

---

**Terceirização na  
Administração Pública  
- Artigo 71 da Lei  
8.666/93 - RDC da  
Lei 12.462/2011 e MP  
559/2012**

**A Súmula 331 do  
C. TST Poderia ser  
Diferente?**

---

**Tereza Aparecida Asta Gemignani**

- » Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas;
- » Doutora em Direito do Trabalho, nível de pós-graduação, pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, USP - Universidade de São Paulo;
- » Membro da ANDT - Academia Nacional de Direito do Trabalho

“Uma coisa é um país,  
outra um ajuntamento.

Uma coisa é um país,  
outra um regimento.”

Affonso Romano  
Que país é este?

## RESUMO

---

A Súmula 331 do TST reputa constitucional o disposto no artigo 71 da Lei 8.666/93, em nenhum momento prevendo a transferência da responsabilidade própria do empregador. Sinaliza, como orientação jurisprudencial, que o fato de esta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório obriga a Administração Pública ao cumprimento das exigências estabelecidas pela Lei 8.666/93 e a assumir a responsabilidade subjetiva nos termos do artigo 186 do Código Civil. Tal diretriz não pode ser elidida nos casos de aplicação do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) previsto na Lei 12.462/2011 e referido pela MP 559/2012, quando comprovado o comportamento negligente e omissivo, que caracteriza a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* pela lesão causada aos direitos fundamentais do trabalhador que atuou em seu benefício, o que viola o interesse público albergado nos princípios da legalidade, moralidade e eficiência elencados no artigo 37 da CF/88, que exigem a atuação pautada pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública. A decisão proferida pelo STF na ADC 16 respalda essa interpretação, afastando apenas a responsabilidade objetiva e a culpa presumida do ente público.

## **PALAVRAS-CHAVE**

---

Constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do TST. Cláusula de reserva de plenário. Boa governança e *accountability*. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Benefício de ordem. ADC 16. RDC Lei 12.462/2011. MP 559/2012

## **SUMÁRIO**

---

1. Introdução. 2. O Sentido da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular. 3. O Artigo 71 da Lei 8.666/93. 4. Inconstitucionalidade: A Súmula Vinculante nº 10. 5. ADC 16. 6. O Regime Diferenciado de Contratação. 7. O Balizamento de Conduta. Boa Governança. *Accountability*. 8. Poderia Ser Diferente? 9. Conclusão. Referências.

## **1 - INTRODUÇÃO**

---

Em relação aos entes públicos, o inciso XXI do artigo 37 da CF/88 estabeleceu que os serviços prestados por terceiros devem ser contratados mediante processo de licitação. O artigo 71 da lei 8.666/93 fixou que, nestes casos, a responsabilidade do empregador pelos débitos trabalhistas não seria transferida para a Administração Pública.

Nos últimos anos, em decorrência de significativas alterações que vêm ocorrendo na atuação dos entes estatais, esse tipo de contratação tem-se intensificado, notadamente em relação às atividades-meio da Administração. A questão trazida para o Judiciário trabalhista surge quando o empregador deixa de pagar ao empregado e de recolher as contribuições fundiárias e previdenciárias.

Neste caso, o disposto no artigo 71 suprarreferido poderia ser considerado salvo-conduto para afastar qualquer responsabilidade do ente público?

Provocado por um número significativo de processos em que esta situação jurídica é questionada, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que fixou dois parâmetros distintos:

A - Em Face das exigências previstas no inciso II do artigo 37 da CF/88, quanto à necessidade de prévia aprovação em concurso público, estabeleceu que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, preservando a não-transferência prevista no artigo 71 da Lei 8.666/93.

B - Atento à necessidade de conferir efetividade à legislação trabalhista, fixou o entendimento de que o “inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços”, o que exige a observância do benefício de ordem, mantendo assim essa mesma diretriz legal.

Entretanto, tal orientação jurisprudencial vem sendo objeto de reiterados questionamentos, que chegaram ao STF através da ADC 16. Tendo em vista a significativa repercussão desta decisão na seara trabalhista, a fim de contribuir para o debate, o presente artigo se propõe a trazer algumas ideias e reflexões.

## **2 - O SENTIDO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR**

---

Uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade.

Será?

Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>1</sup> explica que os “dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo - liberdade do indivíduo e autoridade da Administração - são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular... essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais”.

Entretanto, é interessante observar como a doutrinadora descola a ideia de *interesse particular* do conceito de direitos fundamentais. Com efeito, ao discorrer sobre as tendências atuais do direito administrativo brasileiro, ressalta que, entre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, está o “alargamento do princípio da legalidade (para abranger não só a lei, mas também princípios e valores)”, de modo que o Estado Democrático de Direito passa a vincular a lei aos ideais de justiça, submetendo o “Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição,” notadamente os que foram albergados nos artigos 1º a 4º, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a moralidade, publicidade e impessoalidade.

Destarte, a discricionariedade administrativa será por estes limitada, “o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei mas também perante o Direito”. Portanto, o princípio da legalidade, referido no inciso II do artigo 5º da CF/88, deve ser entendido como um conjunto de leis, valores e princípios agasalhados também nos direitos fundamentais,

---

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62-63.

que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo submissão ao Estado de Direito.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais, na Carta de 1988, Gilmar Ferreira Mendes<sup>2</sup> enfatiza que a “colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhe significado especial... ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”. Explica que os direitos fundamentais ultrapassam a órbita subjetiva, alçando uma dimensão maior na perspectiva da ordem constitucional objetiva, assim, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Trazendo à colação doutrina desenvolvida por Jellinek, quanto à *Teoria dos quatro “status”*, ressalta que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Não se restringem mais à concepção tradicional de *direitos de defesa*, consagrando também direitos “que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)” por parte dos entes públicos.

Explica que, na condição de *direito de defesa*, impõem ao Estado o “dever de agir contra terceiros”, resguardando o indivíduo também “contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo”. Ademais, “reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que esse se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”.

---

2 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-12.

Com base na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, explica Gilmar Mendes que o dever de proteção abrange também deveres de segurança que impõem ao Estado a obrigação de “proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas” e o dever do Estado “atuar com objetivo de evitar riscos” para o cidadão, de modo que a inobservância do dever de proteção configura lesão a direito que a Carta Constitucional reputou fundamental.

Portanto, a definição do âmbito de abrangência do direito de proteção exige um “renovado e constante esforço hermenêutico”, concluindo que, em face da sua importância como viga de sustentação da Carta Política de 1988, os direitos fundamentais “somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição”.<sup>3</sup>

Neste contexto, as lúcidas observações de Luigi Ferrajoli<sup>4</sup> ao rejeitar também a análise da questão sob o estereótipo da maioria/minoria, ressaltando que os direitos fundamentais “correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais”, porque o reconhecimento jurídico desses direitos é intrínseco à condição de cidadão/sujeito, assim entendida como a superação da situação de súdito/objeto de dominação.

3 MENDES, op. cit., p. 14-28.

4 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 814-815.

Na mesma senda, trilhou Luís Roberto Barroso<sup>5</sup> ao enfatizar que o “o público não se confunde com o estatal”, pois atuam em planos diversos, chamando atenção para a importância de “reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada”, que divide o conceito de interesse público entre primário e secundário. Explica que o interesse público primário é a razão de ser do Estado e está sintetizado nos fins que lhe cabe promover: justiça, segurança e bem-estar social, enquanto o interesse público secundário corresponderia ao interesse estatal da “pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica, quer se trate de União quer se trate de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias.

Sem afastar a importância do interesse estatal secundário, Barroso pondera que “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário”. Ressalta, ademais, que, num “Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses foram protegidos por uma cláusula de direito fundamental” não remanesce nenhuma dúvida, pois configurados na constituição como “formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis”. Assim, o interesse público secundário, i.e. o da pessoa jurídica de direito público, o do erário, jamais desfrutará de supremacia, condição ostentada pelo interesse público primário, por consubstanciar os valores fundamentais que devem ser preservados, notadamente o princípio da dignidade à pessoa humana,

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Saraiva, 2009. p. 61-69.

conceito de “corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas” (grifos acrescentados).

Ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob uma dimensão objetiva, Virgílio Afonso da Silva<sup>6</sup> destaca que “deve ser definido com base no significado deste direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia deste direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou boa parte deles.”

Nesta perspectiva, exigir que a Administração Pública fiscalize o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado não atende apenas ao direito de um indivíduo ou de um grupo de trabalhadores, mas visa proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental e seu significado como valor fundante da república brasileira, nos termos estabelecidos pelo inciso IV do artigo 1º da CF/88.

As ponderações de Daniel Sarmento<sup>7</sup> também caminham nesta direção ao destacar que uma das consequências mais importantes da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional”, o que implica numa

6 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 185.

7 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 124.

filtragem constitucional, na reinterpretação dos institutos legais “sob uma ótica constitucional”. Conclui que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política” que penetram “por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados.”

Tais reflexões trazem subsídios importantes para a análise da controvérsia.

Se o ente público efetua contratação para a realização de um serviço, só porque tal se deu através de um processo licitatório, estaria desobrigado de fiscalizar e exigir que esse empregador cumpra suas obrigações trabalhistas, fundiárias e previdenciárias?

Se o Estado de Direito mantém a estrutura de uma Justiça Especializada Trabalhista como garantidora, por que iria permitir que um ente público se mantivesse inerte, precisamente quando a lesão é praticada contra aquele trabalhador que atua em seu benefício?

O marco normativo exige que o ente público acompanhe e fiscalize se o empregador contratado está cumprindo as obrigações patronais trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, a fim de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas instituídos como fundamentais pela Carta Política de 1988.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública aufera proveito dos serviços de um trabalhador, mas lave as mãos em relação aos seus direitos trabalhistas, que detêm natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar

se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no artigo 7º da CF/88, e fique tudo por isso mesmo?

Acaso o artigo 71 da lei 8.666/93 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele que presta serviços em seu benefício?

### **3 - O ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93**

Vejamos o que diz o texto legal.

Estabelece o *caput* do artigo 71 da lei 8.666/93 que:

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

e o parágrafo 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.*

Acertadamente dispôs o preceito legal, pois cabe mesmo ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas em decorrência de sua situação de empregador, condição que não se transfere ao ente público, porque, nestes casos, a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do artigo 37 da CF/88 de atuar como empregadora, conforme observado pela Súmula 331 do C. TST ao dispor, no inciso II:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa

interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37 II da CF/88).

Agora, situação jurídica diversa é a referida pelo inciso V da mesma Súmula ao tratar da responsabilidade da Administração Pública pela omissão e negligência, quando deixa de exigir e fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado.

Esta é a matéria que tem sido objeto de vários questionamentos perante o STF, como passaremos a examinar.

#### **4 - INCONSTITUCIONALIDADE: A SÚMULA VINCULANTE Nº 10**

---

A diretriz jurisprudencial estabelecida pela Súmula 331 do TST em nenhum momento questionou a constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93. Pelo contrário, explicitamente, partiu do pressuposto de sua constitucionalidade, de sorte que a recente decisão proferida na ADC 16 em nada altera tal raciocínio.

Isto porque a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a transferência dos encargos patronais do empregador para a Administração. Pelo contrário, **não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação**, de modo que aplicação do disposto no artigo 71 da lei 8.666/93 foi devidamente observada.

Ao estudar o instituto da licitação, Vladimir da Rocha França ressalta<sup>8</sup> que, em relação à matéria, os “princípios constitucionais não

---

8 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ALDEODATO, João Mauricio. (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 395-416.

podem ser compreendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior inteligência e efetividade quando são conjugadas, no esforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo. Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia” evitando que haja a “ violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação”.

Importante ressaltar que o inciso XIII, do artigo 55 da Lei 8.666/93, que se refere a todo tipo de contrato, expressamente imputa ao contratado a “obrigação 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”, enquanto o artigo 67, da mesma lei, estabelece expressamente que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, que “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”, preceito que não se restringe aos contratos de obra, abrangendo também a contratação de serviços, pois onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

O artigo 71 da lei 8.666/93, em nenhum momento, isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo cumprimento das obrigações legais trabalhistas, nem pode ser interpretado como permissivo legal que possibilite a adoção de conduta negligente do ente público, que

permita a violação de princípios constitucionais e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador que presta serviços em seu benefício.

Ademais, a responsabilização subsidiária não transfere à Administração Pública a responsabilidade que é própria do empregador, tendo em vista que, em seu conceito, está implícita a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva.

Destarte, a interpretação sistemática do disposto no *caput* do artigo 71 e seus parágrafos respalda a fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos estabelecidos na Súmula 331, pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim atua no legítimo exercício de sua competência constitucional exclusiva (art. 111 e seguintes da CF/88), não ocorrendo qualquer violação à cláusula de reserva de plenário ou à diretriz prevista da Súmula Vinculante 10.

Neste sentido, a decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar improcedente a Reclamação 6665/ 2008 referente ao P. 01663.2005.291.02.00-1, ponderando:

“A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão-somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção. Para caracterização da ofensa ao artigo 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*) para declaração de inconstitucionalidade, é necessário que a causa seja decidida sob critérios diversos, alegadamente extraídos da Constituição, de modo a levar ao afastamento implícito ou explícito da norma por incompatibilidade com a Constituição.

Ademais, é importante lembrar que não se exige a reserva estabelecida no artigo 97 da constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal já tiver decidido a questão.

(...) é importante salientar que a Súmula 10 desta Corte não se refere às exceções à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88). A súmula explicita e veda uma forma indireta de burla ao disposto no artigo 97 da CF/88. Desse modo, permanecem hígidas no sistema as exceções legalmente previstas à cláusula de reserva de plenário” ( RCL 7.874, Rel Min Joaquim Barbosa, decisão monocrática DJ de 23.04.2009).

A interpretação sistemática, ínsita a todo julgamento, efetuada com o escopo de aferir qual a norma apta a possibilitar a subsunção necessária para obter a solução de determinada controvérsia, não configura controle difuso de constitucionalidade dos demais dispositivos legais que não se destinavam a disciplinar a situação jurídica em conflito.

Ademais, como bem pondera Maria Sylvia,<sup>9</sup> o procedimento licitatório decorre do “princípio da indisponibilidade do interesse público” e se constitui numa “restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público”. Deste modo, desatende aos princípios da moralidade, eficiência e economicidade referidos no artigo 37 da CF/88 a Administração Pública que deixa o contratante atuar sem fiscalização, permitindo o descumprimento da legislação trabalhista que causa lesão ao interesse público. Registre-se que o artigo 89 da Lei 8.666/93 expressamente configurou a ilicitude da conduta que “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Portanto, a diretriz jurisprudencial fixada pela Súmula 331 não trata da constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93, mas da sua interpretação sistemática, sendo que a imputação de responsabilidade

9 DI PIETRO, op. cit., 2008, p. 335.

subjetiva não caracteriza a transferência, pois o empregador continua a deter com exclusividade a responsabilidade patronal contratual.

Neste contexto, o marco normativo que permite a subsunção do fato (conduta lesiva por omissão da Administração Pública) está posto no artigo 186 do Código Civil ao dispor: “Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Destarte, a responsabilidade da Administração Pública deriva de fato gerador diverso (conduta culposa por omissão ou negligência, tendo a Súmula 331 observado tal disposição legal quando atribuiu-lhe a conotação de subsidiária, em que é de rigor a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva, de sorte que se trata de uma questão de subsunção do fato à norma, uma questão de legalidade que, em nenhum momento, resvalou para o exame da constitucionalidade, o que afasta a aplicação da exigência contida na Súmula Vinculante nº 10.

## 5 - ADC 16

---

Ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 71 da lei 8666/93 e consignar expressamente a apuração da responsabilidade do ente público em conformidade com a prova dos autos, o julgamento proferido pelo STF, na ADC 16, confirma essa diretriz, explicitando que a omissão culposa da Administração em relação à empresa contratada gera responsabilidade subjetiva.

Assim, haverá responsabilidade *in eligendo* se deixar de exigir a comprovação de regularidade trabalhista prevista na lei 8.666/93, notadamente no inciso IV do artigo 27, V do artigo 29, bem como a garantia de adimplemento contratual estabelecida no inciso VI do artigo 55 e artigo 56, que se refere expressamente aos contratos de prestação de serviços.

A culpa *in vigilando* estará configurada se a administração pública permitir que o contratado “deixe 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” como dispõe o inciso XIII do artigo 55, ou deixe de “fiscalizar-lhes a execução” ou de “aplicar sanções” não só no caso de inexecução total mas também “parcial do ajuste”, conforme incisos III e IV do artigo 58 da mesma lei, pois cabe ao ente público fiscalizar o adimplemento do contrato e exigir mensalmente a comprovação do adimplemento das obrigações trabalhistas, sob pena de responder pela conduta culposa por negligência e omissão.

Portanto, o fato de ter ocorrido um processo formal de licitação não se constitui em excludente de responsabilidade, nem desonera, por si só, a Administração Pública, quando configurada a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, por omissão e negligência do **dever legal** de bem licitar e fiscalizar a atuação da contratada.

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar que o julgamento proferido pelo STF na ADC 16 afastou de vez a possibilidade de imputação da responsabilidade objetiva contratual, distinguindo esta situação jurídica daquela prevista no parágrafo 6º, do artigo 37 da CF/88, que se restringe aos casos de culpa objetiva extracontratual.

Em consequência disso, a configuração da culpa subjetiva tanto *in eligendo* quanto *in vigilando* devem ser provadas nos autos, o que traz a baila a questão do ônus da prova. Neste contexto, a aplicação do disposto no artigo 818 da CLT deve ser pautada pela teoria da carga probatória dinâmica, cabendo à Administração Pública o encargo de comprovar o adimplemento das exigências legais, pois, como depositária de toda a documentação, é a que detém aptidão para produzi-la.

## 6 - O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

---

A lei 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) com o objetivo de acelerar as obras necessárias para a realização da Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016. Sua abrangência foi ampliada pela MP 559 de 2012 para abranger também as obras do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento).

Importante pontuar que, em seu artigo 3º, expressamente, estabeleceu que as “licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.”, tendo feito menção expressa, em seu artigo 39, à observância dos preceitos estabelecidos pela Lei 8.666/93.

Destarte, a interpretação sistemática e teleológica impede a leitura meramente literal que alguns pretendem atribuir ao disposto no parágrafo 2º, de seu artigo 1º, quanto à singela assertiva de “afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”. Com efeito, o escopo do referido diploma legal aponta em outro sentido, qual seja, enfatizar a aplicação do disposto na Lei 8.666/93, excetuando apenas as especificidades previstas pelo o RDC, que, em nenhum momento, estabeleceu qualquer alteração quanto aos critérios de responsabilização subjetiva, levando à imperiosa conclusão de que todo o arcabouço jurídico anteriormente referido aplica-se em sua totalidade também nas licitações processadas pelo RDC.

## **7 - O BALIZAMENTO DE CONDUTA. BOA GOVERNANÇA. ACCOUNTABILITY**

---

Conforme anteriormente ressaltado, a alegação de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir, sob o argumento de que o interesse público tem supremacia sobre o particular, da forma como foi construído, não se sustenta por se revelar falacioso.

Com efeito, não se trata de fazer valer o direito de um indivíduo ou de um grupo de empregados, mas de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas, cujo cumprimento se reveste de inequívoco interesse público, por se tratar de norma fundamental, assim instituída pela Lei Maior em seu artigo 7º.

Ademais, como considerar que uma conduta omissa e negligente por parte da Administração Pública possa ser considerada como preservadora do interesse público?

Os preceitos infraconstitucionais que disciplinam a licitação devem considerar o interesse público nos termos conceituais postos pela Constituição quanto ao respeito ao marco normativo trabalhista estabelecido sob a matriz fixada nos princípios fundantes albergados nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Como bem pondera Maria Sylvia Zanella di Pietro,<sup>10</sup> a “preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se”, mas “para proteger os vários interesses das várias camadas sociais.” Conhecido também como princípio da finalidade pública, “vincula a autoridade administrativa em toda a sua

---

10 Cf. DI PIETRO, 2008, p. 37 et seq., p. 63 et seq.

atuação” e tem o objetivo primordial de atender ao bem-estar coletivo. Assim, se a lei concede à Administração o poder/dever de processar uma licitação, tal expediente não pode ser usado como salvo-conduto para burlar as leis trabalhistas, pois tal configura abuso de poder que viola o interesse público.

Neste sentido, as lúcidas reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>11</sup> ao ressaltar que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita observância do que dispuser a *intentio legis*”, concluindo que a Administração Pública tem natureza instrumental, não detendo o Juízo de disponibilidade para escolher quais dos interesses públicos confiados a sua guarda e realização deverão ser observados, ou não, sob pena de ter que responder pela omissão.

O nexos causal justificador da responsabilização é a conduta omissiva e negligente da Administração Pública, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se este cumpriu com suas obrigações trabalhistas. Destarte, a construção jurisprudencial contida no inciso IV da Súmula 331 foi explicitada *secundum legem*, escorada no artigo 186 do Código Civil, aplicável por compatível com o Direito Trabalhista, restando plenamente observado o princípio da legalidade, tendo o Tribunal Superior do Trabalho assim atuado no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização da jurisprudência.

---

11 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-74.

Mas não é só!

Produz efeito que se espalha por toda a sociedade como balizador de conduta, ao sinalizar que a Administração Pública deve proceder com mais cautela, fiscalizando e acompanhando a prestação dos serviços contratados, o que implica em efetiva observância da lei trabalhista, dever legal que não pode ser afastado pelo simples fato de a contratação ter ocorrido mediante processo formal de licitação.

Nesta senda, trago novamente à colação as reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao pontuar que o princípio da finalidade está encartado na legalidade, pois não se “compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual é o seu objetivo. Donde não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo só se cumpre a legalidade quando se atende a sua finalidade. A atividade administrativa desconhecida com o fim legal é inválida e, por isso, judicialmente censurável”.

A responsabilização da Administração pelo acompanhamento e fiscalização dos serviços contratados emerge, portanto, da própria finalidade da lei. Ademais, se reveste de inequívoco efeito moralizador dos procedimentos administrativos, conferindo-lhes maior lisura. Com efeito, cientes de que haverá efetiva fiscalização pelo ente público, os interessados só participarão de um processo licitatório se tiverem condições de honrar a proposta apresentada em sua integralidade, o que inclui o cumprimento das consequentes obrigações trabalhistas.

O argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir em tais casos, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, também se revela insustentável por ser antitético.

Como vislumbrar que está sendo priorizada a supremacia do interesse público, se houve a escolha de proposta menos vantajosa por apresentar números e valores irrealistas, já contando com o posterior inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim viciando o próprio processo licitatório ao elidir a igualdade de condições?

Como sustentar que está sendo atendido o interesse público, quando tal situação, por via de regra, leva a uma paralisação dos serviços pelos trabalhadores que deixam de receber seus direitos, mesmo quando o empregador já foi pago pela Administração com recursos públicos?

Ora, é precisamente o contrário!

A responsabilização subsidiária do Estado visa preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contando com futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista pelo contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada pelos trabalhadores para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições devidas.

O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social. Ao exigir que o ente público fiscalize a atuação do contratado, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está sinalizando que o processo licitatório é pra valer e não uma peça de ficção. Está evidenciando que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo

Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.

A maioria do país, como nação, exige que tais marcos paradigmáticos sejam respeitados por todos, sem excluir a Administração Pública, que detém responsabilidade fiscalizadora durante a prestação dos serviços contratados.

É dizer, a lei não vale só para os outros, mas para a Administração Pública também, e com muito mais razão. O ordenamento jurídico não ampara a interpretação que possibilita a negligência e omissão do próprio ente público, reduzindo-o a triste figura de acobertador da conduta ilícita do empregador contratado.

Com efeito, qual o fundamento jurídico para sustentar que, ao atuar como tomador, o ente público estaria dispensado de exigir e fiscalizar o efetivo cumprimento da lei trabalhista, se a força de trabalho foi prestada em seu benefício?

Com percuciência, pondera Maria Sylvia<sup>12</sup> que, quando “a administração pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando. Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.”

---

12 Cf. DI PIETRO, 2008, p. 325.

Luis Roberto Barroso<sup>13</sup> caminha nesta mesma direção, ao ressaltar que cabe à Constituição de um Estado democrático “veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que envolvem a garantia dos direitos fundamentais.”

Assim sendo, é possível sustentar que o fato de ter ocorrido um processo formal de licitação poderia, por si só, isentar a Administração Pública de responder pelos atos ilícitos praticados?

Poderia ser utilizado o artigo 71 da Lei 8.666/93 como salvo-conduto para justificar conduta negligente e respaldar a irresponsabilidade da Administração Pública, quando todo o ordenamento jurídico aponta em sentido inverso?

Ao aplicar as balizas reitoras explicitadas no artigo 186 do Código Civil e 37, *caput* da CF/88, notadamente quanto à observância dos princípios da finalidade como informador da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, exige-se que Administração Pública atente para as regras da boa governança, para a observância da *accountability*, conduta que irradiará seus efeitos por todo o tecido social, estimulando a ética concorrencial no processo licitatório, o que redundará na prestação de um serviço público de melhor qualidade, agora, sim, em benefício da coletividade e do interesse público da nação.

## **8 - PODERIA SER DIFERENTE?**

---

Ao constatar que o comportamento negligente da Administração Pública provoca lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, respaldado na diretriz constitucional prevista no inciso IV do artigo 1º e artigo 37, ambos da CF/88, bem como o artigo 186 do Código Civil, cuja aplicação

---

13 BARROSO, op. cit., p. 90-91.

considera compatível com o direito trabalhista, o TST vem reconhecendo a responsabilidade subsidiária pela reparação da lesão, o que implica na observância do benefício de ordem e possibilita ação regressiva.

Portanto, não há qualquer transferência das obrigações empregatícias.

O empregador continua, como sempre, detentor da responsabilidade patronal. A responsabilidade do ente público decorre de fato gerador distinto, *ex lege*, qual seja, o comportamento culposo por negligência.

E poderia ser diferente?

A Justiça Trabalhista poderia ignorar que um número expressivo de entes públicos deixa de cumprir seu dever de fiscalizar a prestação de serviços pelos contratados, efetuando pagamentos sem antes exigir a comprovação de que houve a observância das obrigações patronais trabalhistas?

Poderia admitir que a omissão do ente público redunde num enriquecimento ilícito do empregador, que se apodera dos valores referentes às verbas trabalhistas, deixando de efetuar os pagamentos de natureza alimentar devidos ao seu empregado, além de sonegar os recolhimentos fundiários e previdenciários?

Poderia considerar que a necessidade de aceleração das obras referentes à Copa do Mundo de 2014, Jogos Olímpicos de 2016 e abrangidas pelo PAC, atuaria como motivo suficiente para afastar a proteção legal que todo sistema, constitucional e infraconstitucional, construiu para preservar o trabalho como valor de edificação da república brasileira?

A Constituição pode ser reduzida a um simples ajuntamento de normas, com o descumprimento das regras de boa governança e

*accountability* que instituem o devido processo legal administrativo, sob o descarado argumento de que o agente público se limitou a seguir os trâmites formais de um procedimento licitatório?

Os direitos fundamentais, estabelecidos como vigas de edificação da República Brasileira pela Carta Constitucional, podem ser rebaixados à condição de mero regimento?

A Carta Constitucional é bússola que fixa a diretriz, o caminho a ser percorrido pelo ordenamento jurídico para preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que sustentam institucionalmente o país, preservando sua vitalidade como nação.

Assim é porque a Constituição atua como “fonte de Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do direito”, como bem pontua André Ramos Tavares.<sup>14</sup>

Cabe ao intérprete promover a análise sob tal perspectiva, a fim de garantir a efetividade do sistema. Para tanto, não se pode deixar de acompanhar Luis Roberto Barroso<sup>15</sup> quando ressalta que a ordem jurídica é um sistema dotado de unidade e harmonia. “Os diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas”, sendo a Constituição um fator de unidade que dita “os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”. Assim é porque o Direito “existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”, princípios albergados na Constituição, que se irradiam por todo o sistema jurídico do país.

Poderia ser diferente?

14 TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

15 Cf. BARROSO, 2009, p. 294-295.

## 9 - CONCLUSÃO

---

A regra posta no artigo 71 da Lei 8.666/93 estabeleceu que os deveres patronais próprios do empregador não se transferem para a Administração Pública, mas não excluiu sua responsabilização pela preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, base de sustentação do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, cuja exigibilidade se reveste de interesse público, de sorte que falacioso e incabível o argumento que pretende restringir a dimensão da controvérsia a um simples confronto entre público e privado.

Ademais, em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no artigo 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato de esta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do artigo 186 do Código Civil, quando o comprovado comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador que atuou em seu benefício. O mesmo raciocínio jurídico também é aplicável aos casos de RDC (Regime Diferenciado de Contratação) previsto na Lei 12.462/2011 e MP 559/2012, abrangendo a contratação de serviços prestados nas obras do PAC, Copa de 2014 e Olimpíadas de 2016.

Ao consignar que as obrigações patronais do empregador não se transferem à Administração Pública, mas também não impedem sua responsabilização quando provada a conduta culposa *in eligendo* e *in vigilando*, por omissão e negligência, imputando-lhe a responsabilidade subsidiária, que implica na observância do benefício de ordem e possibilita a ação regressiva, a diretriz jurisprudencial traçada na Súmula 331 pelo

TST não tratou da constitucionalidade, mas da legalidade, da subsunção do fato à norma apta para discipliná-lo, inexistindo na decisão pautada por tal diretriz qualquer descumprimento da cláusula de reserva de plenário preceituada no artigo 97 da CF/88 e referido na Súmula Vinculante nº 10.

## REFERÊNCIAS

---

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Vlademir da Rocha. Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Mauricio. (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.