

A suficiência dos efeitos da ADC 16/DF para balizar a responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de fornecimento de mão de obra

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz¹

RESUMO: A terceirização de mão de obra é uma realidade que não pode ser desconsiderada na Administração Pública. A responsabilidade pelo passivo trabalhista das empresas contratadas, contudo, sempre gerou extrema polêmica, em razão do entrelaçamento nítido entre o conteúdo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que vedava a transferência dos encargos à Administração, e o entendimento presente na Súmula 331 do TST, que atribuía responsabilidade subsidiária ampla e irrestrita em caso de inadimplência da contratada. Esse conflito entre a norma e o enunciado representava claramente, embora os Tribunais do Trabalho evitassem essa discussão, uma séria controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 71, § 1º. Essa incerteza contribuiu para uma multiplicação de processos, proporcionalmente à expansão da terceirização no seio dos entes públicos. O tema, então, foi levado ao Supremo, por meio da ADC 16/DF, que julgou constitucional a norma em destaque. O assunto que parecia pacificado, porém, ganhou um novo ingrediente com a nova redação da Súmula 331, efetuada pela resolução nº 174/2001, que afastou a responsabilidade pelo mero inadimplemento, mas manteve a possibilidade de condenação da Administração em caso de omissão no dever de fiscalização do contrato. Logo, passamos, aparentemente, de uma discussão puramente normativa, para uma problemática fática repleta de questões polêmicas. Contudo, antes de um aprofundamento sobre a culpa, deve o intérprete efetuar uma análise minuciosa dos efeitos da ADC 16/DF no sistema, cuja amplitude pode

¹ Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Procuradoria Regional de Campinas, especialista em direito tributário pela PUC-SP.

fornecer respostas seguras e compatíveis com o nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Fornecimento de mão de obra. Súmula 331 do TST. Lei de licitações. ADC 16/DF. Efeitos do controle concentrado. Compatibilidade da culpa.

Aspectos Introdutórios

A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de fornecimento de mão de obra não é assunto novo ou pouco debatido pelos operadores do direito, principalmente em razão da notória ampliação do uso dessa modalidade contratual.

O tema, na Justiça do Trabalho, sempre encontrou grande resistência em virtude, talvez, da própria formação principiológica e valores tutelados pela nobre justiça especializada.

Essa situação estava patente na redação original da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior de Trabalho, *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 (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).²

A referida súmula atribuía, na prática, responsabilidade subsidiária ampla e irrestrita à Administração Pública no caso de inadimplência das empresas contratadas (fornecedoras da força de trabalho), o que impedia, desde então, a evolução do debate, eis que as teses defensivas dos entes públicos sempre restavam vencidas diante do entendimento sumulado.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

A Lei nº 8.666/93, que rege as licitações e contratos administrativos, disciplina essa matéria em seu conhecido artigo 71, § 1º; mas sua aplicação sempre foi afastada de forma indireta, isto é, sem um pronunciamento expresso sobre sua constitucionalidade, dificultando, por essa razão, que o tema fosse levado ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal típica.

Essa problemática culminou com o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade n. 16, de autoria do Governador do Distrito Federal, cujo mister residia justamente na definição final pela Corte Constitucional sobre a compatibilidade ou não do artigo 71, § 1º, com a Lei Maior.

Após longa tramitação, em julgamento histórico no dia 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do dispositivo da lei de licitações, o que, em princípio, afastaria a aplicabilidade da tradicional Súmula que amparava as condenações dos entes federados.

A situação que parecia consolidada, entretanto, ganhou novos contornos com a atual redação da Súmula 331, por meio da Resolução TST nº 174/2011, que introduziu os incisos V e VI, com o seguinte conteúdo:

V – Os entes integrantes da administração pública direta ou indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período laboral.³

A discussão, então, que girava em torno da constitucionalidade ou, em outras palavras, ao redor de um ponto puramente jurídico, ganhou, com a nova redação do verbete, aparente viés fático; mais precisamente sobre a

³ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

existência ou não *da culpa* no dever de fiscalização, pois a responsabilização não poderia ser automática, mas lastreada pela presença de um elemento adicional (culpa).

Entendemos, contudo, que a situação deva ser apreciada, primeiramente, com base na ADC 16/DF, pois os efeitos típicos desse específico instrumento de controle de constitucionalidade, dentro do modelo vigente, podem nos fornecer respostas suficientes.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2006, ao conferir a atual redação do artigo 102, § 2º, da CF, afastou qualquer dúvida quanto o efeito vinculante da decisão judicial proferida em sede de ação declaratória de constitucionalidade, consoante bem ressaltado por Elival da Silva Ramos:

Essa emenda à Carta de 1988 equiparou as duas ações direitas propiciadoras do controle principal no tocante ao assunto em foco, dotando as decisões de mérito nela proferidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.⁴

Assim, medular que a discussão sobre a extensão da ADC nº 16 não seja simplória, desconsiderando a magnitude e relevância desse instrumento, fundado no princípio da segurança jurídica e isonomia da prestação jurisdicional.

O Conteúdo Normativo do Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Para chegarmos a uma conclusão adequada, curial, primeiramente, buscarmos o conteúdo normativo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93; o que exigirá, necessariamente, uma atenção especial ao texto (signo

⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292.

legislado), que servirá de base para busca do real alcance da norma, consoante ensina Gabriel Ivo:

O texto consiste num conjunto de palavras que formam os enunciados prescritivos; já a norma jurídica é o produto de sua interpretação. Finda a interpretação, surge a norma jurídica. Impossível pensar em norma jurídica sem prévia atividade interpretativa.⁵

O intérprete, logo, é peça fundamental no processo de construção da norma. Ele, deparando-se com o texto, formará, no plano das significações, a norma jurídica completa (juízo-hipotético em que um antecedente liga-se, por meio de um vetor deôntico, a um conseqüente).

Normas jurídicas são entendidas aqui como discursos, portanto, do ângulo pragmático, interações em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, estabelecendo-se, concomitantemente, que tipo de relação há entre quem fala e quem ouve. Ou seja, o discurso normativo não é apenas constituído por uma mensagem, mas, também, por um definição das posições de orador e ouvinte. A lógica deôntica costuma definir as “proposições normativas” como prescrições, isto é, proposições construídas mediante operadores ou funtores “obrigatório/proibido” e “permitido”, aplicados a ações. Naturalmente, não às “ações mesmas” (plano empírico), mas à sua expressão linguística.⁶

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, “estabelecida uma norma, o editor, ao transmitir uma mensagem define as posições de tal modo que o endereçado assuma uma relação complementar (meta-complementariedade)”.⁷ Nesse sentido, qual seria a comportamento ou *relação complementar*, nas palavras do ilustre professor, consignado no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93?

⁵ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXXVIII.

⁶ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio Pragmático da Comunicação Normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53-54.

⁷ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio Pragmático da Comunicação Normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56.

Observem que o legislador utilizou a seguinte linguagem:

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 ou restringir a regularização e uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.⁸

O dispositivo permite-nos identificar claramente duas normas em posição de complementaridade, ou seja, uma de obrigação (*caput*) e outra de proibição (parágrafo).

Na leitura do *caput*, podemos concluir, por meio do operador “é responsável”, que o *contratado* deverá suportar os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

O parágrafo, ao mencionar a expressão “não transfere”, veda qualquer comportamento que tenda a repassar as mencionadas obrigações à Administração Pública.

Importante mencionar que inexistente qualquer expressão que permita criar alguma exceção aos comportamentos exigidos. Isso seria possível, à título de ilustração, se o legislador tivesse introduzido condicionantes como “não transfere, salvo se houver culpa na fiscalização” ou “será responsabilidade do contratado e da Administração em caso de omissão na fiscalização”, o que não ocorreu no caso em espécie.

Em suma, o texto legislado fornece uma mensagem clara, possibilitando a extração de norma que impede a transferência de encargos de empresas contratadas, sem abrir qualquer excepcionalidade.

Uma vez delimitado o objeto de estudo, possível tecer considerações sobre a repercussão da ADC/16 em relação à norma em destaque.

⁸ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 22 de dezembro de 2011.

Os Efeitos Típicos da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Conforme anteriormente informado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16/DF, julgou constitucional a norma do artigo 71, § 1º, em acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos 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 1995.⁹

Esse julgamento provocou a alteração da redação original da Súmula 331 e acresceu a ideia de “culpa na fiscalização”, que não estava presente na redação anterior do enunciado.

A novidade, logo, estimulou fomentadas discussões na doutrina e jurisprudência sobre vários aspectos, tais como em relação à viabilidade material da fiscalização, ao ônus da prova, ao conteúdo material dessa fiscalização etc.

Entendemos, contudo, que essas discussões, apesar de extremamente atuais, são, com a devida vênia, precipitadas se não levarmos em consideração os efeitos típicos da ação declaratória de constitucionalidade no sistema.

Primeiramente, temos que saber, de forma fundamentada, se a nova redação estaria ou não adequada ao novo cenário *pós* ADC 16/DF, pois, caso contrário, qualquer discussão sobre a sistemática da culpa será inócua.

⁹ STF – ADC nº 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 1, Acessado em 17 de fevereiro de 2012.

Essa tarefa, entretanto, exigirá algumas considerações gerais sobre os efeitos derivados da ação declaratória de constitucionalidade, com uma atenção especial sobre o efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ambos disciplinados no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 102 § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.¹⁰

Em relação ao efeito *erga omnes*, de uma forma breve e sem o escopo de esgotar o tema, podemos afirmar que se refere à amplitude da decisão, pois essa não se restringirá, como no controle difuso, às partes envolvidas no processo. “Portanto, a eficácia *erga omnes* está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão”.¹¹

O Ministro Eros Grau, na Questão de Ordem na Reclamação 4219-7/SP, trouxe relevantes ensinamentos sobre o tema em foco:

Eficácia, na dicção de Pontes de Miranda, é a qualidade daquilo que tem força ou daquilo que produz efeito. Ao referimos a eficácia das decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, falamos da sua força, força da sua aplicação. O que se está a dizer, quando o § 2º do artigo 102 da Constituição do Brasil menciona eficácia dessas decisões, é que elas produzem efeitos jurídicos em relação a todos, de sorte a prontamente afetar, ordenando-as, as condutas, as relações e as situações a que respeitem. Afetam não somente as partes na ação judicial, porém todos. Essas decisões estão abrangidas pela generalidade própria das leis.¹²

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

¹¹ PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: LTR, 2009. p. 138.

¹² STF – Rcl n.º 4219 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=4219&origem=AP.>>, p. 6-7. Acessado em 17 de setembro de 2011.

Fenômeno diverso ocorre com o *efeito vinculante*, que não está relacionado à amplitude subjetiva, mas ao dever de obediência às decisões da Suprema Corte, pois, como ensina Luis Roberto Barroso, “o efeito vinculante obriga a adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que a ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa”.¹³

A ideia do efeito vinculante, então, está relacionada ao surgimento de um liame obrigacional, fundado na Constituição, em relação a comportamentos que possam desrespeitar o conteúdo da decisão da Suprema Corte; permitindo, inclusive, o uso da reclamação constitucional (artigo 102, I, “I”, da CF), que, nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha, consiste em uma “ação de competência originária dos tribunais superiores, prevista na Constituição Federal, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais”.¹⁴

Os Efeitos da ADC 16/DF em Relação ao Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Após essa noção geral sobre os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade, podemos tornar mais específica a discussão, no sentido de buscar o real “liame obrigacional”, que decorreu do julgamento da ADC 16/DF:

Será que a decisão com efeito vinculante somente impediria a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, ou os efeitos dessa decisão seriam mais abrangentes?

Inicialmente, é preciso compreender que uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a adequação constitucional de uma norma no controle abstrato pode ser vilipendiada de forma *direta e indireta*, ambas vedadas pelo sistema.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 157.

¹⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 485.

A maneira mais usual (direta) seria, *e.g.*, mediante a declaração de inconstitucionalidade incidental, por um juiz de primeiro grau, de uma norma já declarada constitucional pela Corte. Enquanto o Supremo diz “julgo procedente para declarar a constitucionalidade da norma” o magistrado local, incidentalmente, conclui “entendo que norma é inconstitucional”. Nesse caso, o magistrado violaria *diretamente* a decisão do Supremo ao adotar solução diametralmente oposta ao *dispositivo* do acórdão.

Contudo, além da violação direta, pode uma norma objeto de controle concentrado ser questionada pela via transversa ou indireta, ou seja, por meio de subterfúgios que repercutam na eficácia.

Na violação indireta, não há, propriamente, uma declaração expressa de inconstitucionalidade, mas a utilização de interpretações que *esvaziem* o conteúdo normativo da norma declarada *constitucional*, com base em princípios ou outros fundamentos normativos. Essa situação foi evidenciada pelo Supremo Tribunal Federal, entre outros precedentes, no julgamento da Reclamação 7322/DF:

O Supremo Tribunal Federal considera declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.¹⁵

O entendimento é totalmente pertinente, pois, consoante ensina Vadi Lammêgo Bulos “se o Supremo declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, inexistirá a possibilidade de nova análise contestatória sobre o assunto”.¹⁶ E complementa o ilustre constitucionalista: “é que no controle abstrato – seara donde emerge o mecanismo em estudo – o Supremo não se vincula à causa de pedir. Sua cognição é plena

¹⁵ STF – Rcl n.º 7322/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2010 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar_Consolidada.asp?classe=Rcl&numero=7322&origem=AP>, p. 240. Acessado em 10 de setembro de 2011.

¹⁶ BULOS, Vadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

na matéria, esgotando todos os pontos constitucionais que envolvem o problema”.¹⁷

O efeito vinculante, logo, se fosse restrito a impedir às violações direitas, possibilitaria uma série de burlas (violações indiretas), incompatíveis com a *ratio essendi* do instituto, que foi introduzido para evitar os desmandos daqueles que insistiam em desrespeitar as decisões da mais alta Corte do país.

A vinculação da ADC 16/DF, então, deve ser vista como uma obrigação constitucional que não se restringe à singela proibição de mencionar expressões como “declaro a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º” ou outras congêneres.

Em outras palavras, o efeito vinculante engloba o *dever de aplicação* cogente da norma, sob pena de esvaziamento ou violação indireta, podendo caracterizar, até mesmo, a responsabilidade funcional dos infratores, conforme ressaltado por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins:

É certo, pois, que a não observância da decisão, sem a devida justificativa, caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (cf, também, CPC, art. 133, I)

Em relação aos órgãos do Poder Judiciário, convém observar que eventual desrespeito do STF legitima a propositura de reclamação, pois estará caracterizada, nesse caso, inequívoca lesão à autoridade de seu julgado (CF, art. 102, I, I)¹⁸

A Compatibilidade da Nova Redação da Súmula 331 do TST com a Decisão do Supremo Tribunal Federal

Cumpre-nos, após o exposto, examinar se a nova redação da Súmula 331 encontra-se em consonância com a realidade implementada pela decisão do Supremo, o que, já adiantamos, não será tarefa das mais fáceis.

¹⁷ BULOS, Vadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 603.

Os defensores da nova redação da Súmula 331 do TST argumentam, primeiramente, que não haveria declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, e, dessa forma, nenhuma afronta existiria à decisão da Suprema Corte.

Em reforço, sustentam que o Poder Público não seria responsabilizado com base na lei de licitações (que, afirmam, ser constitucional), mas em razão da omissão no seu dever de fiscalização, propiciando uma responsabilidade extracontratual, com fulcro em normas disciplinadoras da responsabilidade civil por ato ilícito, tais como o artigo 37, § 6º, da Constituição e artigo 186 do Código Civil.

Além disso, dizem que o Supremo supostamente teria “entendido”, nos debates ao longo do julgamento da ADC 16/DF, que poderia a Administração ser responsabilizada em caso de culpa.

Esses argumentos são correntes nos julgados que vem aplicando a atual redação da Súmula 331 do TST e, portanto, merecem a devida consideração.

O primeiro argumento, apesar de tentador, apresenta algumas incompatibilidades, pois, segundo demonstrado, o fato de “não declarar” a inconstitucionalidade, por si só, não significa que uma decisão esteja em consonância com o efeito vinculante.

A decisão somente será compatível caso aplique a norma declarada constitucional, pois, de outra forma, estará, na realidade, realizando uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, consoante ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão proferida na Reclamação 12005/SP:

Inicialmente, verifico que o Tribunal Superior do Trabalho, para editar o item IV da Súmula 331, procedeu à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de mão de obra.

Idêntica técnica de decisão foi adotada pelo tribunal reclamado, motivo pelo qual seria necessária a submissão do feito ao órgão especial daquela Corte.

Ademais, ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 6.12.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 com a Constituição.

Registre-se, ainda, que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula 331, IV, do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta, após o julgamento da referida ADC 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar a decisão reclamada no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública e determinar que outra seja proferida em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, proferida na ADC 16.¹⁹

Em relação à alegação de aplicação da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, comentários, outrossim, devem ser feitos.

Para deixar bem clara a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, transcreveremos a lição do professor Rui Stocco, cuja clareza dispensa maiores comentários:

Em resumo, a responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem. A responsabilidade contratual é a inexecução previsível e evitável, por parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato, prejudicial à outra parte ou seus sucessores (cf. lição de Savatier, apud, Caio Mário, Responsabilidade Civil cit. p. 154).²⁰

¹⁹ STF – Rcl n.º 12005/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.10.2011 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=12005&origem=A>>. Acessado em 10 de outubro de 2011.

²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

No nosso caso, no momento em que um trabalhador ingressa com uma reclamação trabalhista, ele almeja, em tese, o recebimento de verbas devidas ao longo de um *contrato de trabalho*. Os valores pretendidos tem uma base contratual e o pedido em nada se identifica com um pedido de indenização por ato ilícito (Exemplo: batida de viatura oficial, disparo de arma de fogo por policial etc.).

Da mesma forma, quando a Administração celebra um contrato de terceirização, as obrigações dele decorrentes são igualmente *contratuais*.

Assim, tentar transpor regras da responsabilidade por ato ilícito para uma situação de inadimplência contratual, com o devido acatamento, não fornece uma base segura para a sustentabilidade da tese.

A Ministra Carmem Lúcia abordou esse tema com precisão em seu voto proferido na ADC 16/DF, principalmente ao fazer considerações específicas sobre a compatibilidade do dispositivo da Lei nº 8.666/93 com o artigo 37, § 6º, da Constituição, deixando bem clara a distinção entre as realidades postas em discussão:

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 omissivo de agente público que aja nessa qualidade. Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integral a Administração Pública, logo, não se poderia caracterizar como agente público.²¹

E prossegue a eminente Ministra:

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração e seu contratado.

²¹ STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 33-34. Acessado em 17 de fevereiro de 2012.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu artigo intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, ao afirmar que “por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se me abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”

Ao argumento de obediência ao princípio da responsabilidade do Estado – de natureza extracontratual – não há que se admitir que a responsabilidade decorrente do contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e a ela tenha de ser assumida.²²

Essa peculiaridade foi igualmente percebida pelo Ministro Marco Aurélio em sua manifestação registrada no julgamento da ADC 16/DF:

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

Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao § 6 do artigo 37 da Constituição Federal que ele não tem, dididamente não tem.²³

Concordamos plenamente com o Ministro, pois assentar que a Administração seja responsável por danos contratuais a terceiros redundaria, a despeito da omissão na fiscalização, em consequências inconcebíveis.

Seguindo o raciocínio da culpa, poderia o Poder Público ser demandado por inadimplências contratuais comuns das empresas contratadas, tais como encargos de aluguéis, empréstimos bancários, tributos entre outros; o que somente seria possível mediante norma expressa ou manifestação de vontade do ente público de assumir o papel de garantidor (Exemplo: contrato de fiança, contrato de seguro etc.).

²² STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 34. Acesso em 17 de fevereiro de 2012.

²³ STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 51. Acesso em 17 de fevereiro 2012.

Sem contar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade com efeito vinculante, veiculou determinação para a aplicação cogente da norma, que proíbe o repasse das obrigações, sem qualquer ressalva em relação aos encargos trabalhistas.

Por fim, a afirmação de que o Supremo teria “admitido” a responsabilidade subsidiária em caso de omissão merece cautela, pois esse assunto foi unicamente objeto de discussões esparsas e não foi defendida, ao menos na leitura das notas taquigráficas, pela maioria do Plenário.

No mais, é sabido que os fundamentos e eventuais debates não fazem coisa julgada ou compõem o conteúdo dotado de efeito vinculante.

Pensar de outra forma redundaria na aplicação da chamada *teoria dos motivos determinantes*, de origem alemã, que, apesar de defensores de peso, não encontra respaldo na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como consignado no julgamento da Reclamação 9.778/RJ:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. SUPRESSÃO PELA FIOCRUZ DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 3. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES REJEITADA PELO SUPREMO. AGRAVO DESPROVIDO. I – Só é possível verificar se houve ou não descumprimento da Súmula Vinculante 3 nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, uma vez que o enunciado, com força vinculante, apenas àquela Corte se dirige. II – Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. III – Agravo a que se nega provimento.²⁴

Dessa forma, podemos concluir que a questão deva ser solucionada com base, unicamente, na norma de regência (art. 71, §1º), que, pelos argumentos apresentados, deverá ser aplicada sem distinção, pois qualquer interpretação diversa, que implique o esgotamento da eficácia, redundará na declaração de inconstitucionalidade “disfarçada” ou implícita, o que não

²⁴ STF – Rcl n.º 9778 Agr/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?c_lasse=Rcl&numero=9778&origem=AP>, p. 19. Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

é cabível, como observado pela Ministra Ellen Gracie na Reclamação 8.150 AgR/SP:

As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. 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 nº 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 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 10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado.²⁵

Observem que a declaração de constitucionalidade foi incondicionada, sem o uso de técnicas como a interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Por essa razão, não é mais possível pensar em livre convencimento da magistratura sobre o assunto, pois interpretações diversas são incompatíveis com o efeito vinculante previsto na Constituição, cujo valor deve ser prestigiado, sob pena de afronta ao modelo proposto pelo legislador constituinte.

Conclusão

A discussão sobre a responsabilidade subsidiária, após o advento da ADC 16/DF, assumiu, como tentamos demonstrar, uma nova roupagem,

²⁵ STF – Rcl n.º 8150 Agr/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.03.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=8150&origem=AP>>, p. 1. Acesso em 10 de março de 2012.

pois passamos de um cenário de ampla interpretação, para um realidade em que o efeito vinculante excluiu (ao menos por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário) o uso de qualquer mecanismo que permita o esvaziamento da norma da lei de licitações.

Não é possível deixar de considerar que o efeito vinculante foi introduzido para impedir que as discussões sobre a legitimidade constitucional de uma norma já submetida ao controle abstrato fossem perpetuadas no seio da Administração e demais órgãos do Poder Judiciário.

Logo, a premissa, após a procedência da citada ação declaratória, deve ser pela aplicação irrestrita do conteúdo normativo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/93.

Salutar sempre lembrar que a ADC 16/DF levou em consideração toda a gama de normas e princípios constitucionais (*v.g.* dignidade da pessoa humana, princípios de proteção ao trabalhador, responsabilidade da Administração etc.), como é típico do controle objetivo de constitucionalidade, o que impede, após esse fato, que esses mesmos princípios sejam utilizados para afastar a aplicação do julgado.

De uma maneira geral, toda a discussão acalorada sobre o assunto, ao menos em sede judicial, perdeu a razão de ser com o efeito vinculante, que merece respeito indistinto, por mais relevantes que sejam os argumentos contrários, uma vez que foi o modelo escolhido pela cidadania, por intermédio de seus representantes no Congresso Nacional, para estruturar nosso modelo de controle de constitucionalidade, em nome da segurança, isonomia e celeridade jurisdicional.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Vadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 22 de dezembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4219. Jayr Osorio de Menezes e Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=4219&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 7322. União e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministra Cármen Lúcia. 23.06.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=7322&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 12005. Universidade de São Paulo e Vice Presidente Judicial do Trabalho da 15ª Região. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 06.10.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=12005&origem=A>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 9778. Sindicado dos Trabalhadores da Fundação Oswaldo Cruz e Presidente da Fundação Oswaldo Cruz. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 26.10.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=9778&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 8150. Relator: Ministra Ellen Gracie. Banco do Brasil e Tribunal Superior do Trabalho. 03.03.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=8150&origem=AP>>.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53-54.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: LTR, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.