

A eficácia objetiva da declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da lei de licitações pelo STF

Elival da Silva Ramos¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade da Administração Pública no inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas contratadas para a prestação de serviços. 3. As variantes exegéticas do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações na jurisprudência trabalhista. 4. A eficácia objetiva da declaração de constitucionalidade *in abstracto*. 5. Como deve ser entendida a declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações pelo STF. 6. A ofensa à decisão de procedência da ADC 16 pela Súmula n. 331, do TST, em sua nova redação. 7. Conclusão.

1. Introdução

A Emenda Constitucional n. 3, de 1993, a par de outras inovações, tornou mais complexo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em via principal, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC).

¹ Mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Procurador do Estado de São Paulo, exercendo, atualmente, o cargo de Procurador-Geral do Estado de São Paulo.

Embora superada a controvérsia inicialmente estabelecida a propósito da constitucionalidade da medida, o instituto continua a suscitar discussões no que tange à conveniência de sua manutenção em nosso ordenamento. Não pretendo aqui retomar as considerações que fiz sobre o tema na obra *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, na qual sustentei a inconveniência e a desnecessidade da ação direta de constitucionalidade, propondo a sua supressão *de lege ferenda*². Observo, apenas, que, malgrado a aproximação do instituto com o instrumento congênere da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), promovida pela Emenda n. 45, de 2004, ao unificar a disciplina da legitimação ativa em sede de controle abstrato, ambos permanecem inconfundíveis.

Na verdade, em boa parte, são as características peculiares da ADC que explicam a utilização bem menos intensa desse instrumento de controle, comparativamente à ADI, nessas quase duas décadas de convivência, e não apenas a menor extensão de seu objeto³. Bem por isso, tenho refutado, com veemência, o entendimento, bastante difundido, de que “ambos os instrumentos de controle em via principal estejam jungidos por autêntica unidade funcional, representando o verso e o reverso de uma mesma ‘medalha’, ou, na expressão cunhada por Gilmar Mendes, ações equivalentes com o ‘sinal trocado’⁴⁻⁵”.

O intuito do presente trabalho é demonstrar que o dimensionamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória da constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos)⁶, depende da adequada compreensão que se tenha acerca da eficácia objetiva das deci-

2 Ob. cit., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 413-9.

3 A EC n. 45 manteve a ADC confinada à esfera normativa federal. Com efeito, nos termos da alínea *a*, do inciso I, do art. 102, da Constituição, com a redação que lhe conferiu a EC n. 3/93, a declaração de constitucionalidade por meio de ação direta deve ter por objeto lei ou ato normativo federal.

4 Veja-se, dentre outros escritos no mesmo sentido do citado autor, a obra *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo, Celso Bastos – IBDC, 1999, p. 456.

5 Cf. *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 280.

6 Tal decisão foi proferida pelo Plenário do STF, ao ensejo do julgamento da ADC n. 16/DF, ocorrido em 24-11-2010, tendo o respectivo acórdão sido publicado no DJ de 9-9-2011.

sões de procedência em ADCs. Ora, não se tem apercebido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, que esse é um dos pontos em que avulta a singularidade da ADC em relação à ADI, o que pode vir a dificultar o pleno acatamento do decidido pela Suprema Corte ao julgar procedente a ADC n. 16.

O dispositivo legal reputado hígido pelo STF cuida da questão dos débitos trabalhistas de empresas contratadas pelo Estado (*lato sensu*) para a execução de obras ou serviços, sendo peça fundamental para a delimitação da responsabilidade da Administração contratante no caso de inadimplemento dessas obrigações. Basta considerar o expressivo volume de obras contratadas pelo Poder Público e a moderna tendência à terceirização dos serviços necessários ao bom funcionamento da máquina administrativa para aquilatar a importância do assunto.

2. A responsabilidade da Administração Pública no inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas contratadas para a prestação de serviços

A Justiça do Trabalho sempre guardou reservas em relação à terceirização, vista como maneira de contornar as normas da legislação laboral, assecuratórias de direitos e garantias aos trabalhadores. Nesse sentido, estabeleceu indevida assimilação entre a prática da terceirização e a locação de mão de obra, esta sim potencialmente lesiva aos empregados e, por isso mesmo, apenas excepcionalmente admitida pela legislação brasileira, para o atendimento de necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou para fazer frente a acréscimo extraordinário de serviços⁷ (regime de trabalho temporário).

Assim é que o Tribunal Superior do Trabalho, em súmula voltada, essencialmente, à responsabilidade por débitos laborais de empresas contratadas (terceirizadas) para a prestação de serviços a empresas tomadoras, cuida, logo de início, de assentar que, em regra, “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de

⁷ Cf. o art. 2º da Lei Federal n. 6.019, de 3-1-1974, que dispôs sobre o regime de trabalho temporário.

trabalho temporário”, nos termos e condições da legislação específica. Ressalvou-se, é certo, que as contratações irregulares praticadas na esfera da Administração Pública, em face da exigência constitucional de concurso público para prévia investidura em cargo ou emprego público, não acarretam a formação de vínculo empregatício direto⁸.

A seguir, passa a tratar a referida súmula (n. 331) dos contratos de prestação de serviços, outrora denominados de contratos de locação de serviços, e que são contemplados quer na legislação civil⁹, quer na legislação administrativa¹⁰ (contratos administrativos de prestação de serviços). Ora, o tratamento em único texto sumular das consequências no plano das relações laborais dos contratos de locação de mão de obra e de prestação de serviços, principiando por aqueles, nos quais vigora a regra do vínculo direto com o tomador dos serviços, em solidariedade com a empresa interposta, ressalvado o regime de trabalho temporário, atraiu para os contratos de prestação de serviços reservas similares. Em outros termos, a Súmula n. 331 do TST, em qualquer de suas redações, denota que, para a mais elevada Corte trabalhista, os contratos de prestação de serviços também envolvem a contratação de trabalhadores com a interposição de empresas, ainda que de um modo diverso do que ocorre nas locações de mão de obra.

Em face da visão negativa em relação aos contratos típicos de prestação de serviços, procurou-se, em primeiro lugar, restringir, sem base constitucional ou legal consistente, a contratação de serviços de terceiros à atividade-meio da empresa tomadora, sob pena de se estabelecer vínculo de emprego entre esta e os trabalhadores utilizados pela empresa terceirizada na execução contratual¹¹. Porém, mesmo que se trate de contrato de prestação de serviços envolvendo atividade-meio da empresa tomadora, assentou-se no texto sumular, também aqui sem respaldo em disciplina legal específica, como seria de rigor, que a contratante dos serviços responde, *subsidiariamente*, pelos débitos trabalhistas não

8 Item II da Súmula 331 do TST.

9 Arts. 593 e seguintes do Código Civil.

10 Arts. 7º e seguintes da Lei Federal n. 8.666/93.

11 Reza o item III, da Súmula 331, que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (...) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (o texto original não está sublinhado).

adimplidos pela contratada. Nessa hipótese, exige-se apenas a participação da empresa tomadora na relação processual, de modo a figurar no polo passivo do título executivo judicial¹².

No âmbito do Direito Administrativo a aproximação realizada pelo Judiciário trabalhista entre os contratos de locação de mão de obra e os de prestação de serviços encontrou forte resistência, tanto no campo doutrinário quanto, sobretudo, na prática da Administração, com respaldo na orientação advinda dos órgãos de advocacia pública. Sob o influxo desse inconformismo, extremaram-se as notas diferenciais entre as duas modalidades de ajuste, a predicar sua natureza distinta, porquanto na locação de mão de obra arregimentam-se pessoas, ao passo que na prestação de serviços estes é que constituem o objeto da contratação¹³. Em decorrência disso, não se aceitou confinar a terceirização às atividades administrativas ditas instrumentais. Com efeito, o exercício da advocacia de Estado é um caso incontestado de atividade-meio, mas que na Administração centralizada e autárquica federal e estadual não admite delegação a terceiros, por força do disposto nos artigos 131, *caput*, e 132, *caput*, da Constituição Federal, salvo em hipóteses especialíssimas¹⁴. De outra parte, não há por que recusar legitimidade à terceirização de atividade-fim, desde que não seja indelegável e que o órgão ou entidade incumbida de prestá-la não conte em seus quadros com servidores incumbidos do mesmo mister¹⁵.

12 Item IV da Súmula n. 331 do TST. S.m.j., essa participação deverá ser provocada pelo próprio reclamante, que, para tanto, deverá incluir no polo passivo a empresa tomadora, por não estar caracterizada, plenamente, a intervenção de terceiros, regulada nos arts. 56 e seguintes do CPC.

13 A diferenciação entre locação de mão de obra e prestação de serviços está, precisa e proficientemente, estampada nos itens 4, 6, 7 e 8, das “Considerações Gerais”, das “Recomendações Jurídicas a Serem Observadas na Terceirização”, integrantes do “Cadastro de Serviços Terceirizados”, da Secretaria de Gestão Pública do Governo do Estado de São Paulo (link: www.cadterc.sp.gov.br).

14 A título de exemplificação, mencionem-se as situações em que a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo admite a “contratação de jurista ou especialista para executar tarefa determinada ou emitir parecer” (art. 55 da Lei Complementar n. 93/74, com a redação que lhe conferiu a Lei Complementar n. 205/79).

15 Em recente parecer, a Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos, atual Chefe da Procuradoria Administrativa, deixou consignado, na linha de jurisprudência administrativa consolidada no âmbito da PGE/SP, que “a ilação da Súmula 331 do TST de que seria fraudulenta a terceirização sempre que a mesma atinja a atividade-fim de determinada estrutura produtiva, não representa insuperável barreira à terceirização na Administração Pública, desde que o objeto contratado com terceiros não envolva atividade indelegável do Estado nem seja prestado com pessoalidade e subordinação, respeitados, por obvio, os princípios regedores da

Por essa mesma ordem de razões, entendeu o legislador federal, ao estabelecer o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, que seria preciso afastar a tendência da jurisprudência trabalhista, posteriormente compendiada na Súmula 331, do TST, de, quase sem reservas¹⁶, admitir a responsabilização da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, no caso de descumprimento de obrigações por parte das empresas contratadas em relação aos seus empregados.

Essa a inspiração das normas constantes do *caput* e do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, *in verbis*:

“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.

(...)”

3. As variantes exegéticas do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações na jurisprudência trabalhista¹⁷

A interpretação do texto que agasalha a norma específica do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, veio a se revelar profundamente conflituosa no âmbito da Justiça do Trabalho, o que, em princípio, não era de se esperar.

atividade administrativa, notadamente os da legalidade, eficiência e economicidade” (item 15 do Parecer PA n. 22/2011).

16 A cláusula da subsidiariedade, inserida no item IV, da Súmula 331, sem outras especificações, pouco resguarda o tomador de serviços. Na prática, importa na inversão do ônus de lograr a efetiva responsabilização do devedor principal, que acaba sendo transferido à empresa ou entidade pública contratante dos serviços. Com efeito, o caráter subsidiário da responsabilidade não implica nem mesmo a necessidade de esgotar as providências executórias sobre o patrimônio do devedor principal, como sucede, por exemplo, no instituto da fiança, em que o benefício de ordem sofre as restrições dos arts. 827 e 828 do CC.

17 Faço o registro de que a consulta jurisprudencial necessária à elaboração do presente artigo foi sobremodo facilitada pelo competente levantamento de julgados, expressando as variantes exegéticas adotadas na Justiça do Trabalho em relação ao disposto no § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações, pelos Procuradores do Estado Cláudio Henrique Ribeiro Dias (7ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial da PGE/SP) e Paulo Guilherme Gorski (Procuradoria Regional de Campinas da PGE/SP).

Com efeito, valendo-me das lições de Savigny acerca dos elementos que compõem o método jurídico de interpretação de textos normativos, principio por afirmar que, na espécie, o elemento gramatical aponta, insofismavelmente, para *a exclusão de toda e qualquer responsabilidade da Administração contratante em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas*. Afinal, o que literalmente se declara é que a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas das empresas por ela contratadas, mesmo nas situações de inadimplência destas. Em outras palavras, não se admite a transferência da responsabilidade por esses débitos, que, nos termos da norma do *caput* do dispositivo legal, cabe às empresas terceirizadas. E não se admite a transferência de responsabilidade *seja a que título for*, vale dizer: por vínculo de solidariedade ou em caráter subsidiário, nesse último caso, com ou sem benefício de ordem, ou, ainda, com ou sem a comprovação do fato gerador da responsabilidade subsidiária, etc.

O elemento histórico, referente à genealogia da disposição, não respalda conclusão diversa. Como asseverado no item anterior, a intenção do legislador administrativo foi a de preservar o Poder Público em relação à tendência da jurisprudência trabalhista de responsabilizar os tomadores de serviço nas situações de inadimplemento das obrigações laborais pelas empresas prestadoras.

Se o elemento exegetico for o de ordem lógico-sistemática, permanece inalterada a interpretação inicialmente proposta. Nesse aspecto, é de se ressaltar que a legislação sobre licitações e contratos administrativos constitui um estatuto especial, que afasta a incidência das normas do direito privado comum, quer sejam de natureza civil ou comercial, bem como das normas do direito (privado) do trabalho. Não faria muito sentido estabelecer norma especificamente voltada à responsabilidade pelos encargos trabalhistas nos contratos de obras e de terceirização de serviços, se fosse apenas para reafirmar a disciplina geral matéria, tal qual construída pela Justiça do Trabalho. Por outro lado, é de se notar que as normas do *caput* do art. 71 e de seu § 1º se entrelaçam, de sorte que a regra da cabeça do artigo, afirmativa da responsabilidade das empresas contratadas pelos encargos trabalhistas decorrentes da prestação de serviços (ou realização de obras), se vê reforçada pela norma do § 1º, que impede a atenuação dessa responsabilidade por meio da transferên-

cia desses encargos sociais à Administração contratante nas situações de inadimplência. Por último, o preceito do § 2º, do art. 71, da Lei de Licitações, também, sob o viés sistemático, reforça o entendimento inicialmente estabelecido para o § 1º, na medida em que, no que tange especificamente aos encargos previdenciários, prescreve solução diversa, declarando a Administração Pública responsável solidária, nos termos da Lei Orgânica da Seguridade Social¹⁸. E isso, cabe observar, a despeito de, também em relação aos débitos previdenciários, se aplicar a norma segundo a qual são as empresas contratadas (prestadoras de serviços e empreiteiras) as responsáveis por esses encargos, decorrentes dos vínculos empregatícios associados à execução contratual.

Restaria aludir, brevemente, ao elemento teleológico. Sob esse viés, pode-se, é bem verdade, argumentar em prol de exegese neutralizadora do comando emergente das disposições em cotejo, no sentido de acolher alguma forma de responsabilização da entidade pública contratante, na medida em que, assim agindo, estará o aplicador reforçando a proteção que o legislador dispensa ao empregado, no que tange à correta percepção das verbas devidas em virtude de contrato de trabalho. Todavia, esse mesmo elemento teleológico autoriza conclusão diversa, confirmatória da completa exclusão de responsabilidade da Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas. Com efeito, a consequência da interpretação de bloqueio referida é a sobrecarga dos custos das contratações de obras e serviços pelo Poder Público, que, apesar de haver pago regularmente o preço estipulado, se vê na contingência de honrar obrigações da contratada. Em decorrência disso, ou a Administração reduz essas contratações, com prejuízo ao atendimento dos fins que regem a sua atuação, ou aumenta suas receitas, valendo-se da principal fonte de arrecadação estatal, os impostos, em detrimento dos contribuintes.

A reconhecida subjetividade do elemento teleológico, que se presta a toda sorte de argumentos, dado o caráter plural e axiologicamente conflitante do ordenamento jurídico, levou a doutrina a exigir que seja ele utilizado pelo intérprete-aplicador em associação com outro elemento

18 Lei Federal n. 8.212, de 24-7-1991.

metodológico. Ora, na espécie, como já demonstrado, todos os demais elementos interpretativos desautorizam a variante neutralizadora, afinal acolhida pela Justiça do Trabalho, com o aval de seu tribunal superior.

Em sua redação original, resultante de revisão da Súmula n. 256, a Súmula n. 331 do TST não se referia ao artigo 71 da Lei n. 8.666/93. O item II desse texto sumular mencionava a Administração Pública, mas apenas para afastar o vínculo empregatício entre os trabalhadores irregularmente contratados, por meio de empresa interposta, e as entidades da Administração direta e indireta, nos moldes do item II, da Súmula n. 331, tal qual atualmente redigida.

A primeira extensão ao setor público da responsabilidade subsidiária das empresas privadas tomadoras, em relação aos débitos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços, ocorreu com a revisão da própria Súmula n. 331, promovida pela Resolução n. 96, do TST, publicada no mês de setembro de 2000. O cerne da referida revisão consistiu na alteração da redação do inciso IV da súmula, de modo a conferir tratamento unitário ao tema da responsabilidade do tomador de serviços em face do inadimplemento de obrigações laborais pela empresa contratada, de sorte que o regime de responsabilidade subsidiária, já anteriormente estabelecido para as empresas privadas contratantes pela jurisprudência trabalhista, passou a ser visto como abrangente das contratações de serviços por parte dos entes político-administrativos (Administração direta), suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista¹⁹.

Os juízes e tribunais da Justiça do Trabalho, em face do disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, defrontaram-se, pois, com duas alternativas exegéticas. A primeira, plenamente aderente ao espaço interpretativo autorizado pela textualidade da disposição, a partir da conjugação dos elementos gramatical, histórico, lógico-sistemático e teleológico, era a de que a Administração Pública, em qualquer uma de

19 A redação adotada para o inciso IV, da Súmula n. 331, pela Resolução n. 96 foi a seguinte: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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 n. 8.666, de 21.06.1993)”.

suas modalidades personativas, não responde, *em hipótese alguma*, pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços que venha a contratar, diretamente ou mediante prévio procedimento licitatório. A segunda alternativa seria aquela neutralizadora dos efeitos normativos do dispositivo legal, para se entender que, a despeito de sua dicção, as entidades integrantes da Administração Pública, direta e indireta, respondem pelas obrigações laborais das empresas terceirizadas em caso de inadimplemento, de modo idêntico a qualquer empresa privada tomadora de serviços, isto é, a título subsidiário. Afinal, é indisputável que a obrigação principal cabe à empresa contratada, sendo lícito ao tomador de serviços, *a posteriori*, buscar o ressarcimento dos débitos que houver honrado.

Sucedo, porém, que, como já se demonstrou, a segunda variante exegética não se compadece, ao menos a princípio, com a textualidade do dispositivo interpretado, observados os limites metodológicos anteriormente assinalados. A única maneira, juridicamente aceitável, para se adotar a tese da responsabilidade subsidiária das entidades administrativas na espécie era reconhecer, incidentalmente, *a inconstitucionalidade da norma resultante da interpretação do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93*. Eliminado o preceito legal excludente de qualquer forma de responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços, haveria condições para se aplicar à matéria a norma de direito comum assentada pela Justiça do Trabalho, afirmativa dessa responsabilidade no tocante às contratações de serviços no âmbito privado.

Na verdade, de modo consciente ou inconsciente, assim se orientaram, majoritariamente, os juízes e tribunais trabalhistas, fazendo iterativa a jurisprudência afinal compendiada na Súmula n. 331 do TST, com a redação que lhe imprimiu a Resolução n. 96/2000. É certo que a declaração incidental da inconstitucionalidade da norma especial foi sempre feita de maneira implícita, deixando os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho de observar a exigência da reserva de plenário, estabelecida no art. 97 da Constituição da República, segundo a qual, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Não se pode aceitar, todavia, o argumento de que se cuidava de mera escolha, discricionária, entre duas alternativas exegéticas igualmente legítimas. Primeiro porque, conforme demonstrado, a variante neutralizadora se situa fora do espaço de interpretação permitido pela textualidade do dispositivo legal interpretando. Segundo porque ressalta das próprias decisões impositivas de responsabilidade subsidiária à Administração Pública que se tratava de afirmar essa responsabilidade mediante prévio afastamento da disposição do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A título de exemplo, trago à colação o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao ensejo do julgamento do Recurso Ordinário 01786-2006-263-02-00-4, com publicação em 18 de dezembro de 2009, cuja ementa consigna:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. CABIMENTO. A Lei 8.666/93, em seu art. 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, apenas alija o Poder Público da responsabilidade direta. A exegese da exclusão total de qualquer responsabilidade estatal não se compatibiliza com os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, que são fundamentos da República (art. 1º, incisos III e IV da CF/88), nem tampouco com o caráter tuitivo do Direito do Trabalho. O dispositivo legal previsto na Lei de licitação deve ser interpretado sistematicamente com o art. 37, parágrafo 6º da CF/88, que prevê a responsabilidade da administração pública.”

Fica bastante claro que, para o órgão emissor do julgado, a norma extraída do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, mediante regular recurso à metodologia hermenêutica, não se compadeceria com diversas normas-princípio da Constituição Federal, vale dizer, seria materialmente inconstitucional. Ainda que se advogue no acórdão *sub censura* a adoção de variante exegética sistemática e teleologicamente compatível com a Lei Maior, o que se está a fazer é reconhecer, implicitamente, a inconstitucionalidade do dispositivo em tela, na medida em que não comporta a sua textualidade outro entendimento que aquele censurado com fulcro na Constituição.

A inconsistência formal²⁰ dessa jurisprudência neutralizante foi inúmeras vezes levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de recursos extraordinários e reclamações constitucionais manejados pelos órgãos de advocacia pública, vindo, afinal, a ser reconhecida, como a seguir se evidenciará, na decisão de mérito proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal.

Importa ressaltar que inconstitucionalidade implícita vislumbrada pela Justiça Laboral no § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93, era de cunho parcial, porquanto a responsabilidade subsidiária atribuída aos entes da Administração Pública, em relação às obrigações trabalhistas das empresas contratadas, circunscrevia-se aos contratos de prestação de serviços e não aos de empreitada ou de obra pública. Bem por isso, a 1ª Subseção da Seção de Dissídios Individuais, do Tribunal Superior do Trabalho, consagrou em sua Orientação Jurisprudencial n. 191 que, “diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiárias nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”²¹.

4. A eficácia objetiva da declaração de constitucionalidade in abstracto²²

Em face da configuração normativa e jurisprudencial da ação declaratória de constitucionalidade, não é difícil chegar à conclusão de que toda e qualquer decisão de mérito provocada por esse instrumento de controle tem em mira determinado vício de inconstitucionalidade que o requerente pretende seja afastado com efeitos gerais. No caso de dispositivo legal cuja textualidade admita variantes interpretativas, a decisão

20 Diante do disposto no art. 97 da CF e da interpretação emprestada ao dispositivo pelo próprio STF, ao ensejo da edição da Súmula Vinculante n. 10, *in verbis*: “Viola a cláusula da reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.

21 Redação da OJ 191 da SDI-1 determinada pela Resolução n. 175, de 24-5-2011.

22 O texto a seguir reproduz, com ligeiras adaptações, o que escrevi sobre o assunto na obra *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 272-5.

de controle focará a interpretação a ele atribuída que, supostamente, acarreta a sua inconstitucionalidade. Com efeito, antes mesmo da edição da Lei Federal n. 9.868/99, já se assentara na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que constitui pressuposto indeclinável do cabimento de ação declaratória de constitucionalidade a existência de controvérsia judicial relevante sobre a higidez do diploma normativo (federal) ou de parte de seus dispositivos. Esse entendimento acabou sendo recepcionado pela referida legislação, que estabeleceu como requisito da petição inicial a indicação da aludida controvérsia²³. Portanto, para que possa ser proposta e conhecida a medida, é necessária a demonstração da existência de decisões judiciais, no âmbito do controle incidental, declaratórias da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, quer se trate de inconstitucionalidade total, quer parcial, nesse segundo caso sob o prisma quantitativo ou qualitativo.

Afinal, se as decisões judiciais das instâncias de base afirmarem a constitucionalidade do ato legislativo em pauta, abrem-se alternativas que jamais conduzirão à admissibilidade da ação. Destarte, se o requerente estiver de acordo, *in totum*, com a orientação das instâncias ordinárias (A), não haverá controvérsia sobre o tema, não sendo cabível uma abstrata declaração de constitucionalidade acerca de normas que já se presumem constitucionais. Se o requerente estiver de acordo com a constitucionalidade do dispositivo em questão, mas lhe atribuir interpretação diversa das decisões judiciais (B), também não se poderá valer do instrumento, já que não existiria uma controvérsia sobre a constitucionalidade da cláusula legal e sim, exclusivamente, sobre a sua interpretação²⁴. Por último, se o requerente estiver em desacordo com a orientação afirmativa da validade do ato legislativo em causa, por reputá-lo inconstitucional, no todo ou em parte (C), deverá propor ação direta de inconstitucionalidade, como é curial.

23 Cf. o art. 14, III, da Lei Federal n. 9.868/99.

24 A redação do inciso III, do art. 14, da Lei n. 9.868/99 se mostra deficiente a esse propósito, pois alude a “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”. Todavia, há que entender que o legislador quis referir-se à validade do ato legislativo ou de um ou mais de seus dispositivos, pois é de uma declaração de constitucionalidade que se trata, sob pena de admitir o uso da ADC como um sucedâneo da antiga representação interpretativa, banida de nosso ordenamento com o advento da Carta de 1988.

Diante de decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade do ato legislativo, atua o requerente no sentido da ratificação da presunção de sua constitucionalidade, mas o faz tendo em vista, única e tão somente, o vício (ou os vícios) apontado pelos órgãos prolatadores e, no caso de dispositivos que comportem propostas exegeticas diversificadas, a interpretação (ou as interpretações) nelas preconizada. Desse modo, se o requerente estiver de acordo com a inconstitucionalidade apontada pelas instâncias de base, mas sustentar que o dispositivo impugnado admite interpretação que o torne compatível com a Constituição, não há que lhe ser franqueada a via da ação declaratória de constitucionalidade. Com efeito, o sistema de controle de constitucionalidade está fundado no princípio da supremacia da Constituição, cabendo a todos os que nele intervêm comportar-se de acordo com essa premissa. Ora, se os órgãos e entidades legitimados para a ADC e que também o são para a ADI, diante de um texto legal que, consistentemente²⁵, comporte duas variantes exegeticas, sendo uma ajustada à Lei Maior e a outra com ela incompatível, devem ingressar com ação direta de inconstitucionalidade para que reste esta, afinal, excluída por decisão declaratória de sua inconstitucionalidade (sem redução de texto), e não com ação declaratória da constitucionalidade do dispositivo, desde que a ele se atribua interpretação conforme. A se entender a questão de outro modo, estar-se-á atribuindo maior relevância à preservação de atos normativos infraconstitucionais do que ao primado da Constituição, porquanto, como se sabe²⁶, as decisões que afastam o vício de inconstitucionalidade mediante a utilização de interpretação conciliadora não proclamam a invalidade das demais alternativas exegeticas²⁷. Dito de modo mais abrangente, não se mostra viável a utilização da técnica da interpretação conforme no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, porquanto, se a variante interpretativa reputada harmônica com a Constituição corresponde àquela em debate, impõe-se o mero

25 A consistência, no caso, é pressuposta pela existência de controvérsia judicial.

26 Sobre o ponto específico, veja-se o que expus em *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 267-8.

27 Salvo se a interpretação conforme se combinar com a declaração de nulidade sem redução de texto. Entretanto, não pode uma ADC ser proposta com tal formulação, pois, nesse caso, estaria o requerente propugnando pela inconstitucionalidade, ainda que parcial, do dispositivo interpretado, o que refoge à finalidade do instrumento.

decreto de procedência da ação, não sendo lícito ao órgão de controle tecer especulações sobre possíveis exegeses que tornariam o dispositivo-objeto inconstitucional; de outra parte, se o órgão de controle ratifica a inconstitucionalidade vislumbrada pelas instâncias ordinárias, não lhe é facultado propor variante exegetica que torne o dispositivo compatível com a Lei Maior, mas de um modo diverso daquele pretendido pelo requerente da medida²⁸.

Por conseguinte, no tocante à eficácia objetiva das decisões de mérito nelas proferidas, as ações declaratórias de constitucionalidade não se mostram similares às ações diretas de inconstitucionalidade. Nas ADCs não cabe ao órgão de controle avaliar amplamente a higidez do ato legislativo impugnado, investigando a existência de vícios distintos daquele apontado nas decisões judiciais precedentes ou efetuando a fiscalização em relação a outras propostas interpretativas que não aquela acolhida nos decisórios. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, o legitimado ativo é movido pela convicção de que o ato legislativo impugnado contraria a Lei Maior, total ou parcialmente. Opõe, por conseguinte, à presunção de constitucionalidade da lei argumentação, que se pressupõe a mais ampla possível, no sentido de sua invalidade. Ao contrário, nas ações diretas de constitucionalidade a questão constitucional é posta de modo bastante limitado diante da Suprema Corte: a jurisprudência das instâncias ordinárias suscita a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato legislativo sob determinado ângulo, e a isso se contrapõe o requerente da medida, que pretende seja afastada, com efeitos gerais, a desconformidade apontada. Ora, se fosse consentido que o Supremo Tribunal Federal ultrapassasse os marcos que delimitam a questão constitucional diante dele situada, proferindo decisão com eficácia *erga omnes*, que preservasse amplamente o ato legislativo impugnado, estar-se-ia enfraquecendo, sobremodo, a supremacia da Constituição, na medida em que a inconstitucionalidade, muitas vezes, somente é percebida após certo tempo de contínua aplicação, ao passo que, na espécie, o controle abstrato em via principal pode vir a ser deflagrado depois de um curto período de vigência do diploma legal impugnado²⁹.

28 Cf. *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 282.

29 Nem se diga que também as ADIs podem ser propostas imediatamente após a entrada em

5. Como deve ser entendida a declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações pelo STF

Inconformado com o triunfo da interpretação neutralizadora do comando emergente do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93, no âmbito da Justiça do Trabalho, o Governador do Distrito Federal provocou o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, para que declarasse a constitucionalidade do preceito normativo “em caráter definitivo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante”³⁰. Ao fundamentar o atendimento dos pressupostos de cabimento da medida, o Requerente invocou decisões proferidas por Tribunais Regionais do Trabalho que emprestaram ao dispositivo legal a única interpretação avalizada pela metodologia jurídica, a qual, como já salientado, exclui toda e qualquer responsabilidade da Administração contratante em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas³¹. Em contraposição a essa orientação exegetica, constatou-se que a maior parte dos magistrados trabalhistas, em todos os graus de jurisdição, acolheu a variante neutralizadora, afinal compendiada na Súmula n. 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho. A inicial de ADC, autuada sob o n. 16, investiu contra o enunciado sumular, afirmando haver ele “negado vigência” ao § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações. Ora, a expressão “negativa de vigência” deve ser aqui entendida como a recusa de se aplicar determinada disposição legal, dentro do conjunto de sentidos compatíveis com a sua textualidade, devidamente trabalhada mediante o adequado recurso aos elementos de interpretação. Assim sendo, afastada a hipótese de atuação totalmente divorciada dos cânones da Hermenêutica por parte da mais alta instância trabalhista, há que se associar a negativa de vigência do dispositivo legal interpretado *ao reconhecimento*, ainda que *implícito, de sua inconstitucionalidade*. Por

vigor da lei (até mesmo sem precisar aguardar seja a controvérsia suscitada nas instâncias ordinárias), podendo gerar decisões de improcedência, declaratórias de constitucionalidade. É que, nessa hipótese, não há que falar em formação de coisa julgada, como demonstrado in *Controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 279-81.

30 Esse o pedido principal da ADC n. 16, explicitado na p. 22 da petição inicial protocolizada pelo Governador do DF junto ao STF, visualizável no sítio eletrônico da Corte (www.stf.jus.br).

31 Veja-se o item 3, *retro*.

consequente, a propositura de ADC estaria justificada em face da demonstração de “existência de controvérsia judicial relevante” sobre a validade da “disposição objeto da ação declaratória”³².

No início do julgamento da ADC 16, o Ministro-relator, Cezar Peluso, proferiu voto no sentido do não conhecimento da ação, sustentando que inexistiria controvérsia judicial relevante em torno da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações. Em seu entender, o Tribunal Superior do Trabalho, ao rever a redação da Súmula n. 331, por meio da Resolução n. 96/2000, teria se limitado a emprestar ao dispositivo interpretação que, embora discrepante daquela adotada pelos acórdãos trazidos à colação pelo Requerente, não importava no reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Portanto, inexistindo declaração incidental da invalidade da disposição legal examinada, estar-se-ia diante de mero dissídio interpretativo de natureza legal, pacificado por meio de instrumental peculiar à jurisdição trabalhista.

O não conhecimento da ação foi prontamente refutado pelo Ministro Marco Aurélio, em voto dissidente, afinal acolhido pela maioria dos integrantes da Corte. O *punctum pruriens* foi muito bem dissecado pela Ministra Cármen Lúcia, em voto-vista, ao aduzir que a simples leitura do acórdão proferido no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência que originou a Súmula n. 331³³, na redação que lhe conferiu a Resolução n. 96/2000, do Tribunal Superior do Trabalho, evidenciava a “natureza constitucional da matéria”. Tanto era assim, complementou a eminente magistrada, que inúmeras reclamações foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que a jurisprudência neutralizante consolidada na Súmula n. 331 importava em violação à cláusula de reserva de plenário, sendo que, em muitas delas, foram deferidas liminares suspensivas de decisões do Tribunal Superior do Trabalho que davam aplicação ao entendimento sumular³⁴. A

32 Inciso III, do art. 14, da Lei n. 9.868/99, com a ressalva exegética constante da nota de rodapé 23.

33 IUJ-RR-297.751-31.19.5.04.5555, da relatoria do Min. Milton de Moura França (acórdão publicado no *DJ* de 20-10-2000).

34 A estratégia de ingressar com reclamações constitucionais para afastar a orientação objeto do item IV da Súmula n. 331 do TST foi traçada pela Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília, obtendo-se a primeira liminar na Reclamação n. 6.970/SP, por despacho do relator, Min. Ricardo Lewandowski. Conforme narra o Procurador do Estado Thiago Luís Sombra,

premissa dessas reclamações, acolhida pelo STF para conhecer da ADC 16, era a de que, ao reformular o enunciado da Súmula n. 331, no ano 2000, o TST houvera, na verdade, declarado, implicitamente, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93, configurando-se, pois, controvérsia relevante acerca da validade da norma dele emanada. O peso da argumentação, lastreada em adequada apreciação das possibilidades exegéticas do texto normativo, acabou por vergar o próprio Ministro-relator, que superou a preliminar de não conhecimento, por ele próprio suscitada, e, no mérito, acompanhou a maioria para julgar procedente a ação.

Com efeito, na sessão plenária do dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria de votos, vencido o Ministro Ayres Britto, julgou procedente a ADC 16, para declarar a constitucionalidade da disposição legal que tivera a sua higidez questionada pelas instâncias de base. Todavia, a leitura da ementa desse aresto, redigido pelo Relator Cezar Peluso, pode induzir o leitor desavisado a uma compreensão incorreta de seu sentido. Eis o texto ementado:

“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. Conse-

classificado naquela unidade e mentor da iniciativa, influiu decisivamente no delineamento da estratégia processual a edição da Súmula Vinculante n. 10, em 27-6-2008, tendo sido as duas primeiras reclamações (6.969/SP e 6.970/SP) protocolizadas no STF em 6-11-2008. A Rcl. 7.517/SP, da autoria do referido Procurador, contribuiu, inequivocamente, para o conhecimento da ADC 16, tendo sido julgada procedente na mesma data em que se declarou a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da LF n. 8.666/93. Em razão dessa medida processual (Rcl. 7.517/SP), foi o mencionado advogado público laureado com o Prêmio “O Estado em Juízo” do ano de 2011 (a propósito, cuida-se de premiação conferida pela PGE/SP em todos os anos ímpares). A íntegra da inicial da Rcl. 7.517, do acórdão proferido pelo Plenário do STF, dando provimento ao agravo interno interposto em face de decisão monocrática que lhe negava seguimento, e do acórdão afinal prolatado pelo TST dando provimento ao RR-56240-47.2006.5.02.0089 e, *ipso facto*, revertendo a responsabilização, a título subsidiário, da Fazenda Estadual pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada podem ser consultadas no fascículo intitulado *Reclamação constitucional 7.517 e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas*, Thiago Luís Santos Sombra, São Paulo: Centro de Estudos da PGE/SP, 2011 (Série estudos; n. 20), do qual ainda consta uma ilustrativa Introdução elaborada pelo Procurador premiado.

quência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 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 n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995”.

A bem de ver, parte dos integrantes da Suprema Corte, ao longo dos votos proferidos e do debate que se seguiu em plenário, sustentou, com maior ou menor convicção, a tese de que o § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações impediria apenas a imposição de responsabilidade subsidiária automática à Administração contratante, decorrente do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada e não a responsabilidade subsidiária a partir da demonstração de que a entidade pública se omitiu em relação ao pretense dever de fiscalizar o cumprimento dessas obrigações. Assim, a Ministra Carmen Lúcia afirmou expressamente que “desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato”³⁵. Porém, quem de forma clara e incisiva defendeu a interpretação neutralizadora do dispositivo legal *sub censura*, para, em sede de avaliação de mérito, proclamar a sua constitucionalidade, foi o Ministro-relator, Cezar Peluso. Nesse sentido, importa observar que essa manifestação revela-se coerente com o voto inicial do douto magistrado, pelo não conhecimento da ação, porém incompatível com o reconhecimento do cabimento da ADC, seguido pela declaração de sua procedência, porquanto ao sufragar alguma forma de responsabilização subsidiária (decorrente de omissão culposa quanto ao dever de fiscalizar) da Administração Pública, validou o enunciado da Súmula n. 331, item IV, do TST, afastando o pressuposto de que o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho teria proclamado, implícita e incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei Federal n. 8.666/93. Confira-se a defesa que o Ministro fez da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, compendiada no verbete sumular:

35 Cf. o voto da Min. Carmen Lúcia, p. 15.

“O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência – é isso que o art. 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 (...) 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”³⁶.

Não se pode aceitar, pelas razões a seguir apresentadas, o entendimento segundo o qual o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a ADC 16, teria proclamado a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei de Licitações, porém isso não constituiria óbice à responsabilização subsidiária dos entes integrantes da Administração direta e indireta, no tocante aos débitos trabalhistas de empresas terceirizadas, em face de omissão culposa no adimplemento de suposto dever de fiscalizá-las quanto ao cumprimento de suas obrigações laborais.

Se assim fosse, insista-se, o que está enunciado no item IV, da Súmula n. 331, na redação que lhe conferiu a Resolução n. 96/2000, do TST, não importaria no reconhecimento implícito da inconstitucionalidade do dispositivo legal em tela e, desse modo, não seria cabível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, na espécie, por falta de preenchimento do pressuposto de existência de controvérsia judicial relevante sobre a validade da norma legal objeto da ação. Como já disse em outra passagem³⁷, o único modo de firmar a responsabilidade subsidiária de entidades administrativas pelos encargos trabalhistas não honrados por empresas contratadas para a prestação de serviços, com fulcro em norma de direito comum (direito do trabalho) aplicável às terceirizações praticadas por empresas privadas, seria, previamente,

36 Vejam-se as p. 41 e 42 do acórdão prolatado no julgamento da ADC n. 16.

37 Reporto-me ao item 3, *retro*, deste arrazoado.

afastar, por inconstitucionalidade, a disposição legal especial impeditiva dessa responsabilização.

Em suma, o veredicto de procedência da ADC 16, sintetizando o dispositivo do respectivo acórdão, implicou a declaração de constitucionalidade da única variante exegética tecnicamente aceitável para o § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, que é aquela que exclui totalmente a responsabilidade dos entes administrativos pelos encargos trabalhistas de suas empresas terceirizadas, seja a que título for. Como é cediço, o julgamento de procedência integral de determinada ação, cuide-se de processo objetivo ou não, importa no acatamento do pedido inicial, tal qual formulado. Ora, *in casu*, como já se viu, o requerente deixou claro que pretendia a declaração, com efeitos gerais e vinculantes, da constitucionalidade da referida interpretação excludente. Ademais, retomando consideração teórica assinalada no item precedente, não há espaço para o uso de interpretação harmonizadora em decisões de ações declaratórias de constitucionalidade. Se o STF, embora concordando com a inconstitucionalidade da interpretação que exclui toda e qualquer responsabilidade da Administração contratante pelas obrigações trabalhistas descumpridas pelas prestadoras de serviços contratadas, vislumbresse a possibilidade de alternativa exegética na linha da responsabilização subsidiária por ato omissivo, teria que, simplesmente, julgar a ADC improcedente, abstendo-se de analisar a outra via interpretativa quanto à sua higidez constitucional.

6. A ofensa à decisão de procedência da ADC 16 pela Súmula n. 331, do TST, em sua nova redação

Antes mesmo da publicação do acórdão proferido ao ensejo do julgamento da ADC 16, o Tribunal Superior do Trabalho, com o intento de dar execução ao que houvera sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, expediu a Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011, que conferiu nova redação à Súmula n. 331 de sua jurisprudência. O item IV do enunciado sumular passou a se referir, exclusivamente, a empresas particulares, tomadoras de serviços, no sentido de reafirmar-lhes a responsabilidade subsidiária na hipótese de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas, mantendo-se as exigências de participação na relação processual e inclusão no título executivo judicial respectivo. Por seu turno, foi incluído um item na súmula, especifica-

mente voltado aos contratos de prestação de serviços terceirizados das entidades integrantes da Administração Pública, *in verbis*:

“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”.

Conforme demonstrado no item anterior, a interpretação do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, segundo a qual o Poder Público responde a título subsidiário pelos encargos laborais das empresas terceirizadas, a par de ofensiva ao limite da textualidade, é incompatível com o *verdicto* de procedência da ADC 16. Importa, ademais, em equívoco de base, concernente à má compreensão das obrigações que a legislação de licitações e contratos administrativos impõe à Administração Pública contratante, como é preciso patentear.

O Estatuto Federal das Licitações e Contratações Administrativas sempre exigiu que as empresas participantes de licitações públicas, em sede de habilitação, demonstrassem possuir qualificação econômico-financeira, a qual, dentre outros documentos, deve ser comprovada pela juntada de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial ou extrajudicial³⁸. Entretanto, a Lei Federal n. 12.440, de 7 de julho de 2011, modificou a redação do inciso IV, do art. 27, da Lei de Licitações, de sorte que, atualmente, um dos requisitos para a habilitação de licitantes é a demonstração de regularidade “fiscal e trabalhista”. De modo complementar, foi introduzido um inciso no art. 29 desse mesmo diploma legal, relacionado ao quesito da regularidade trabalhista, exigindo-se a “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”³⁹.

38 Arts. 27, III, e 31, II, da LF n. 8.666/93, com adaptações decorrentes da LF n. 11.101, de 9-2-2005.

39 A alusão é ao inciso V, que foi introduzido no art. 29 da LF n. 8.666/93 pela LF n. 12.440/11.

Em consonância com o art. 642-A, que a Lei n. 12.440/11 acresceu à CLT, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) não é fornecida a empresas em relação às quais conste “o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas”, ressalvada a garantia desses débitos por meio de penhora suficiente ou a suspensão de sua exigibilidade, situações em que “será expedida Certidão Positiva de Débitos trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT”.

A exigência adicional recentemente estipulada para a habilitação de licitantes apenas aperfeiçoa a disciplina da matéria na Lei de Licitações, mantido o propósito original de evitar que o Poder Público venha a contratar empresas sem a indispensável qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira para cumprir com as obrigações assumidas. É indisputável que as condições econômico-financeiras de um licitante também podem ser aferidas mediante a verificação de sua regularidade no tocante ao adimplemento de obrigações fiscais e trabalhistas. Ou seja, a prova de regularidade fiscal e trabalhista, ora exigida para a habilitação de licitantes que pretendam firmar contratos administrativos, não tem por objetivo tornar ainda mais oneroso o descumprimento de obrigações dessa natureza e sim *assegurar a fiel execução daqueles contratos*. Basta atentar para os termos em que foi vazada a regra constitucional da obrigatoriedade de licitar, estatuinto que, “ressalvados os casos especificados na legislação as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...), o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”⁴⁰.

Essas premissas, de matiz constitucional, guiam o intérprete-aplicador na exata compreensão da norma do inciso XIII, do art. 55, da Lei Federal n. 8.666/93, segundo a qual os contratos administrativos devem conter cláusula estabelecendo “a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obri-

40 Inciso XXI do art. 37 da CF.

gações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas”. Assim sendo, as entidades públicas contratantes estão legitimadas, com fundamento em cláusula contratual necessária, a exigir das empresas por elas contratadas que comprovem a manutenção, ao longo da execução contratual, da condição de habilitação de que tratam os arts. 27, IV, e 29, V, do Estatuto Federal, vale dizer, a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, nos termos do art. 642-A da CLT. O objetivo dessa atividade fiscalizatória do Poder Público, de índole contratual, não é, todavia, assegurar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas de empreiteiras e prestadoras de serviço, ainda que, indiretamente, dela decorra, e sim o de assegurar a execução do contrato administrativo celebrado, que é posta em sério risco diante da inadimplência superveniente da contratada.

Por conseguinte, eventual omissão da entidade contratante na fiscalização atinente à persistência das condições de habilitação das empresas contratadas traz como consequência imediata um maior risco de inexecução contratual e a possibilidade de responsabilização administrativa (disciplinar) dos agentes públicos que descuraram desse poder-dever. Uma vez concretizado o inadimplemento e comprovada a existência de prejuízo patrimonial para o ente público, não satisfeito por mecanismos contratuais, caberá a responsabilização civil dos agentes, sem embargo de eventual enquadramento de sua conduta em improbidade administrativa⁴¹. Não se pode admitir, entretanto, que essa omissão dê causa à responsabilização da própria entidade lesada em relação aos débitos inadimplidos, já que a fiscalização ausente, insista-se, não tem por escopo a proteção dos direitos trabalhistas dos empregados contratados pelas empresas terceirizadas⁴².

41 Não basta a tipicidade do comportamento comissivo ou omissivo para caracterizar a improbidade administrativa, severamente punida em nosso ordenamento (art. 37, § 4º, da CF), havendo de estar presente a reprovabilidade qualificada da conduta, que deve se mostrar totalmente infensa aos preceitos da boa administração.

42 Ainda menos consistente, sob o prisma jurídico, a fundamentação da responsabilidade subsidiária do Poder Público por encargos trabalhistas de suas contratadas na regra constitucional segundo a qual “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” (art. 37, § 6º, da CF). No caso, como bem lembrou a Min. Carmen Lúcia no voto proferido ao ensejo do julgamento da ADC 16 (p. 34 do acórdão), o pretendo dano teria sido provocado por empresa estranha à Administração Pública, no âmbito de relação contratual,

Não se houve com acerto, pois, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao expedir a Resolução n. 174/11, emprestando à Súmula n. 331 redação desconforme ao que foi decidido na ADC 16, não obstante tenha procurado dar cumprimento ao v. julgado do STF. *Data maxima venia*, não se ateve a mais alta Corte da Justiça do Trabalho ao dispositivo do acórdão que julgou a referida ação declaratória de constitucionalidade e ao balizamento normativo-doutrinário da eficácia objetiva das decisões proferidas nessa modalidade instrumental do controle abstrato de normas, tal qual delineado no item 4, *retro*. Impressionou-se com a argumentação de alguns Ministros do STF, no sentido de abrir uma via para a responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento de débitos trabalhistas de prestadoras de serviços por ela contratadas, fundada em omissão culposa do dever de fiscalizar o comportamento dessas empresas em relação às obrigações laborais. Além de estampar equivocado entendimento relativamente às consequências jurídicas do descumprimento do dever de fiscalizar a persistência ou não das condições de habilitação por parte de empresas contratadas mediante procedimento licitatório, a nova redação sumular tomou como dispositivo da decisão a ser implementada considerações feitas por Ministros do STF a título de mera fundamentação dos respectivos votos.

Bem por isso, como era de se esperar, as entidades públicas, por meio dos respectivos Procuradores ou Advogados, continuaram a interpor recursos extraordinários, objetivando o reconhecimento da completa irresponsabilidade da Administração contratante no tocante ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de suas prestadoras de serviço terceirizadas, ou mesmo reclamações, para garantia da autoridade da coisa julgada emanada da decisão tomada pelo STF na ADC 16. Em razão disso, no dia 8 de março do corrente ano, os Ministros da Subseção 1, da Seção do TST especializada em dissídios individuais (SDI-1), acolhendo proposta da Presidência do Tribunal, suspenderam a tramitação dos milhares de processos em que se discute o tema perante a Corte, no aguardo de ulterior decisão do STF, desta feita para deixar patenteado o modo adequado de se dar cumprimento ao v. aresto.

não sendo, pois, viável argumentar com o princípio da responsabilidade objetiva do Poder Público por fato extracontratual praticado por seus agentes.

7. Conclusão

Pretendi com este trabalho, de abordagem multidisciplinar⁴³, porém com enfoque predominantemente constitucional, prestar uma singela homenagem a uma diletta amiga, colega de docência no Largo de São Francisco, a eminente constitucionalista Fernanda Dias Menezes de Almeida, que, a par do magistério, pontificou na advocacia pública, tendo exercido diversos cargos na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dentre eles, o de Subprocuradora-Geral da Área da Consultoria. Uma das marcas características de sua pujante atuação consultiva foi o do enfrentamento sério e exaustivo das intrincadas questões que lhe eram submetidas, do que resultava sempre uma orientação clara e segura para os órgãos e autoridades administrativas. Procurei lhe fazer um mínimo de justiça nessas ligeiras considerações sobre a validade e interpretação do disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, à luz da decisão de procedência da ADC 16, proferida em 2010 pelo Supremo Tribunal Federal.

Esforcei-me por demonstrar que a única exegese tecnicamente defensável do dispositivo legal mencionado é que exclui completamente a responsabilidade das 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. Por seu turno, a validade dessa norma restou definitivamente assentada pelo STF, ao julgar procedente a ADC 16.

Consoante a argumentação exposta ao longo do arrazoadado, não se mostra juridicamente aceitável, por importar em desrespeito à coisa julgada associada àquele veredicto da Suprema Corte, o entendimento segundo o qual a norma validada não impediria a responsabilização dos entes integrantes da Administração Pública, desde que comprovada a existência de omissão culposa no que tange ao dever de fiscalizar as empresas contratadas, relativamente ao cumprimento dos encargos laborais assumidos para com seus empregados. Em decorrência, a mais

43 Com efeito, o tema da responsabilidade subsidiária do Poder Público nas contratações administrativas de obras ou serviços, relativamente às obrigações trabalhistas das empresas contratadas, não pode ser enfrentado sem incursões no campo do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito do Trabalho e do Direito Processual.

recente redação atribuída pelo TST à Súmula n. 331 de sua jurisprudência, em vez de implementar a indigitada decisão do STF, arrostando-lhe a autoridade, merecendo, portanto, oportuna reformulação.

Muito embora nos limites da discussão proposta, tenha sido privilegiado o exame da matéria sob o ângulo da legislação existente (*de lege lata*), em sua correlação com a Constituição, mormente no que concerne à conformação dogmática do controle abstrato de normas, não me eximo de defender a orientação assumida pelo legislador ordinário e reputada constitucional pelo Pretório Excelso. Não há dúvida de que a legislação infraconstitucional, em atenção aos princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana que lhe é correlato⁴⁴, deve proteger os empregados, estabelecendo garantias assecuratórias da plena fruição dos direitos que lhes cabem por força de relação laboral. Tal proteção, contudo, não pode fazer *tabula rasa* de outros princípios sobre os quais se assenta o ordenamento jurídico-constitucional, como o dos limites da responsabilização de terceiros por fato de outrem.

Não faz sentido onerar toda a coletividade, atribuindo ao Poder Público a responsabilidade, ainda que a título subsidiário, dos débitos trabalhistas inadimplidos pelas empresas prestadoras de serviços contratadas mediante regular licitação (ou diretamente) e com as devidas cautelas no tocante à sua idoneidade. O fiel cumprimento das obrigações contratuais por parte da Administração, se não envolve a assunção de responsabilidade por fato de terceiro, certamente favorece, indiretamente que seja, a satisfação dos encargos trabalhistas por parte das empresas terceirizadas, quer pela exigência de demonstração da persistência das condições de habilitação (dentre as quais a adimplência dos débitos laborais), quer pela possibilidade, sempre presente, da execução trabalhista se voltar para a contraprestação pecuniária devida pela entidade contratante às suas contratadas, por força do contrato administrativo celebrado.

44 Tais princípios encontram morada nos arts. 170, *caput*, e 1º, III, da CF, respectivamente. A correlação entre ambos decorre do fato de o trabalho constituir emanção direta da personalidade humana e uma de suas mais necessárias contingências.

