

DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E O STF: O CASO DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 71 DA LEI 8.666/1993 NA ADC 16-DF

ALEXEI ALMEIDA CHAPPER¹

RESUMO: Este ensaio apura a responsabilidade subsidiária da Administração Pública diante de encargos trabalhistas não adimplidos pelas empresas prestadoras de serviço, contratadas pelo Poder Público mediante processo de licitação, sob o viés do direito fundamental à proteção do trabalhador. Destarte, a estrutura normativa reforçada dos direitos fundamentais e, também, o princípio da proibição do retrocesso servirão como referenciais teóricos das próximas considerações. Afinal, somente a partir da intensificação da fiscalização por parte dos órgãos da Administração, especialmente em razão da declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, será possível conciliar a promoção do trabalho digno com o interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Proibição do Retrocesso; Responsabilidade; Terceirização Trabalhista.

ABSTRACT: This essay determines the subsidiary liability of Public Administration before labor charges not adimplir by service companies contracted by the Government through the bidding process, under the bias of the fundamental right to protect the worker. Thus, the enhanced normative framework of fundamental rights and, also, the principle of prohibition of retrogression will serve as theoretical referentials to the next considerations. After all, only from the intensification of supervision by the administrative bodies, especially because of the declaration of constitutionality of article 71, § 1º, of Law 8.666/1993, it will be possible to reconcile the promotion of decent work with the public interest.

KEYWORDS: Public Administration; Prohibition of Retrogression; Accountability; Labour Outsourcing.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fiscalização sob Pena de Responsabilização. 2. Direito Fundamental à Proteção Trabalhista e o Princípio da Proibição do Retrocesso; 3. Reação da Justiça do Trabalho: o Objetivo é promover Ação Fiscalizadora; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Comentário de Jurisprudência recebido em 23.08.2011. Comentário de Jurisprudência aceito para publicação em 05.09.2011.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, RS – Pesquisador-Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, RS. Advogado. Autor do livro *Polêmicas Trabalhistas*, São Paulo: LTr, 2010. alexeichapper@hotmail.com

SUMMARY: Introduction; 1. Surveillance under Penalty of Accountability; 2. Fundamental Right to Labor Protection and the Principle of Prohibition of Retrogression; 3. Reaction of the Labor Courts: The Goal is to Promote Supervisory Action; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Desponta no cenário jurídico nacional verdadeira celeuma acerca da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, manifestada na sessão plenária do dia 24 de novembro de 2010, que culminou por reconhecer a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.² A ADC epigrafada recebeu no protocolo o número 16, tendo sido ajuizada pelo Distrito Federal com o ingresso da União e também de vários outros entes federativos na peculiar condição de “amigos da Corte”.

E o que determina o famigerado § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações? Em suma, e nos termos da controvérsia aludida na respectiva ADC, o dispositivo questionado isenta a Administração Pública de responsabilidade pelo adimplemento das obrigações de caráter trabalhista não cumpridas pelo contratado junto aos seus empregados. Noutras palavras, o mero inadimplemento dos encargos de índole laboral por parte da empresa contratada pela Administração Pública não transfere automaticamente essa incumbência alimentar aos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta. Não obstante, a redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho tem proporcionado acirrados debates no que concerne à (in)constitucionalidade da regra enunciada na referida Lei de Licitações em face do direito fundamental à proteção dos trabalhadores.

Nesse contexto conturbado de normatização de condutas pela via judicial da Súmula 331 do TST, será analisado o princípio da proibição do retrocesso social em face da aludida declaração de constitucionalidade da regra da Lei de Licitações que desobriga a Administração Pública de honrar os encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas contratadas pelo Poder Público. E, nesta senda, a meditação acerca dos principais fundamentos de índole constitucional e, outrossim, do verdadeiro alcance adjacente ao princípio da proibição do retrocesso não irão prescindir de um desenvolvimento conciso e objetivo no transcorrer deste estudo de caso.

1. FISCALIZAÇÃO SOB PENA DE RESPONSABILIZAÇÃO

E como se pronuncia, ou melhor, como se pronunciava a difundida Súmula 331 do TST?³ Iguamente em rápida síntese, e sem desbordar dos

² 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 Súmula 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE I - A contratação

limites deste sucinto comentário, firmou-se na jurisprudência especializada o entendimento segundo o qual “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive em relação aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”. E o mais interessante é que, ao final do enunciado, a própria Súmula 331 do TST fazia referência ao § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações (fato mencionado de modo bem humorado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes durante a sessão plenária que julgou a ADC 16-DF).

O Ministro Antonio Cezar Peluso, inicialmente, não conhecia da ADC por carência de ação em razão da ausência de controvérsia do TST em relação à constitucionalidade da regra enunciada na Lei de Licitações. Nesse sentido, como sustentou o Presidente do STF, restava claro que “o TST reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento de contrato; e não com base em inconstitucionalidade da lei”. Mais adiante, durante os debates, Peluso continuou explicando que “o TST não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece a responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas ao contrato”. E, finalmente, o Ministro da Suprema Corte aduziu que a declaração de constitucionalidade da norma contida na Lei de Licitações “não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa”.

Ora, por oportuno, cumpre mencionar que o atendimento ou não à cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal⁴) pelo TST para afastar a aplicação de uma norma é indubitavelmente matéria de roupagem constitucional. Todavia, a discussão acerca da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, evidentemente vinculada à apreciação do caso concreto posto em juízo, de maneira nenhuma configura disciplina de índole constitucional

de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). 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/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) 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. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

⁴ CRFB/1988. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

a ensejar a manifestação do STF. Dito de outro modo, a apuração da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas não adimplidos pelas empresas de terceirização é questão notadamente infraconstitucional.⁵ E, aliás, no âmago dessa análise, o respeito ao princípio da sustentabilidade nas licitações públicas assume especial relevância.⁶

No entanto, após a declaração de constitucionalidade da norma da Lei de Licitações na ADC 16-DF, foram providos agravos regimentais em diversas reclamações envolvendo o mesmo tema, como ocorreu na Reclamação 7.517 (publicada no dia 14.04.2011)⁷, na Reclamação 8.150 (publicada no dia 03.03.2011)⁸ e na Reclamação 9.894 (publicada no dia 17.02.2011)⁹, em observância à Súmula Vinculante nº 10 do STF.¹⁰

⁵ Ricardo Lewandowski se manifestou nessa sessão no sentido de que a discussão sobre a culpa é matéria infraconstitucional: "cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase cotidianamente em ações de improbidade: são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias; e estas firmas, depois de feitas, ou não feitas, as obras, objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático; e ficam com um débito trabalhista enorme".

⁶ A propósito, pronuncia-se Juarez Freitas sobre as providências ao atendimento do princípio da sustentabilidade, dentre elas está, pois, a "obrigatoriedade de licitações sustentáveis, em todas as esferas federativas, isto é, cumpre partir para a implementação imediata das licitações sustentáveis, com a adoção de critérios objetivos, impessoais e fundamentados de sustentabilidade para avaliar e classificar as propostas, em todos os certames, com novo conceito de proposta vantajosa. A obrigatoriedade decorre da aplicação direta do princípio em tela, tese facilitada após sua recente explicitação, que alterou o art. 3º da Lei de Licitações." FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 91.

⁷ EMENTA: PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. I - Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. II - Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência. III - Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10. IV - Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação.

⁸ AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666/1993. INCISO IV DA SÚMULA TST 331. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS ORIUNDOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO TOMADOR DOS SERVIÇOS. AFRONTA À AUTORIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 10 DEVIDAMENTE CONFIGURADA. ARTIGO 103-A, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Acórdão que entendeu ser aplicável ao caso o que dispõe o inciso IV da Súmula TST 331, sem a consequente declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a observância da cláusula de reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. 2. Não houve no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96 a declaração formal da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, mas apenas e tão-somente a atribuição de certa interpretação ao mencionado dispositivo legal. 3. Informações prestadas pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho. 4. As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a

Com efeito, e em retomada do exposto, pergunta-se: diante do caso concreto, a inaplicabilidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, reclama necessariamente a declaração de inconstitucionalidade da referida norma? Com o máximo respeito às fundamentadas opiniões em sentido contrário, a melhor resposta é a negativa. E, de outro lado, é também assaz pertinente indagar: a aplicabilidade do acenado dispositivo legal, considerando a decisão da ADC 16-DF, conduz forçosamente à violação do princípio constitucional da proibição do retrocesso social? Mais uma vez, como se aventará a seguir, o melhor entendimento induz a resposta negativa.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

No sistema constitucional brasileiro a proteção juridicamente reforçada inerente aos direitos sociais – e, nesse mote, aos direitos dos trabalhadores – é consequência da dupla fundamentalidade atribuída a estes direitos pela própria Constituição de 1988. Assim, tanto por sua relevância substancial (aspecto material) quanto pela previsão inserta no seu Título II (feito formal), o direito dos trabalhadores deverá gozar da mais ampla efetividade possível: em conformidade com o celebrado § 1º do artigo 5º da Constituição da República.¹¹ É certo, pois, que “a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções”.¹²

responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade. 8. Ofensa à autoridade da Súmula Vinculante 10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado.

⁹ Neste acórdão o Tribunal resolveu questão de ordem, suscitada pela Ministra Cármen Lúcia, no sentido de autorizar o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedidos idênticos. Agravo Regimental em Reclamação. 2. Direito do Trabalho. Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de Órgão Fracionário. Violação à Cláusula de Reserva de Plenário. Súmula Vinculante 10. Ocorrência. 3. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação.

¹⁰ STF. SÚMULA VINCULANTE Nº 10. VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

¹¹ CRFB/1988. Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 446-447. Tratando da proteção dos direitos sociais contra a supressão ou restrição, sustenta o renomado professor da PUC/RS: “Nota-se que a proteção contra eventual retrocesso, mesmo no campo dos direitos fundamentais, também não abrange apenas os direitos de cunho prestacional (positivo) embora nesta esfera seja mais usual e possivelmente

E, da mesma forma, dentre os chamados “novos temas do direito do trabalho”, insere-se o fenômeno crescente da terceirização de mão-de-obra em razão das crises econômicas e também da necessidade imediata de redução de custos.¹³

Por derradeiro, não se pode prescindir de um mecanismo que assegure o cidadão contra o retrocesso da legislação, salientando, porém, que “medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção da confiança”¹⁴ quanto à manutenção de direitos sociais já concretizados. E é desse contexto alusivo à promoção da segurança jurídica, e, conexamente, à consagração da dignidade humana, que advém implicitamente o princípio constitucional da proibição do retrocesso.¹⁵

Na verdade, respeitando a singular estrutura normativa dos princípios, a aplicação prática da proibição do retrocesso não poderá incidir de forma absoluta, devendo ser constantemente ponderada¹⁶ com as circunstâncias que ensejam à modificação legislativa, administrativa ou judicial concernente a direitos sociais solidificados constitucionalmente. E, assim sendo, circunscreve-se o real alcance da proibição do retrocesso ao amparo contra a restrição ou a supressão¹⁷ do “núcleo essencial dos direitos sociais”.¹⁸

Na ocasião do julgamento em voga, a Ministra Cármen Lúcia, defendendo a irresponsabilidade da Administração Pública pela inadimplência trabalhista das empresas prestadoras contratadas mediante licitação, sustentou acaloradamente que “a Administração licita, contrata, a lei diz que não assumirá (a responsabilidade), e aí ela assume duas vezes”. Não obstante, em seguida, a própria Ministra reconheceu que a Administração “pagou esse contratado, que ela (Administração) contratou de maneira equivocada e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esses trabalhadores”. Portanto, “a licitação não valeu de nada; alguma coisa está muito errada e,

mais impactante no que diz com as suas conseqüências, mas também alcança a proteção de outros direitos sociais, bastando aqui referir os direitos dos trabalhadores (boa parte dos quais são, em primeira linha, direitos de defesa [negativos]).”

¹³ NASCIMENTO, Amauri. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 457.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais e a Proibição do Retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. Revista Instituto de Hermenêutica Jurídica, V. I, nº 2, Porto Alegre: 2004. p. 162.

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Os Princípios Constitucionais como Fonte de Perplexidade*. Revista Interesse Público, ano 11, nº 55, maio/jun., Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 162. Nesse capítulo, o autor trabalha a questão da omissão inconstitucional, destacando que a instituição legislativa de um direito social se congrega, inclusive, ao patrimônio jurídico da cidadania e, por isso, não admite a sua absoluta supressão, sob pena de se permitir o indevido recuo à conjuntura de omissão inconstitucional.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 464.

se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive de mandar apurar a responsabilidade deste que não fiscalizou, deste que licitou mal”.

Nesse momento, o Presidente do STF se dirigiu especificamente à Ministra Cármen Lúcia: “Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração é obrigada a tomar uma atitude que quando não toma constitui inadimplemento dela; e é isso que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho”. Noutras palavras, “não é pela inconstitucionalidade da norma” que se afasta a regra do artigo 71, § 1º.

A responsabilização do Poder Público pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas decorre, pois, da culpa no tocante ao seu dever de fiscalizar. O direito fundamental à boa Administração Pública, por conseguinte, compreende uma atuação “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.¹⁹

Ademais, no que tange à necessidade de fiscalização dos órgãos da Administração sobre as empresas prestadoras, justamente para evitar a incidência dessa responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ressaltou que “os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, ou aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja fiscalização”. E, mais adiante, complementou “porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço”, sendo que “a empresa recebeu, certamente recebeu, da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares” e, por isso, “essa questão continua posta e foi o que o TST tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da Súmula”.

Vale dizer, a proibição do retrocesso “não veda uma diminuição dos direitos sociais individuais para assegurar interesses públicos relevantes”²⁰, de modo que a declaração de constitucionalidade do preceito que isenta a Administração Pública de responsabilidade direta e automática pelos encargos laborais não adimplidos pela empresa contratada, sobretudo por não reduzir a proteção – núcleo essencial – ao direito fundamental dos trabalhadores, é perfeitamente plausível e aceitável em favor da preservação da coisa pública. Não seria razoável, todavia, o afastamento absoluto da responsabilidade trabalhista a despeito da comprovação de culpa do Poder Público diante dos fatos do caso concreto. Em face dessa última hipótese,

¹⁹ FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 459.

e somente dela, poder-se-ia argumentar no sentido de um retrocesso social a diminuir a proteção de direito fundamental social-trabalhista sem o respaldo constitucional.

Afinal de contas, como também afirmou o Ministro Gilmar Mendes, “pode ocorrer que a empresa terceirizada receba – como sói acontecer, em geral o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca –, mas não cumpra esses deveres elementares”. Assim, parece correta a interpretação do Ministro segundo a qual “aqui, reclamam-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar” de maneira que “haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos, de verbas elementares: pagamento de salários, recolhimento da previdência social e do FGTS”.

Outrossim, destacou-se na sessão uma consequência prática como decorrência direta da procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16: “uma severa revisão da jurisprudência do TST quanto aos recursos extraordinários”. Destarte, Gilmar Mendes igualmente advertiu: “temos que mudar, portanto, a nossa postura em relação à não-admissibilidade dos recursos”. Isso porque apesar da manutenção da possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública “porque não tomou as cautelas de estilo”, essa não é a “rotina dos acórdãos que nós temos visto no TST”. E, nesse sentido, a Justiça do Trabalho deverá, imediatamente, adaptar-se à nova realidade; e reagir prudentemente em prol da máxima efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador.

3. REAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: O OBJETIVO É PROMOVER AÇÃO FISCALIZADORA

E como reagiu a Justiça do Trabalho em face do resultado da ADC 16-DF? Com a edição de nova redação à Súmula 331 do TST.²¹ A responsabilidade subsidiária da Administração é, pois, reconhecida “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993, especialmente na fiscalização²² do cumprimento das

²¹ Súmula 331 do TST (Nova redação) IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (acrescenta os itens V e VI) V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

²² AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho

obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”. Não é possível aceitar cascatas de conformidade²³ com a inadimplência das empresas de terceirização. É fundamental a atuação estatal indutora²⁴ e fiscalizadora para limitar a livre contratação de empresas prestadoras de mão-de-obra inidôneas.

A promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais e sociais do trabalhador, nessa conjuntura, impõe que não se prescindia da mais ampla transparência e lisura nos procedimentos licitatórios dos quais resultará a exploração de mão-de-obra mais barata para a tomadora (pública) dos serviços. Desse modo, nada mais evidente e lógico do que a consagração da obrigação – decorrente dos princípios da moralidade e da eficiência – de o Poder Público agenciar a fiscalização contundente das empresas contratadas para fornecer a prestação de serviços. Até porque, assim sendo, será possível imaginar e acreditar na inversão da realidade atual, garantindo que somente participarão da licitação aqueles interessados com reais condições de honrar suas propostas, incluindo, é claro, as obrigações de índole trabalhista.

Cabe salientar, ainda, o voto vencido do Ministro Carlos Ayres Brito que considerou a norma do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, inconstitucional porque “a Constituição esgotou, exauriu, as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública”. Seguindo esse raciocínio, concluiu que o ingresso nos quadros da Administração Pública pode ocorrer mediante “concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Pronto. A Constituição não falou de terceirização”.²⁵

monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24.11.2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido. Processo: Ag-AIRR - 153040-61.2007.5.15.0083 Data de Julgamento: 15.12.2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.01.2011.

²³ SUNSTEIN, Cass R.. A verdade sobre os boatos: como se espalham e por que acreditamos neles. Tradução de Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 40.

²⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

²⁵ Acerca da terceirização, também alertou Carlos Ayres Brito: “É uma modalidade de recrutamento de mão-de-obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a

O Ministro Marco Aurélio, por outro lado, rebateu a argumentação de inconstitucionalidade da norma da Lei de Licitações, afirmando que o preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal “não encerra a obrigação solidária do Poder Público quando arregimenta mão-de-obra mediante prestadoras de serviço, considerado o inadimplemento da prestadora de serviço”. Sustentou, da mesma forma, que “a entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas numa responsabilidade supletiva, teríamos que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços”.²⁶

A despeito da incisiva e respeitável pronúncia do Ministro Marco Aurélio, não é possível acomodar no mesmo plano de relevância constitucional as incumbências trabalhistas, fiscais e comerciais das empresas prestadoras de mão-de-obra com a intenção retórica de justificar a irresponsabilidade subsidiária da Administração Pública. Especialmente porque o trabalho despendido – a força, a energia – não é separável da pessoa que presta os serviços. E, assim, o crédito trabalhista assume caráter nitidamente alimentar: não comparável em face dos encargos fiscais e, sobretudo, das obrigações comerciais.

CONCLUSÃO

De agora em diante, portanto, a Justiça do Trabalho deverá atentar para a precisa fundamentação de suas decisões na esteira de incluir a Administração Pública como responsável subsidiária do crédito laboral não adimplido pela empresa contratada quando verificada a deficiência de fiscalização. Por conseguinte, ao cotejo do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, deverão ser ponderadas as normas dos artigos 7º e 37, XXI, da Constituição, e, também, dos artigos 27, IV, 58, III e 67, caput, e § 1º, todos da Lei 8.666/1993, além das regras de responsabilidade civil do Código Civil, e também da CLT, para que, em cada caso concreto, evidencie-se a imperiosa racionalidade sistemática que sempre se espera na aplicação do Direito.

Ao fenômeno da terceirização está conjugado o inseparável apelo contemporâneo à flexibilização do Direito do Trabalho, em sua clássica vertente. A delegação do poder diretivo a uma empresa, interposta entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços, satisfaz a volúpia da globalização e atende aos interesses de empreendimentos econômicos – públicos e privados –, reduzindo custos e estimulando a competitividade em escala internacional. E a regra da Lei de Licitações, julgada constitucional, agasalha esse difundido modelo de gestão administrativa.

responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa”.

²⁶ Assim concluiu o Ministro Marco Aurélio: “Deu-se ao § 6º do artigo 37 um alcance que ele não tem, decididamente não tem” “Considerado o verbete 331 se partiu para a responsabilidade objetiva do Poder Público mediante esse preceito que não versa essa responsabilidade porque não há o ato do agente público causando prejuízo a terceiros que são os prestadores dos serviços”.

O princípio da proibição do retrocesso não resta violado a partir da declaração de constitucionalidade, e conseguinte aplicação, do preceito em destaque neste ensaio. O núcleo essencial do direito fundamental do trabalhador está intacto, porquanto continuará viável a responsabilização subsidiária da Administração com fundamento na prova concreta de fiscalização defeituosa. E, assim, quiçá, enaltecendo esse dever de prudência do Poder Público quando da contratação de empresas prestadoras de serviços, exigindo, por exemplo, a apresentação de certidões negativas de débito perante a Justiça do Trabalho, em vez de retrocesso, haverá espaço comum para a desenvoltura econômica combinada com o progresso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUASTINI, Riccardo. Os Princípios Constitucionais como Fonte de Perplexidade. *Revista Interesse Público*, ano 11, nº 55, maio/jun., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NASCIMENTO, Amauri. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos Fundamentais Sociais e a Proibição do Retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Instituto de Hermenêutica Jurídica*, V. I, nº 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.. *A Verdade sobre os Boatos: como se espalham e por que acreditamos neles*. Tradução de Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.