decido na Ação Declaratória n. 16/DF e na Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal Federal.

15. Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região no Recurso Ordinário n. 3359900-89.2009.5.09.0002 e determinar que outra decisão seja proferida como de direito, prejudicado o agravo regimental" (Rcl n. 15342, de minha relatoria, voto proferido na sessão de 7.11.2013).

10. Também na espécie, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu *"que a responsabilidade da União se pautava na culpa in vigilando, em função do próprio inadimplemento da empresa terceirizada junto à parte reclamante. Nessa linha, entendeu que o quanto decidido na ADC n. 16 foi observado, não havendo afronta ao art. 102, § 2º, da CR"* (recurso extraordinário, fl. 4).

Tem-se delimitada na moldura fática do acórdão recorrido:

"Em primeiro lugar, importa destacar que não se discute, no presente feito, a existência de relação empregatícia entre o autor e a recorrente (UNIÃO), mas apenas a responsabilidade desta última pelos encargos trabalhistas reconhecidos ao obreiro.

É fato incontroverso que o autor, contratado pela primeira reclamada, se ativou efetivamente prestando serviços para a ora recorrente.

Evidente que cuida de terceirização de serviços, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n° 331, IV, do C. TST, que impõe a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela primeira reclamada, em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

relação a seus empregados.

Não há dúvida quanto ao fato de que a contratação, pelo Poder Público, somente pode ser realizada mediante licitação. Exigência essa que tem por finalidade a preservação dos princípios da seriedade, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade exigidos pela Constituição Federal (art. 37, 'caput'). No entanto, não se afasta a responsabilidade pela escolha, uma vez que é obrigação do Poder Público fazer levantamento prévio e verificar a real possibilidade da empresa concorrente ao certame, posto que, sem essa providência, é mais ou menos comum as empresas ganharem a licitação por oferecerem vantagens além das suas possibilidades.

A não verificação desses fatos deságua na culpa na contratação e na fiscalização.

Cumpre destacar, por fim, que o instituto da responsabilidade subsidiária tem por objetivo evitar, ou pelo menos amenizar, prejuízos que possam ser causados ao empregado, sendo certo que, ainda que inexistente o vínculo empregatício entre o empregado e a tomadora de serviços, esta responde de forma supletiva, através da responsabilidade subsidiária, que abrange a integralidade da obrigação reconhecida em decisão judicial, na hipótese de o devedor principal não promover o pagamento do débito".

11. Pelo que se tem do acórdão, a responsabilidade da Administração Pública estaria na falta de demonstração, em juízo, do efetivo cumprimento das normas regulamentares a exigirem, do Poder Público, a seleção de empresa idônea no processo licitatório e a fiscalização posterior e continuada do contrato administrativo firmado com a pessoa empregadora:

"A princípio, os arts. 54, § 1°, e 55, inciso XIII, e 66 da Lei n. 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço correspondente aos direitos trabalhistas de seus empregados):

"Art. 54. (...)

§ 1° Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam.

(...)".

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

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação"

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

A seguir, os arts. 58, inciso 111, e 67, caput e seu §1º, da mesma Lei de Licitações clara e expressamente impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi o selecionado no procedimento licitatório dentre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

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

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)".

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

defeitos observados" (grifou-se) .

Por sua vez, o art. 77 desta Lei n° 8.666/93 prevê que "a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento". O art. 78 da citada lei, de sua parte, prevê como motivo para a rescisão contratual "o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução" - o que, evidentemente, é aplicável à hipótese do inadimplemento de suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados pelo empregador contratado pelo ente público.

"Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei n° 8.666/93, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o multicitado art. 71, §1°, da mesma norma, a matéria foi expressamente regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) n. 2, de 30/04/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) n. 3/2009, do mesmo Ministério.

A esse respeito, pronuncia-se com acerto o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim, demonstrando que essas normas federais também servem de parâmetro para o dever de fiscalização dos entes públicos das demais esferas da Federação, nos seguintes termos:

"Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN n. 2/2008 do MPGO interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados,(...), levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados.

Isto porque a procedimentalização da fiscalização no âmbito dos contratos de terceirização não constitui matéria própria para

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

disciplina legislativa, sendo tema reservado às normas regulamentadoras.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nO2/2008 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37)."

Em linhas gerais, a referida IN n° 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

a) desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, na medida em que o Edital de Licitação j á deverá prever que "a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhista referente à mão de obra utilizada", nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN n° 2/2008), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN nO 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN n° 3/2009);

b) no momento de julgamento das propostas da fase licitatória, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexequibilidade (art. 44, §3º, da Lei n. 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3°, da IN n° 2/2008);

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

Também aqui é acertada a conclusão de Helder Santos Amorim, à luz dessas premissas: "Em face desta vinculação, exsurge que a execução contratual, no modelo da Lei n° 8.666/93, vai além do cumprimento de seu estrito objeto, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo".

Regulamentando o já citado art. 67, caput e seu §1°, da Lei n. 8.666/93, o art. 34 da IN n° 2/2008 do MPOG determina que, na fiscalização do "cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada" seja exigida a comprovação de:

a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13° salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o art. 36 desta Instrução Normativa exige que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo art. 19-A da IN n° 2/2008 (acrescentado pela IN n. 3/2009), que permite que o ente público, mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo, receba autorização prévia do contratado para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados (sendo de se mencionar que a Resolução n. 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser insatisfeitos pelo contratado. Por sua vez, o parágrafo único do art. 31 da IN n° 2/2008 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da referida Instrução Normativa,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

o qual, de sua parte, institui um "Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização", que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em

quatro momentos distintos:

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

b) a fiscalização mensal (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nO 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

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

d) a fiscalização especial, que implica a análise da data-base da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.

Por fim, para não deixar mais nenhuma dúvida sobre constituir o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, uma grave infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante, os arts. 34, S 4°, e 34-A da IN n. 2/2008 impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido a regularização imediata da situação no prazo oferecido pela Administração:

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

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

É preciso lembrar, ainda, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público contratante de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de natureza contínua a sua completa e rigorosa observância, não lhe sendo dado, discricionariamente, decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações" (voto condutor no acórdão recorrido).

12. O Tribunal de origem concluiu pela culpa *in eligendo* (prévia à celebração do contrato administrativo) e, principalmente, pela culpa *in*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

vigilando (posterior à contratação) da Administração Pública, por não ter demonstrado, em juízo, sua atuação no sentido de "*fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos*" (voto condutor do acórdão recorrido):

> *"Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui longamente exposto, ao invés, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei n. 8.666/93 e na Instrução Normativa n. 02/2008, alterada pela Instrução Normativa n° 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos. Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

seus direi tos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos termos dos arts. 333, inciso 11, do CPC e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova, decisivo para estabelecer para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o onus probandi *de determinado fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.*

Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei - prova negativa e de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa in vigilando.

Ao assim se decidir, é preciso advertir, com todas as letras, que não se estará responsabilizando' a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, nem, muito menos, negando-se vigência ao art. 71, § 1°, da Lei n. 8.666/93 (o que ficou expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

n° 16-DF) .

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

Tudo o até aqui afirmado, aliás, acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho ao revisar sua Súmula n° 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos:

"SÚMULA N° 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

(...)

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n° 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." (destacou-se) .

Assim, no tocante à invocação de ofensa ao artigo 37, § 6°, da Constituição Federal, há que se destacar que o Regional fundamentou a responsabilidade subsidiária do ente público, não apenas na responsabilidade objetiva, prevista no citado dispositivo, mas também

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

> *na existência de* culpa in vigilando *e* in eligendo *daquele.*
>
> *Desse modo, constata-se que, ainda que fosse afastada a responsabilidade objetiva da recorrente, fundamentada no artigo 37, S 6°, da Constituição Federal, remanesceria sua responsabilidade subjetiva, respaldada na existência de culpa in vigilando e in eligendo, conforme destacado no acórdão regional. Assim, não se pode entender pela violação do artigo 37, S 6°, da Constituição Federal, pois, conforme o exposto, o Tribunal a quo não se fundamentou exclusivamente na responsabilidade objetiva daquela".* (voto condutor no acórdão recorrido).

13. A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de *"prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador"*. Foi o que afirmei no julgamento da Reclamação 15342:

> *" para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, é imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circ.unstância. Sem a produção dessa prova subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros."*

Enfatizei que, *"no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é "rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual" (DJ 9.9.2011).*

14. Anoto, como o fiz na divergência inaugurada pelo Ministro Luiz

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

Fux, a previsão da Lei n. 9.032/1995 que, alterando o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, restringiu a solidariedade entre a Administração Pública e o contratado, tão somente aos *"encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991"*.

15. Da moldura fática apresentada no acórdão recorrido, não há demonstração dessa comprovação cabal da responsabilidade da Administração Pública pelo descumprimento da legislação trabalhista.

16. A decisão contrariou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

17. Pelo exposto, **conheço parcialmente** do recurso e, na parte conhecida, **a ele dou provimento** fixando a seguinte tese, com repercussão geral: *"o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93"*.

É o meu voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412277.

15/02/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

SUSPENSÃO DE JULGAMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, temos cinco votos em um sentido e cinco votos em outro. A minha proposta, portanto, é de suspender o julgamento para que se aguarde a chegada do novo Ministro, para que, então, ele possa, votando, de uma forma ou de outra, decidir com a maioria de seis votos, já que aqui se tem tema de repercussão geral e é um tema extremamente sensível.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por mim, Vossa Excelência acionaria o Regimento Interno e teria o voto de minerva.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ando tão pouco "Minerva", ultimamente, que acho melhor aguardar e aguardo com muito gosto, Ministro.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412013.

30/03/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: A decisão do presente recurso extraordinário será paradigma de um dos mais profícuos contenciosos do Judiciário brasileiro, que trata da possibilidade de atribuição de responsabilidade subsidiária a entes públicos por dívidas trabalhistas de terceiros surgidas em contratos de terceirização de serviços.

A União assevera que, ao confirmar sua condenação na espécie, por não haver sido produzida nos autos evidência de que ela "*praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo* onus probandi", o Tribunal Superior do Trabalho teria infringido o conteúdo da decisão prolatada por esse Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, em que que a Corte ratificou a constitucionalidade do art. 71 , § 1º, da Lei 8.666/93, tendo também violado o princípio constitucional da legalidade (arts. 5º, II, e 37, caput, da CF) e o art. 37, §6º, da CF.

Em primoroso voto, a Relatora do caso, Ministra ROSA WEBER, conheceu parcialmente e negou provimento ao recurso da União, tendo concluído que o TST não afrontou o precedente firmado por este Supremo Tribunal Federal na ADC 16. Sua Excelência entendeu que a União não se desincumbiu do ônus de provar que cumpriu seus deveres de vigilância sobre o contrato de prestação de serviços terceirizados que originou a demanda.

Alinhavou, para fins de repercussão geral, a enunciação das seguintes teses:

> Proponho, então, que, **em repercussão geral**, **1)** seja reafirmada a tese de que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

> resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços e **2)** firmada, neste julgamento, a tese de que não fere o texto constitucional (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 37, § 6º) a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços , observados os princípios disciplinadores do ônus da prova.

O voto da eminente Relatora ganhou a adesão dos Ministros EDSON FACHIN, ROBERTO BARROSO, RICARDO LEWANDOWSKI e CELSO DE MELLO, tendo o Ministro ROBERTO BARROSO sugerido o acréscimo de quesitos complementares para fins de fixação de tese, no intuito de pormenorizar a definição de "fiscalização adequada" que seria exigível de entes públicos.

A divergência foi liderada pelo voto do Min. LUIZ FUX, para quem, ao instituir hipótese de responsabilidade solidária no âmbito previdenciário, a Lei 9.032/95 foi mensageira de um "silêncio eloquente" sobre a possibilidade de atribuição de responsabilidade trabalhista aos entes públicos, em hiato normativo que deveria ser prestigiado pela jurisdição constitucional, sob pena de se negar vigência à previsão do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Sob esses fundamentos, Sua Excelência conheceu parcialmente da pretensão recursal da União para lhe dar provimento, fazendo-o na companhia dos Ministros DIAS TOFFOLI, MARCO AURÉLIO e GILMAR MENDES.

Na última sessão de julgamento, ocorrida em 15/2/17, a Ministra CÁRMEN LÚCIA se alinhou à divergência, por considerar que "*a ausência de comprovação, em juízo, por parte da União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de 'prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador'*".

A Ministra Presidente submeteu ao crivo do Plenário a seguinte tese:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

> "16. Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso fixando como tese, com repercussão geral: '*ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros*'".

A análise do histórico do Tema 246 no Supremo Tribunal Federal demonstra que, ao contrário do esperado, a conclusão do julgamento da ADC 16 exasperou as controvérsias antes existentes sobre a possibilidade de responsabilização do Poder Público na condição de tomador de serviços terceirizados.

É que, embora o precedente tenha servido para dirimir qualquer incerteza pendente em relação à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – mediante a afirmação da tese de que o mero inadimplemento de encargos trabalhistas não transfere responsabilidade para a Administração Pública – ele descortinou um novo horizonte de desencontros hermenêuticos, agora a propósito de saber (i) qual a extensão do dever de fiscalização contratual imputável ao Estado (tomador de serviços); e (ii) como a desídia no cumprimento desse dever poderia ser apurada em juízo.

A Justiça Especializada do Trabalho não demorou a se adaptar ao precedente da ADC 16 mediante a reformulação dos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (DEJT, de 31/5/11). Mas a nova diretriz jurisprudencial do TST continuou permissiva com situações em que a Administração Pública se via condenada por mero inadimplemento de verbas públicas, validando imputações construídas sobre plataformas teóricas da culpa presumida e da culpa *in vigilando*. Tudo isso a culminar na formação de um contencioso adicional, formalizado diretamente nesta Suprema Corte, na forma de reclamações constitucionais, classe processual cujas características cognitivas se mostraram inadequadas para suprir os novos impasses interpretativos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

Isso fez com que os dissídios trabalhistas pertinentes à matéria regredissem, por assim dizer, à "estaca zero". Afinal, se a culpa dos entes públicos por "falhas na fiscalização" pode ser satisfatoriamente comprovada sem qualquer elemento concreto, somente à base de presunções, acabamos equiparando, novamente, as consequências do inadimplemento com aquelas da má fiscalização, restaurando uma realidade que o veredicto da ADC 16 pretendeu desarmar.

O julgamento deste recurso extraordinário ganha relevância como oportunidade para estancar a interminável cadeia tautológica que vem dificultando o enfrentamento judiciário dessas controvérsias.

Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de metodologias de amostragem. Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.

O meu convencimento se associa à última corrente, somando-se àqueles que concluem pelo provimento do recurso da União, por razões que buscarei sintetizar com o máximo de brevidade, uma vez que o julgamento já vai avançado.

A minha primeira premissa é a de que a responsabilidade objetiva é uma regra de exceção, tanto no Direito Constitucional, em relação a poder público, quanto no Direito Civil.

O Estado muitas vezes causa danos ou prejuízos aos indivíduos,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

gerando a obrigação de reparação patrimonial, decorrente da responsabilidade civil. Assim, enquanto sujeito de direito, o Estado submete-se a responsabilidade civil, prevendo a Constituição Federal, no §6º, do artigo 37, a responsabilidade objetiva, afirmando 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. Porém, essa responsabilidade não se confunde com a responsabilidade civil contratual do Estado, como na hipótese em questão, que deve ser analisada sobre a óptica dos contratos administrativos.

De igual maneira, o texto do parágrafo único do art. 927 do CC/02 ("*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*") é ilustrativo dessa afirmação. Embora a expansão desse modelo de responsabilização seja uma tendência paulatinamente incorporada aos sistemas jurídicos modernos para salvaguardar direitos na sociedade de riscos, sua implementação, via de regra, cabe à legislação, e não à jurisdição. No tocante às verbas trabalhistas devidas por terceiros, o art. 71 , § 1º, da Lei 8.666/93 é mais do que claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, e o silêncio da Lei 9.032/95 sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente.

O segundo fundamento que penso ser relevante tem relação com as implicações jurídicas dessa decisão para o próprio modelo de relação público/privada. Elastecer, fora de casos inequivocamente excepcionais, a responsabilidade do Poder Público pelo não pagamento de verbas trabalhistas devidas em contratos de terceirização é um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como, por exemplo, as concessões de serviços públicos. O § único do art. 31 da Lei 8.987/95 estipula que as contratações feitas por concessionárias regem-se pelo direito trabalhista, "*não se estabelecendo*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente". A vingar o entendimento proposto pela Relatora – mesmo após o precedente da ADC 16 – o que impede que a Justiça Trabalhista passe a condenar entes públicos pelo descaso na fiscalização de contratos de concessão? Afinal, a disciplina legal, em ambos os casos, parece ter o mesmo conteúdo obstativo dessa espécie de responsabilização. O que estaremos afirmando, porém, é que previsão legal alguma pode conter os avanços da Justiça do Trabalho, caso ela decida criar novas hipóteses de responsabilidade.

A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

De certa forma, o próprio Ministro ROBERTO BARROSO, em seu alentado voto, já havia identificado que a exigência de uma fiscalização total sobre o pagamento das verbas devidas aos trabalhadores poderia gerar um efeito dissuasório sobre os contratos de terceirização, tendo em vista a sucumbência da racionalidade econômica dessa dinâmica.

Foi isso o que Sua Excelência observou na seguinte passagem de seu voto:

> "Ora, se o Poder Público tiver que fiscalizar 100% das obrigações da terceirizada, a terceirização simplesmente perde qualquer tipo de racionalidade econômica, porque paga-se e tem-se que montar uma estrutura para fazer a mesma coisa. Portanto, a exigência de fiscalização de 100% é, a meu ver, uma forma oblíqua de não aceitar a terceirização."

Creio, porém, que os inconvenientes são ainda maiores: permitir a responsabilização indiscriminada do Poder Público por verbas trabalhistas é desestimular em sentido amplo a tão necessária cooperação com a iniciativa privada, tornando-a ainda menos atrativa, em tempos de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

aguda recessão econômica e de necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública em suas finalidades essenciais. Exigir que a Administração Pública proceda *"in totum"* a exaustivas rotinas de vigilância da execução de contratos terceirizados não apenas corrói a lógica econômica dessas avenças, desestimulando-as, como imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade diretiva típica da subordinação empregatícia, que deveria ser exercida pelo empregador. Teríamos, consequentemente, um duplo gasto do poder público para a mesma finalidade, pois, além da taxa de fiscalização, haveria necessidade de manutenção de setores específicos para a realização dessa tarefa, como se não houvesse terceirização, mas sim prestação direta dos serviços. Certamente há algo de contraditório nisso, como bem destacado no voto do Ministro MARCO AURÉLIO, ao apontar que "assentando invariavelmente a falta de fiscalização do poder público, como se ele devesse olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir uma equipe e colocar dentro da empresa contratada, assentando, invariavelmente, essa responsabilidade".

O Supremo Tribunal Federal fixou, na ADC 16, que a mera inadimplência não pode converter a Administração Pública em responsável por verbas trabalhistas, decidindo que não é todo e qualquer episódio de atraso na quitação de verbas trabalhistas que pode ser imputado subsidiariamente ao Poder Público, mas só aqueles que tenham se reiterado com a conivência comissiva ou omissiva do Estado. Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, consequentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16. Continuaremos a correr o risco apontado pelo Min. GILMAR MENDES sobre eventual inefetividade da resposta com a perpetuação daquilo que alcunhou de "eterno ritornelo":

> "Portanto, manifestando todas e respeitosas vênias e reconhecendo o belíssimo voto de Sua Excelência, eu perfilho esse entendimento ressaltando que a adoção, seja do modelo de responsabilidade objetiva, que era a primeira posição do enunciado do TST, seja o modelo de culpa presumida com a prática que o TST adotou, violam claramente, sem nenhum rebuço, a decisão do Supremo na ADC 16.
>
> O debate vai prosseguir, certamente, com as condições, e não tenho dificuldade de subscrever as orientações, acho que o Tribunal, sobretudo porque está discutindo em repercussão geral, tem que fixar balizas para que esse tema não fique num eterno ritornelo."

O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhadora.

Voto, portanto, pedindo vênias a eminente Relatora, com a divergência inaugurada pelo Min. LUIZ FUX, conheço parcialmente do recurso extraordinário da União e voto pelo seu provimento. Aponto, ainda, que acompanho, como tese com repercussão geral, a sugerida pela Ilustre Presidente, Ministra CÁRMEN LÚCIA: *"ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros".

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12709492.

30/03/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Conforme já votei na sessão de 8/2/2017, entendo que, no caso concreto, deve-se dar provimento ao recurso extraordinário da União para afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso concreto, pois:

a) em primeira instância, a União apresentou documentos assim especificados:

> "1. Edital de licitação na modalidade Pregão Eletrônico e atas do pregão eletrônico (Anexo I);
>
> 2. Contratos firmados com a primeira reclamada e a administração e planilhas de composição de custos da primeira reclamada (Anexo II)
>
> 3. Ofícios e mensagens eletrônicas de intimação para regularização do contrato (Anexo III);
>
> 4. Notificações de aplicação de penalidade (Anexo IV);
>
> 5. Inscrição no SICAF (Sistema de Cadastro de Fornecedores) das penalidades aplicadas por esta Delegacia (Anexo V);
>
> 6. Termo de Rescisão Unilateral do Contrato e sua publicação, juntamente com a publicação do novo contrato com a empresa Artlimp Serviços Ltda, em 31.03.2008 (Anexo VI);
>
> 7. representação DRF/SJC nº 21/2008 propondo a aplicação de penalidade e rol de ocorrência de aplicações de penalidades diversas em descumprimentos contratuais nos vários órgãos federais (Anexo VII);
>
> 8. Folha de pagamento de dezembro/2007 e janeiro/2008 e notas fiscais (Anexo VIII);
>
> 9. Impedimento de licitar com órgãos do Governo Federal (Anexo IX);
>
> 10. Inscrição CNPJ e Certidão Negativa (Anexo X)
>
> 11. Cópia da Convenção Coletiva de Trabalho da categoria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13107306.

(Anexo XI);

12. Cópia das Ordens Bancárias dos pagamentos efetuados para a (Anexo XII);

13. Cópias das retenções efetuadas nos pagamentos da empresa, conforme legislação vigente: INSS (11%), ISS (3%), Pis-Pasep/Cofins/IR/CSLL (9,45%) (Anexo XIII)";

b) a AGU encaminhou ofício à Superintendência da Receita Federal em São Paulo (fl. 58) para que apresentasse os elementos fáticos necessários à defesa da União em Juízo (Ofício/Trab nº 434/2008 – AGU/PRU-3ª Região, de 18/7/08 – cópia), tendo a Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José dos Campos prestado as informações devidas, que constam dos autos às fls. 60/62.

Dessa documentação juntada aos autos, verifica-se que, já em janeiro/08 (portanto um mês após a contratação), a empresa começou a apresentar problemas. A própria DRF informa que "[d]esde o início a Contratada apresentou problemas de descumprimento contratual, motivo pelo qual em 27/3/08, com vigência de 3 meses aproximadamente, o contrato foi rescindido de forma unilateral, com aplicação de penalidades de advertência, multa administrativa e impedimento de contratar com esta DRF, pelo prazo de 2 anos".

Em razão desses problemas contratuais, verificados pela Administração Pública, foram encaminhados ofícios de notificação de descumprimento do contrato nas seguintes datas 17/1/08 (um mês da contratação); 29/1/08, 19/2/08 e 13/3/08. A empresa não respondeu a nenhuma das notificações, o que levou à rescisão unilateral do contrato.

Como se vê, em que pese esses documentos juntados pela União, a sentença fundamenta a responsabilidade subsidiária na afirmação genérica de "**culpa 'in contraendo', 'in eligendo' ou 'in vigilando', o que restou observado pelo Juízo, tendo em vista o reconhecimento do inadimplemento por parte da primeira reclamada**".

Da mesma forma, o acórdão do TRT2 tem como fundamento para a manutenção a responsabilidade subsidiária o § 6º do art. 37 da Carta Federal, com fundamentação genérica acerca da responsabilidade da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13107306.

Administração Pública, não fazendo qualquer referência a documentos ou alegações de fato nos autos.

Por essas razões, acompanho a divergência para dar provimento ao recurso extraordinário da União, afastando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso concreto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13107306.

30/03/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não seria melhor deixar à inteligência de cada Relator a definição?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O novo Código já prevê mais ou menos isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque, até mesmo no tocante à recorribilidade extraordinária, tivemos a exceção aberta pelo Constituinte de 1988 ao princípio da unirrecorribilidade, admitindo-se, portanto, a interposição simultânea do especial para o Superior Tribunal de Justiça e do extraordinário para o Supremo. E também com a possibilidade de chegar-se a este Tribunal, considerada decisão de Tribunal de Justiça e de Regional Federal, sem a triagem do Superior Tribunal de Justiça.

Creio inexistir, neste recurso extraordinário, controvérsia quanto à adequação da reclamação. Presente este pronunciamento, haverá o alargamento da via de reclamação ante o fato de o Tribunal não agasalhar o princípio transcendental, ou seja, apenas caberá reclamação, consideradas as partes envolvidas neste processo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, pela ordem.

Eu acho que a proposta do Ministro Toffoli manifesta uma preocupação, e nós tivemos várias reclamações nesse sentido.

O novo Código, no art. 988, dispõe no seu § 5º:

> "§ 5º - É inadmissível a reclamação:
>
> (...)
>
> II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias."

Então, a própria Lei já tratou de nos prevenir.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412012.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso, penso: o melhor será cada qual interpretar e ter presente esse dispositivo e decidir, não se estabelecendo, abstratamente, tese alusiva à adequação da reclamação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Com a devida vênia, Senhora Presidente, do Ministro **Marco Aurélio**, como, evidentemente, lembra o Ministro **Luiz Fux**, que foi o coordenador da Comissão do Senado que criou o anteprojeto de um novo CPC, muitas vezes, aquilo que está na Lei, temos que repetir várias vezes, infelizmente; às vezes o óbvio tem que ulular, mesmo o óbvio ululante.

Então, penso que não prejudica em nada nós adendarmos a tese. Eu até levei ao nosso "tesista" mor, Ministro Luís **Roberto Barroso**, essa sugestão anteriormente, até porque Sua Excelência traz uma proposta - já falarei um pouco sobre ela, mas em um momento oportuno. Entendo que seria bom acrescentar na nossa tese que não aceitaremos reclamações, senão quando esgotada a instância, pois senão ficaremos aqui a ter que ficar batendo carimbo toda hora. É só essa a questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estaremos, Ministro, decidindo abstratamente, sem um caso concreto na bancada?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Com a devida vênia, por isso pedi vênia a Vossa Excelência.

Agora, em relação à tese em si, se me permite o Ministro **Luiz Fux**, pois Sua Excelência ficará como relator para o acórdão - a tese, a princípio, surge de Sua Excelência -, só gostaria de dizer que, independentemente de ter formado com a posição vencedora, penso que esse tema, se não fixarmos uma tese bastante detalhada sobre ele - em geral, temos teses minimalistas -, neste caso, cairemos, Senhora Presidente, com a devida vênia dos que pensam o contrário, na mesma situação que nos submetemos após a decisão na ADC nº 16, e teremos que enfrentar, nas reclamações, a questão de mérito, se ali se atendeu ou não aquilo que o Plenário, certo ou errado, acabou por decidir.

Essa é a questão que gostaria de colocar, Senhora Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, recordo-me que naquela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412012.

oportunidade...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Queria apenas chamar atenção para a circunstância de que, a despeito de termos a consolidada jurisprudência no sentido de que não se admite a reclamação como sucedâneo recursal, este foi um caso em que se provou que era um discurso que já não estava tendo aplicação plena aqui, porque tivemos o recurso, a reclamação e, paralelamente, mais de três mil casos, segundo apurei. Portanto, este é um caso que merece essa consideração.

Mas faria uma proposta agora, Ministro Toffoli, no seguinte sentido: são 16h03min; proclamado o resultado quanto ao provimento por maioria, faríamos o intervalo; há a oportunidade inclusive de conhecermos a proposta do Ministro Barroso, Vossa Excelência já se pronunciou. E, no início da continuidade, nós então...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, se me permitem os Colegas, eu pedi ao gabinete que fizesse uma consolidação do que temos até então, se me permite a Relatora e o Ministro **Fux**, que ficará como relator para o acórdão. Vou distribuí-la aos colegas. Vossas excelências me corrijam se, na consolidação que o gabinete fez, houver algum equívoco. Essa consolidação contém o seguinte: as propostas de tese da Ministra **Rosa Weber**; as complementações do Ministro **Roberto Barroso** com uma sugestão que foi feita, ainda na sessão anterior, pelo Ministro **Luiz Fux**; e duas sugestões de acréscimo, que trago. Pedirei para distribuir o material aos eminentes Colegas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Para distribuir, exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para auxiliar nessa discussão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria interessante termos para exame as propostas de tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro, aí suspendo a Sessão para o intervalo, e, no início, então, do seguimento, começamos com a proclamação dessa tese.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412012.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Posso só fazer um brevíssimo comentário, quer dizer, em essência - isso nós voltaremos a discutir, mas só para já ficar na mente das pessoas -, nós substituiríamos o paradigma da ADC nº 16 pela decisão nesta Repercussão Geral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque a tese é daqui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque aí exigir-se-ia o esgotamento das vias ordinárias para a discussão disso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, temos de ter cuidado para que a tese seja compatível com o resultado do julgamento, porque, se houver uma modulação muito analítica, nós podemos dar ensejo ao retorno das reclamações.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Daí a razão de eu ter dito que este momento aqui de reflexão é necessário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque, substituindo-se o resultado da ADC nº 16 por este mais detalhado, na forma do CPC e de nossa reiteração na tese, como será necessário o esgotamento das instâncias, nós conseguiremos, então, colocar uma trava nessa enxurrada de reclamações.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412012.

30/03/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por consenso formado entre os Ministros, acho que posso comunicar que nós estudaremos as propostas apresentadas quanto à tese a ser proclamada no Recurso Extraordinário nº 760.931, relatado pela Ministra Rosa Weber, e agora sendo Redator o Ministro Luiz Fux, e , na próxima semana, o chamarei para estudarmos e, estudando, chegarmos, então, mais maduros a qual é o texto definitivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria interessante, Presidente, a distribuição, aos integrantes do Tribunal, das propostas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Providenciarei isso imediatamente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412011.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na sessão do dia 30 de março, nós deliberamos que fixaríamos a tese geral, numa outra assentada, e para isso estamos agora nos debruçando.

Naquela assentada, tinha sido apresentado, acho que com a anuência de alguns ministros ou pelo menos com inicial proposta de alguns ministros, a seguinte tese: Ante a ausência de prova taxativa de nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo; e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros.

Apenas queria dizer que, em conversas com alguns ministros - Ministro Toffoli, Ministro Gilmar, enfim -, na tentativa, sempre, de tornarmos clara e direta, para evitar, como afirma o Ministro Marco Aurélio, que as nossas teses de repercussão geral tenham pontos de interrogação que possam ensejar novos questionamentos, também foi apresentada - e fui uma das que apresentou - a seguinte tese paralela àquela: Salvo comprovação cabal de culpa da Administração Pública contratante, exime-se a Entidade Pública de responsabilidade por obrigações trabalhistas dos empregados das entidades contratadas. Mas, a primeira foi a tese que até o Ministro Alexandre de Moraes dava aquiescência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, no momento em que eu divergi, salvo engano, eu inaugurei a divergência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso. Vossa Excelência é o redator, inclusive, para o acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E, aí, exatamente para nós elaborarmos uma redação imune de dúvidas, o que aqui se discutiu? Se discutiu que a Administração Pública não tem os encargos trabalhistas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412010.

transferidos por força do inadimplemento da parte contratada. Foi isso que se discutiu. Entendemos constitucional, já em outro julgado, o § 1º do art. 71.

Então, a tese mais seca que eu propunha era a seguinte: *O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71 § 1º da Lei 8.666.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A essência foi isso mesmo. Foi isso que foi discutido.

Ponho-me inteiramente de acordo, com a observação do Ministro Marco Aurélio de que, sempre, quanto mais direta, como essa, e mais dentro do que foi discutido, melhor.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13412010.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu tive a impressão - o Plenário me corrija se eu estiver errado - que nós deixamos uma válvula de escape, dizendo que, se houvesse prova da negligência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria interessante, Presidente, deixar para julgar essa matéria caso a caso, porque a responsabilidade do Poder Público é exceção. E a tese não deve encerrar a exceção, sob pena de trocar-se, no que declaramos a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 6.866/1993, meia dúzia por seis e voltar a ter chuva de reclamações.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É por que ficou muito peremptório. Parece que jamais a Administração Pública poderá ser responsabilizada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu também não concordo com a tese que exclui em qualquer hipótese.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Senhora Presidente, na condição de relatora, eu requeiro a palavra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Senhora Presidente, com todo o respeito, a discussão não foi bem essa, porque já havia uma decisão precedente, desta Suprema Corte, na ADC 16, quando se examinou a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, em que se proclamou que não havia transferência automática de responsabilidade. E, a partir de inúmeros votos proferidos, se ressalvou, como de resto não se poderia deixar de fazer, que, na existência de culpa, a Administração poderia vir a ser responsabilizada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Seria essa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

a questão. Essa questão era muito pacífica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Potencializada a responsabilidade subsidiária, fica parecendo que, na eleição da tese, estamos revelando existir essa responsabilidade. O que fixamos é que não há responsabilidade. Caso a caso, o Judiciário apreciará se houve culpa ou não, sob pena de, não sendo assim, grassar o subjetivismo e continuarmos tendo a vinda dessa matéria ao Supremo, mediante processos de capa rosa, ou seja, reclamações.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, talvez pudéssemos dizer que não há responsabilidade objetiva.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A tese, se não for fechada, não adianta nada a repercussão geral.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Presidente, de forma alguma quero reabrir a discussão, mas de forma alguma mesmo. Eu estava me lembrando aqui: "ai dos vencidos". E eu fui vencida nessa tese a mim muito cara. Mas, posta esta premissa, eu só gostaria de lembrar um aspecto que o Ministro Dias Toffoli sempre enfatiza: a quantidade de reclamações que têm chegado a esta Corte; e nós teríamos de, de alguma forma, equacionar esse tema. E essas reclamações chegam sempre a partir do quê? Do que se discutiu, de uma forma exaustiva, no acórdão recorrido, de quem era o ônus da prova, porque todos sabemos que o juiz – e o Ministro Fux é que abriu a divergência – não pode se eximir de decidir. Então, quando não foi produzida a prova, decide-se a partir dos princípios que disciplinam o ônus da prova.

A conclusão aqui, pelo que entendi, foi no sentido de que o ônus da prova é sempre do reclamante e que se exige prova robusta nessa linha. Essa, segundo entendi, a solução emprestada pela Suprema Corte ao tema em debate; com todo respeito, foi o que eu compreendi.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Foi a impressão que eu tive também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por isso que, na minha proposta, cogitava de, salvo comprovação de culpa, a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

Administração eximir-se, ou seja, prevalecer o art. 71. Há duas observações a serem feitas. Primeiro, comprovação é demonstração mesmo e não referências, como chegavam pra nós.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sem dúvida.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que foi o que gerou uma forma de contorno que nós todos dávamos nas reclamações em que se fazia uma referência. A Administração não comprovou. A Administração não tem que comprovar, o trabalhador vem e diz que a contratada não pagou. E aí a Administração tem que provar o quê? Ela não é nem parte nessa relação. Por isso nós dissemos: salvo comprovação da culpa, a Administração se exime, nos termos do art. 71. Eu acho que era isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu até ainda fui um pouco além, para propor critérios que eximissem a Administração de culpa. Então, disse eu: se houver uma fiscalização por amostragem. Porque havia uma fiscalização exigida pelo Ministério do Planejamento que é impossível de ser seguida. Portanto, eu acho que é legítima ser uma fiscalização por amostragem ou, no caso de ser comunicada a pessoa jurídica de direito público da existência da violação, que ela pudesse ter a alternativa de depositar em juízo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas ela não é parte no processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não tem problema. Penso, Ministra-Presidente, que a Ministra Rosa e o Ministro Lewandowski estão corretos, e li votos de Vossa Excelência e do Ministro Gilmar anteriormente em que se dizia que vai ser o pior dos mundos se nós estabelecermos que não há, em nenhuma hipótese, responsabilização possível do ente público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro, até porque, às vezes, o ente não fiscaliza.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O que nós entendemos, pelo menos foi isso que compreendi, é que esta

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

responsabilização não pode ser automática, muito menos genérica, como vinha fazendo em muitas decisões o Tribunal Superior do Trabalho, que dizia assim: se há inadimplência trabalhista, há responsabilidade. Não é assim. Agora, eu acho que, comprovada a desídia do ente público... Quando é que eu acho que há desídia? Quando, comunicado da existência de uma falha em relação ao cumprimento da legislação trabalhista, nada providencia, ou se não exercer nenhum tipo de fiscalização. Mas eu me contento com uma fiscalização por amostragem minimamente séria.

De modo que, a meu ver, Presidente, o que nós decidimos é que não há responsabilização automática, mas, demonstrada não de forma genérica, porém de forma cabal e específica a culpa, aí sim, pode ser caracterizada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o que está no art. 71 da Lei nº 8.666.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exatamente. Agora, Senhora Presidente, a minha preocupação, como eu fui autor do voto divergente, eu gostaria que a tese tivesse fidelidade. Porque não adianta deliberar o Colegiado e vencer na tese, porque fica uma coisa dissonante.

Em segundo lugar, quanto mais se acrescenta à tese, mais se abre oportunidade para que venham os acórdãos para dizer que, na verdade, nesse caso, se enquadra; e a repercussão geral não serviu para absolutamente nada.

Então, o Ministro Marco Aurélio tem razão quando diz: o minimalismo nessa hora resolve. Por quê? Porque nós também não vamos poder conhecer matéria de fato, se comprovou culpa ou se não comprovou culpa. Isso é matéria não cognoscível em sede de recurso extraordinário.

Então, essa redação defende - não é defende no sentido genérico da jurisprudência defensiva - o instituto da repercussão geral. Aqui não volta mais isso. Agora, se tiver uma prova lá, que eles próprios avaliem e possam aferir a prova, isso é um problema que não compete a nós. Eles têm que se basear que não podem mais carimbar com isso aqui. Não há

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

transferência dessa...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, Ministro, para objetivar... Vossa Excelência quer se manifestar?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu apenas queria fazer uma observação *a latere*, sem entrar agora na discussão propriamente da tese.

Com a recente aprovação do projeto, agora transformado em Lei, que ampliou muito as hipóteses de terceirização, nós temos que ser especialmente cuidadosos nesse tema. E realmente nós poderíamos deixar o trabalhador terceirizado ao desamparo. A Administração Pública vai ampliar muito, assim como as empresas privadas, a utilização de empregados terceirizados. É preciso que eles tenham o mínimo de garantia.

Pelo que eu me lembro dos debates, da discussão nasceu um consenso e esse consenso foi fabricado na medida em que vários de nós cedemos em alguns pontos de vista para que pudéssemos chegar a essa conclusão. E salvo melhor juízo, se a culpa da Administração ficar inequivocamente comprovada, ela tem que responder. Eu acho que isso é que resultou dos debates.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Ouço o Ministro Alexandre e na sequência, como diz o Ministro Luiz Fux, como ele foi o redator para o acórdão, nós ouviríamos se estão de acordo e tenho essa outra proposta para gente decidir isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, até por ter dado voto mais recentemente e depois de todos os ministros, foi facilmente perceptível que mesmo as correntes majoritária e minoritária são muito próximas na questão de não se permitir uma responsabilidade objetiva, que vem ocorrendo em relação ao poder público.

E aí, vamos dizer, são graus de culpa que cada um aqui, corretamente, a seu ver, defendeu. Por isso é que a minha propositura tinha sido - eu eu vou ler a título de colaboração -, exatamente, para tentar abarcar as duas correntes e permitir que acabe, realmente, a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

questão de uma responsabilidade "automática" do poder público.

A tese que eu havia enviado aos gabinetes nas semanas anteriores: O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é constitucional, conforme declarado no ADC 16, e somente a comprovação de um comportamento culposo em relação aos terceirizados permite a responsabilização do poder público, havendo a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador.

Isso porque, desta forma, a conduta comissiva ou omissiva também abarca o que o Ministro BARROSO mencionou quanto à falta de fiscalização ou de uma providência errada. E nós colocaríamos, na tese, a necessidade de comprovação do comportamento culposo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministra Cármen, Vossa Excelência fez uma inclusão que, talvez, digamos assim, contemplasse todas as aspirações.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O que nós discutimos foi o seguinte - vamos voltar a contextualizar o julgamento. O Supremo já tinha decidido, na ADC, que era constitucional - quanto a isso não há dúvida, porque nós não voltamos a essa discussão. Depois das decisões do Supremo, começaram a haver decisões judiciais no sentido da não comprovação pela Administração Pública, da não fiscalização. Isso gerou enxurradas de reclamações, o que levou os juízes deste Tribunal a decidirem monocraticamente. Até que o número ficou avassalador e resolvemos: não, vamos trazer para uma decisão. Este recurso extraordinário veio, então, com esta discussão. Em face do que foi decidido - e o art. 71 da Lei nº 8.666 é exatamente nesse sentido:

"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 (...)"

O que que nós discutimos? A inadimplência desses recursos não transfere à Administração. Então nós decidimos: não há transferência. O

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

que pode haver, em um determinado caso, é a própria Administração Pública não cumprir seus deveres e, portanto, esses encargos não serem honrados e a Administração quase que compactua, em um pior sentido. Foi isso que foi objeto de discussão - e isso, por maioria, como disse, vencidos a Ministra-Relatora, Rosa Weber, Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello -, no sentido de que a Administração Pública não é responsável. E ressalvamos: a não ser que tenha uma comprovação de que ela não cumpriu seu dever de fiscalização. Comprovação não é apenas referência, como vinha sendo feito: a Administração não pôde. Daí porque, Ministro Alexandre, a minha proposta tinha sido de - como tinha no meu voto -, salvo comprovação de culpa da Administração Pública contratante, exime-se a entidade pública de responsabilidade por obrigações trabalhistas com relação aos empregados das entidades contratadas, nos termos do art. 71. Ou seja, reafirmamos, mas, salvo comprovação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, permite-me? Primeiro, eu acho que houve divergência apenas em relação à solução do caso concreto, porque eu não tenho nenhuma divergência com a proposição de Vossa Excelência, como não tinha em relação à proposição do Ministro Alexandre. Portanto, nós decidimos - e acho que há consenso nisso - que não há responsabilidade subsidiária automática. Só haverá responsabilidade subsidiária se comprovada a culpa da Administração. Acho que todos estamos de acordo quanto a isso. O que eu acho que continuará a ser um problema é se nós não dermos nenhuma pista do que nós consideramos culpa da Administração, porque aí nós vamos continuar sujeitos às decisões do TST e às reclamações. De modo que eu procuraria dar - portanto eu estou de acordo com a proposição de Vossa Excelência, que é muito próxima substantivamente da do Ministro...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A do Ministro Fux é até muito mais próxima da decisão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A do Ministro Fux não se refere à culpa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, quando julgamos a Declaratória nº 16 e apontamos a harmonia do artigo 71 da Lei de Licitações com a Constituição Federal, não fizemos qualquer sinalização. O que houve? A Justiça do Trabalho generalizou e chegou até mesmo ao ponto de não se ter a admissão de recurso de revista para o TST, no sentido da culpa da Administração Pública, não distinguindo o caso concreto. Passou – vou utilizar a expressão com desassombro – a bater carimbo quanto à responsabilidade, como se fosse solidária e não subsidiária, do Poder Público. Se agora, na tese, estabelecer-se a exceção – que é a responsabilidade, uma vez demonstrada a culpa –, estaremos encampando, justamente, o que motivou a chegada de inúmeras reclamações ao Supremo. Por isso, devemos, como o fez o Relator, ficar na tese de que não há a responsabilidade. Os casos excepcionais serão demonstrados e se poderá concluir de forma diversa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pelo menos eles vão obedecer a tese e não vão colocar a culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - *In vigilando* é impossível, praticamente, pela Administração Pública; se a gente faz licitação, não pode eleger.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, mas a propositura aqui pressupõe a culpa *in vigilando*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teve um caso em que a Justiça do Trabalho chegou a cogitar da culpa na escolha, esquecendo que esta se faz mediante licitação, não a dedo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E que esse artigo está na Lei de Licitações.

Vossa Excelência podia reler, Ministro Luiz Fux, vou colher os votos e qualquer adendo a mais se faz, senão não chegamos ao final deste processo paradigma. Há quase cem mil processos parados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu queria só lembrar uma coisa. O Ministro Toffoli, na última vez em que discutimos esse assunto, fez uma observação que eu acho que nós devemos resgatar aqui. É que o paradigma passará a ser a tese da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

repercussão geral, e não mais a decisão na ADC 16, para que, pelo menos, antes de caber reclamação, esgotem-se as vias ordinárias, porque senão a inundação vai continuar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque nós temos reclamação de decisão de primeira instância com base na ADC.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se o Ministro Fux incluiu culpa, eu acho que já estamos próximos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, Vossa Excelência colocou "salvo comprovação de culpa da Administração"? É, se Vossa Excelência colocou a culpa no início, e eu não tinha posto, mas eu poria no final...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas o Ministro Marco Aurélio faz a ressalva de que, se se faz referência a uma exceção, pode-se dar o gancho para se pendurarem nela.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso que o Supremo deve proclamar a ausência de responsabilidade como regra. A primeira parte da proposta do Relator tem o meu endosso: o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo pagamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E se nós incluíssemos "automaticamente"? Só essa expressão, a meu ver, resolveria. Não transfere automaticamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Está certo, da minha parte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Até aí chego, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu também. Acho que aí se resolve aqui e se resolve na nossa interpretação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Claro! A porta fica aberta para discutir-se a configuração da culpa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13580428.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

PROPOSTA
(fixação de tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, a proposta ficou assim: *O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12957021.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA
(fixação de tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Diante do adendo, Senhora Presidente, "automaticamente" concordo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12831615.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA
(s/ tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu quero dizer que eu concordo também, para evitar o impasse, mas gostaria de registrar que, se nós não explicitarmos, ainda que em *obiter dictum*, o tipo de comportamento que se exige da Administração Pública, o problema vai continuar. Portanto, eu diria, pelo menos em *obiter dictum*, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade. Diria isso como *obiter dictum*, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que que nós achamos que é comportamento inadequado. Eu concordo que não fique na tese, mas se nós não dissermos isso, o automático significa: bom, então tá, não é automático; eu verifiquei que ela não fiscalizou todos os contratos. E eu acho que exigir a fiscalização de todos os contratos é impedir a terceirização. De modo que eu procuraria explicitar, pelo menos em *obiter dictum*, se o Relator estiver de acordo, o que que a gente espera que o Poder Público faça. Mas à tese, em si, eu estou aderindo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12946639.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA
(fixação de tese em repercussão geral)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, se eu bem ouvi a tese, ela, na verdade, diz com outras palavras a primeira parte da tese que eu apresentei. Por isso, eu não tenho como ficar vencida nesta tese proposta agora, com todo o conteúdo que eu imprimi e que, na verdade, me levou a ficar vencida, porque eu avancei a discussão de quem era o ônus da prova.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12989449.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu acompanho a tese formulada e a preocupação do Ministro Luís **Roberto Barroso** quanto à necessidade de **obiter dictum**. Eu penso que nós temos os **obiter dicta**, porque vários de nós, sejam os vencidos, sejam os vencedores, quanto à parte dispositiva, em muito da fundamentação, colocaram-se de acordo. E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato?

Eu concordo que, para a fixação da tese, procurei, a partir, inicialmente, da proposta da Ministra **Rosa**, depois adendada pelo Ministro **Barroso** e pelo Ministro **Fux** durante todo julgamento, procurei construir uma tese, mas ela realmente ficou extremamente complexa e concordo que, quanto mais minimalista, melhor a solução. Mas as questões estão colocadas em **obiter dicta** e nos fundamentos dos votos.

Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro **Luiz Fux**, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra **Rosa Weber**, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas veja o seguinte, Ministro Toffoli, só uma breve observação.

Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13411948.

acesso à Justiça. O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins". E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Concordo, mas é importante esta sinalização, seja no **obiter dictum** que agora faço, seja nos **obiter dicta** ou na fundamentação do voto que já fizera anteriormente, e que fez agora o Ministro Luís **Roberto Barroso**, assim como a Ministra **Rosa Weber**: a Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no acompanhamento do contrato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, veja o seguinte: o primeiro ônus da prova é de quem promove a ação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, mas vamos tentar reter, senão nós não acabamos este processo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu não estou aqui a divergir da tese. Eu estou aqui a deixar registrado, ratificando os julgamentos que fiz em meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Querem que eu inclua, *obiter dictum, obiter dicta,* porque são vários.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Estou acompanhando a tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A tese e deixando registrado. É só porque senão nós não terminamos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu estou registrando esse posicionamento no sentido de que a Administração Pública, uma vez acionada, tem que apresentar defesa, porque, muitas vezes, ela simplesmente diz: "Eu não tenho nada a ver com isso" - e tem, ela contratou uma empresa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13411948.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sem o advérbio de modo "automaticamente", tivemos o que tivemos em termos de decisões trabalhistas, sempre se assentado a culpa do Poder Público.

Então, eu que havia aderido, de início, à inserção do vocábulo, retroagirei, porque, se agora, em tese, for veiculado o "automaticamente", e, portanto, sinalizado que se deve, de alguma forma, pesquisar se houve, ou não, a culpa do Poder Público, as decisões trabalhistas continuarão reiteradas no sentido dessa culpa.

Esse processo apenas veio ao Plenário, considerado o decidido na ação declaratória de constitucionalidade nº 16, porque a Justiça do Trabalho passou a driblar – e o vocábulo apropriado é este: "a driblar" – a decisão na declaratória e vislumbrar, em todo e qualquer caso, a culpa do tomador dos serviços.

Por isso, fico com a proposta inicial, sem o vocábulo "automaticamente".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 12989547.

26/04/2017 **PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA
(s/ tese em repercussão geral)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) Também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, porque vou aderir à tese tal como proposta.

Acho que eventuais situações, inclusive o Ministro Teori dizia aqui e em várias dessas reclamações: o que tiver de ser provado não é matéria mesmo do Supremo - não podemos revolver provas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13411947.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATORA : MIN. ROSA WEBER
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : PRISCILA MEDEIROS NUNES
ADV.(A/S) : NILTON GARRIDO MOSCARDINI (95611/SP) E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : EVOLUTION ADMINISTRADORA DE SERVICOS TERCEIRIZADOS LTDA.
AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS E LIMPEZA AMBIENTAL
ADV.(A/S) : CELITA OLIVEIRA SOUSA (0003174/DF)
AM. CURIAE. : CÂMARA TÉCNICA DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : ULISSES SCHWARZ VIANA (30991/DF, 5343/MS, 5343/MS)
AM. CURIAE. : VALEC – ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A.
ADV.(A/S) : ANTÔNIO AMÉRICO BARAÚNA FILHO (24119/BA)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA (81438/RJ)
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
DP : DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL

Decisão: Adiado o julgamento por indicação da Relatora. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.09.2016.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos propostos pela Relatora, admitiu o ingresso como *amici curiae* da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF e da Defensoria Pública da União. Em seguida, após o voto da Ministra Rosa Weber (Relatora), que conhecia em parte do recurso, e, na parte conhecida, negava-lhe provimento, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pela recorrente União, a Dra. Isadora Maria Belém R. Cartaxo de Arruda, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; pelo *amicus curiae* Estado de São Paulo, o Dr. Elival da Silva Ramos, Procurador-Geral do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, o Dr. Ricardo Almeida; pelo *amicus curiae* Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental – FEBRAC, a Dra. Lírian Souza Soares Cavalhero; pelo amicus curiae Defensoria Pública da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 12832646

União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 02.02.2017.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que acompanhavam a Relatora, conhecendo em parte do recurso, e, na parte conhecida, negando-lhe provimento, e os votos dos Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso na parte em que conheciam, o Tribunal, acolhendo proposta do Ministro Celso de Mello, deliberou suspender o julgamento para aguardar a Presidente, Ministra Cármen Lúcia, ausente justificadamente. Presidência do Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 08.02.2017.

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Presidente), que conhecia em parte do recurso, e, na parte conhecida, dava-lhe provimento, o Tribunal deliberou suspender o julgamento para colher voto de desempate do novo Ministro a integrar a Corte. Ausentes o Ministro Ricardo Lewandowski, participando da "Reunião de preparação para o Seminário de Verão de 2017", na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 15.02.2017.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 12832646

Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 12832646