

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16

ADRIANA FONSECA BAGGIO BACHILLI

Advogada graduada pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela Rede de Ensino LFG. Assessora da Câmara Municipal de Porto Alegre em 1993/1994. Assessora da Companhia Estadual de Energia Elétrica em 1994/1995. Assessora da Comissão de Economia da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul em 1995/1997. Atuação nas áreas cível e trabalhista em 2000/2002. Advogada e parecerista da Prefeitura Municipal de Triunfo nos anos de 2002/2004. Advogada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos desde agosto de 2004.

RESUMO:

Este artigo tem o escopo de analisar a alteração no entendimento relativo à responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas terceirizações de serviços de mão de obra e as consequências sociais, econômicas e políticas, à luz do princípio da segurança jurídica, e no que diz respeito ao princípio da proteção da confiança. A relevância do tema está no fato de a decisão não ter sido enfrentada antes pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e no fato de o Tribunal Constitucional, ao fazê-lo, não ter esgotado a matéria, ainda que o entendimento exarado tenha alterado as decisões de todas as instâncias da Justiça do Trabalho. Releva ainda destacar que a declaração de constitucionalidade do § 1º, art. 71 da Lei de Licitações¹ acaba por trazer à tona a fragilidade do sistema jurídico, face à liberdade de interpretação dada às diversas instâncias judiciais e aos Tribunais, bem como impõe ao Supremo Tribunal Federal os ônus decorrentes.

Palavras-chave: Responsabilidade Subsidiária. Administração Pública. Declaração de Constitucionalidade. Princípio da Proteção da Confiança.

ABSTRACT:

This article has as scope to analyze the variations in the subsidiary liability of the Public Administration's understanding in outsourcing services for labor and its social, economic and political consequences to the principle of legal certainty and with regard to the Protection of Trust Principle. The relevance is at the fact that the decision was not addressed before the Supreme Court (STF) and the fact that the Constitutional Court, in so doing, have failed to tackle the issue head on, even though the recorded understanding has changed the decisions of all instances of the Labor Court. Highlights also stressed that the declaration of the constitutionality of § 1, art. 71 of the Bidding's Law eventually bring about the fragility of the legal system, facing the freedom of interpretation given to the various judicial bodies and courts, just as well imposes to the Supreme Court its arising burden.

Keywords: Subsidiary Liability, Public Administration, Constitutional Declaration. Protection of Trust Principle.

¹ Conforme a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993: "Seção IV – Da Execução dos Contratos Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

§ 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)

§ 3º. (VETADO)." (BRASIL, 1994, p.10149).

1. Introdução

Partindo da premissa de que o art. 71 da Lei 8.666/93 informa que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais é exclusiva do contratado, buscou-se analisar a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à responsabilidade da Administração Pública. Verifica-se, com a manifestação da Suprema Corte, a existência de distorções e polêmica envolvendo o tema, tanto que a Justiça do Trabalho continua priorizando o entendimento pró-trabalhador, ao considerar “falha da Contratante” a não fiscalização dos contratos, presumida ou atestada, gerando a responsabilização dos entes públicos. Assim, buscou-se traçar um paralelo entre os pontos de vista existentes sobre o assunto, apurando-se as consequências por estes geradas.

2. Terceirização de Serviços e Responsabilidade Subsidiária

No Brasil, o fenômeno da terceirização surgiu nos anos 90, decorrente da necessidade de baratear os custos das atividades-meio.

A utilização do instituto e as distorções advindas geraram restrições, tanto que contratações deste naipe, envolvendo Associações e Cooperativas, passaram a ser mal vistas. Fato é que comumente as empresas, propositadamente, se travestiam de tais entidades, o que viabilizava a apresentação de preço menor nas licitações e, quando da contratação, em razão dos incentivos fiscais decorrentes, a obtenção de lucros visivelmente maiores e às custas dos “cooperados” ou “associados”.

A Administração Pública e o Ministério Público do Trabalho, após constatadas violações à legislação trabalhista ensejando a responsabilidade sucessiva do Estado e dano ao erário, assumiram o compromisso de evitar a contratação de Cooperativas. A Conciliação Judicial foi firmada em junho de 2003, nos autos do processo 01082-2002-020-10-00-0, que tramitava na 20ª Vara do Trabalho de Brasília², assumindo a União o compromisso de recomendar diretrizes às autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, vinculando-as ao cumprimento do acordo.

Em suma, a conciliação se baseou no fato de que a Administração está vinculada ao princípio da legalidade, sendo vedada a prática do marchandage pelo art. 3º da CLT e Enunciado 331 do TST. Foi levado ainda em consideração que, laborando em situação fática idêntica à de empregado, a mão de obra cooperada carece de proteção legal, em especial da tutela laboral, implicando sua utilização em afronta aos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho (arts. 5º, caput e 1º, III e IV da Constituição Federal). Acordaram que nos futuros editais de licitações seria feita menção expressa do acordo homologado, evitando impugnações.

Atendidas as restrições à terceirização de mão de obra cooperada, o Estado continuou celebrando contratos de terceirização de serviços e assumindo os ônus que lhe foram impostos pelas decisões da Justiça do Trabalho.

Decorridos 18 anos da edição da Lei Nº 8.666/93, o Tribunal foi incitado a manifestar entendimento sobre a matéria. Os impedimentos processuais trazidos à baila pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADC 16,³ justificam o não enfrentamento do tema em período pretérito.

² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 20ª Vara do Trabalho de Brasília. Acordo Judicial. Processo 01082-2002-020-10-00-0. < <http://www.trt10.jus.br>> Acesso em 28.12.2011.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. Brasília, DF, 09 set. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_924002>. Acesso em: 19 out. 2011.

Fato é que Juízes e Tribunais do Trabalho, com amparo na Súmula 331 do TST⁴, decidiam genericamente pela responsabilização da Administração Pública. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao declarar válido o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, condicionou sua aplicação a fato não previsto na Lei de Licitações, ou seja, na culpa *in vigilando* (em tese negando vigência à Lei).

Desta forma o conteúdo da norma passa a ser revelado na interação entre o texto normativo e as circunstâncias do caso concreto. A afirmação feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em outra ocasião revela-se contemporânea e oportuna. Disse o Ministro que a “norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete”⁵. Fato é que a decisão do STF possibilitou que o interesse particular prevalecesse sobre o interesse público.

Sobre o conflito de interesses públicos e privados vale mencionar considerações feitas pelo Professor Doutor Rafael de Cás Maffini:⁶

[. . .] Assim, embora não se possa deixar de reconhecer que o interesse público seja realmente a finalidade da ação do Estado, quer parecer que o equívoco teórico de se considerar o interesse público invariavelmente privilegiado em relação ao interesse privado corresponderia ao mesmo absurdo de se considerar estes sempre privilegiados em relação àqueles. Para que não ocorram tais equívocos, deve concluir que “interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos interesses privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade”.

Maffini entende que nestes casos se faz necessário a ponderação dos princípios da legalidade e do interesse público com os demais princípios, resultando dessa ponderação a incidência do princípio da proteção da confiança:

“(…)

Em outras palavras, deve-se entender que o princípio da proteção da confiança, ao tutelar interesses privados decorrentes de expectativas legítimas dos destinatários da função administrativa, proporciona a plena satisfação do interesse público consistente na obtenção de um estado de segurança jurídica. Não seria exagerado afirmar, nesse sentido, que a proteção da confiança realiza, a um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à segurança jurídica e ao Estado de Direito).

(…)”

⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 331. http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm Acesso em 20.11.2011.

⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar. **O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**, In Luiz Roberto Barroso (Org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-334.

⁶ MAFFINI, Rafael de Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 69-71.

3. Posicionamento do STF

Em 24 de novembro de 2010, julgando a Ação Direta de Constitucionalidade 16, de autoria do Governador do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o § 1º, Art. 71 da Lei 8.666/93. A ADC foi ajuizada sob o argumento que a edição de Súmula pelo Tribunal Superior do Trabalho, com entendimento diametralmente oposto ao da norma da Lei de Licitações, implicou retaliação ao dispositivo e aos princípios da legalidade, liberdade, ampla acessibilidade nas licitações públicas e princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo.

Os Ministros do Supremo debateram num primeiro momento se o autor tinha ou não interesse processual, pois o Relator do caso, Ministro Cezar Peluso, opinou pela impossibilidade de conhecer o pedido, aduzindo com base no art. 14, inciso III, da Lei Federal nº 9.868/99⁷ que o autor era carecedor de ação, e que a Súmula fora ditada pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal⁸, não tendo sido questionada a legitimidade do § 1º, do art. 71 da Lei de Licitações.

O Ministro Marco Aurélio, ao contrário, entendeu que havia uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei 8.666/93 e a Ministra Carmen Lúcia entendeu estar evidenciada controvérsia capaz de gerar insegurança jurídica, o que legitimaria a atuação do STF no caso. Resultou que a Corte, de forma não unânime, optou por conhecer da Ação Direta de Constitucionalidade.

No mérito, considerando que o art. 71, § 1º da Lei de Licitações regulamenta o art. 37, inciso XXI da CF/88⁹, foram questionados os limites da questão a ser examinada, bem como se alertou para o fato de a responsabilidade tratada no artigo ser contratual, resultando sua extensão à Administração Pública em duplo prejuízo, fato que autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica.

Em debates, foi aduzido que o TST reconhecia a responsabilidade com base no Contrato, sem afastar o §1º, do art. 71 da Lei 8.666/93, ao que foi contraposto o argumento que se assim ocorresse o TST deveria afastar a norma por inconstitucionalidade, sob pena de descumprimento da lei. Nesse particular foi alertado que o ponto crucial estaria na confrontação dos

⁷ Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm Acesso em 18/01/2012.

Art. 14. A petição inicial indicará:

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 28.12.2011.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

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

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 28.12.2011.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências da qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 com os arts. 2º da CLT¹⁰ e 37, § 6º da CF/88, estando a problemática diretamente relacionada à literalidade categórica da norma.

Ainda em debates, afirmou-se a contrariedade do entendimento do TST à Constituição, pois o art. 37, § 6º trata da responsabilidade objetiva patrimonial e extracontratual e não pode ser utilizado nos casos de terceirização de mão de obra (responsabilidade contratual).

O Plenário referiu, também, a inexistência de outras normas regendo a matéria (não distinguidas); a consequente necessidade de pacificação da mesma pelo STF; a impossibilidade de a Carta Magna ser dúbia e alertou para a impossibilidade da Administração pagar duas vezes, o que descaracterizaria o objetivo da licitação.

Durante os debates, ficou evidenciada certa resistência em analisar a matéria, tanto quando a discussão gira em torno de diferenças conceituais entre “mera inadimplência” e “inadimplência”, ou quando os debates se restringem ao fato de existir ou não necessidade de examinar se houve ou não culpa in eligendo e falta de fiscalização.

A procedência parcial da ADC foi reconhecida apesar do afastamento, pelo Ministro Marco Aurélio, dos arts. 37, § 6º da CF e 2º da CLT, por não se referir à mão de obra arrematada, nem deter o Estado a direção e controle do efetivo. Em reflexão mencionou o fato de o Enunciado 331 se abrigar na responsabilidade objetiva da Administração, sem que haja agente público causando prejuízo a terceiro. O Ministro Celso de Mello reconheceu a existência de grave incerteza em torno do §1º, art. 71 da Lei 8.666/93. Do todo ficou a sensação de que o STF se isentou em parte de, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “desembrulhar” o caso.

4. Questões Legais Pendentes

O acórdão da Ação Declaratória remete a algumas questões doutrinárias que merecem uma análise mais apurada, pois com base em tais questões firmou-se a jurisprudência do TST, bem como através delas o STF fundamentou o entendimento da constitucionalidade da norma.

Nos contratos de prestação de mão de obra entabulados entre a Administração Pública e um particular temos por evidente a responsabilidade contratual norteadora sua execução. No entanto, os Tribunais do Trabalho embasavam as condenações do Poder Público na responsabilidade extracontratual do Estado, justificando as considerações a seguir.

Sobre a responsabilidade contratual a doutrina do insigne CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹¹, *ipsis verbis*:

A responsabilidade contratual, em paralelo com a responsabilidade extracontratual ou aquilana, está sujeita aos mesmos extremos desta: a contrariedade à norma, o dano, a relação de causalidade entre uma e outra. Ontologicamente, portanto, as duas modalidades confundem-se e se identificam nos seus efeitos, como visto acima. A responsabilidade contratual pressupõe, necessariamente, a existência de um contrato já formado. Em princípio, portanto, a responsabilidade do contratante assenta no fato de não ter executado o contrato.

Difere uma da outra mais no campo da prova: a vítima, na responsabilidade ex-

¹⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Diário Oficial da União, publicado dia 09.08.1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm Acesso em 28.12.2011.

Art 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

¹¹ BRASIL. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, 9ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 249-50)

tracontratual tem de demonstrar a existência de todos os elementos, ao passo que, na contratual, fica estabelecida ex re ipsa culpa, o que significa a posição do credor mais vantajosa. Uma vez que o contrato traça a norma de conduta para os convenientes, incorre em culpa aquele que se desvia do pactuado: a norma convencional já define o comportamento dos contratantes que estão adstritos em sua observância a um dever específico. O infrator da cláusula contratual responde pelos efeitos de sua inadimplência. Em contraposição ao dever de obediência ao avençado, o co-contratante adquire um direito, e o infrator responde pelo dano causado.

Na culpa contratual, portanto, a equação geradora da responsabilidade civil achase reduzida aos termos mais simples, porque a demonstração do dever violado situa-se na infração ao avençado, sendo os demais extremos a consequência: o dano e a relação de causalidade entre este e o inadimplemento. (in Responsabilidade Civil, 9ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 249-50)

Sergio Cavalieri Filho¹², explanando sobre a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual considera que “...tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.”

Nestes casos, o inadimplemento de uma obrigação pelo devedor ou seu cumprimento inadequado irá gerar uma obrigação em desfavor do credor, por tratar-se de responsabilidade civil contratual. Será, no entanto, extracontratual, e a responsabilidade será objetiva, se houver lesão a direito sem liame causal anterior entre vítima e agente causador do dano.

A teor do art. 37, caput, da Constituição Federal, que consagra o princípio da legalidade e, considerando que os contratos de terceirização de mão de obra têm cláusula expressa quanto à responsabilidade da contratada em relação a seus empregados, o que é ditado pela Lei 8.666/93, de plano já haveria de ser execrado o entendimento que leva a responsabilização subsidiária do Estado.

No julgamento da ADC 16, a Ministra Cármen Lúcia transcreve parte dos fundamentos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96, originário da Súmula n. 331 do TST:

Realmente, admitir-se o contrário [a irresponsabilidade subsidiária da Administração Pública em face de seu comportamento omissivo ou irregular na fiscalização do contrato], partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame [§ 1º do art. 71 da Lei n.8.666/93], em detrimento de uma exegese sistemática seria menosprezar um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente

¹²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 15

ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica.

Aliás, não é outra a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.19/98, que ao dispor 'que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços', enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração pública.

Some-se aos fundamentos expostos que o art. 195, § 3º, também da Constituição Federal, é expresso ao preconizar que 'a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais', o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV, da Lei n. 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 883/94, ao dispor que 'prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei', providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo.

Registre-se, finalmente, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiros.

Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo" (fls. 375-376).

Para a Ministra só o teor da decisão evidencia a natureza constitucional da matéria. Particularmente sobre o art. 37, § 6º da CF, diz que:

25. Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o 'dano' considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera 'sujeitos que comprometem o Estado' "os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo; Malheiros, 1995, p.891).

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

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

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

No entanto, o STF julgou a ADC consignando que a condenação subsidiária do Estado depende da existência ou não de culpa, especificamente no que se refere à fiscalização dos contratos, bem como que a responsabilidade objetiva não se aplica ao caso.

A Culpa in vigilando, a ser analisada caso a caso, a partir da decisão do STF, pressupõe responsabilidade subjetiva, ou seja, não possui qualquer vinculação com a responsabilidade prevista no art. 37 § 6º da CF/88. Trata-se, portanto, de Responsabilidade Contratual.

Na obra “Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência”¹³, 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 160, Rui Stocco define a culpa in vigilando afirmando que “é a que promana da ausência de fiscalização por parte do empregador, quer em relação aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa. É o caso da empresa de transportes, que tolera a saída de veículos desprovidos de freios, dando causa a acidentes.”

À Administração cabe fiscalizar o contrato e não os empregados da contratada. Da análise das cláusulas que costumeiramente ditam o pacto, consta, como regra, serem obrigações da contratada manter as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, observar na execução dos serviços as condições específicas da contratação, emitir documentos fiscais, aceitar acréscimos e supressões em até 25% nas condições contratuais assumidas, reparar/corrigir serviços, responder por perdas, danos e prejuízos, permitir a fiscalização e vistoria, e “Responsabilizar-se por todos e quaisquer ônus e encargos previdenciários, fiscais, trabalhistas e comerciais resultantes da execução do contrato”, bem como que “A inadimplência da contratada, com referência aos encargos acima, não transfere à contratante a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto desta contratação.”

Assim, admitir a responsabilidade subsidiária do Poder Público implica desconsiderar cláusula contratual sem anulá-la.

Daí resulta ainda a necessidade de os Tribunais ingressarem no cotidiano fiscal, previdenciário e orçamentário dos entes estatais, considerando possibilidades como a apresentação de certidões positivas com efeito de negativas, os prazos para os recolhimentos de tais obrigações e eventuais prorrogações administrativas, o que não permitirá qualquer tipo de sanção, nem poderá restringir a execução do contrato, mas que pode vir a ser um indício de sua possível inexecução e que somente será percebido no futuro e tardiamente.

Sobre os efeitos da decisão cabem algumas considerações. A ADC objetivou o reco-

¹³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160.

nhecimento da constitucionalidade da lei, e a medida está prevista no art. 102, § 2º e artigo 103 da Constituição Federal¹⁴, com base na redação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, e também pela Lei Nº 9.868 de 1999.

Sem que seja necessário aprofundar o tema, constata-se que a finalidade precípua da ADC é assegurar maior segurança jurídica e estabilidade ao Direito, posto que unifica o entendimento jurisprudencial acerca de questões controvertidas em âmbito nacional. Este aspecto é de fundamental importância para Kelsen¹⁵, pois, para este, “a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.

Primeiramente temos que o efeito vinculante da procedência da ADC restringe-se apenas à parte dispositiva da decisão de mérito e não aos seus fundamentos, mas seus efeitos são erga omnes, impondo sua obrigatória observância, sob pena de imediata aplicação do remédio da reclamação (CF, art. 102, inciso I, L)¹⁶.

Cabe questionar se o efeito erga omnes ensejaria o manejo de Ação Rescisória. A natureza da rescisória não tem vinculação com a temática do controle de constitucionalidade, sendo meio hábil à desconstituição de sentenças e acórdãos com trânsito em julgado, onde posteriormente verificou-se que a tese ventilada contrariava o juízo da Suprema Corte.

Ainda que as Súmulas 134 do TFR¹⁷ e 343 do STF¹⁸ impossibilitem o manejo de ação rescisória por divergências quanto à constitucionalidade de lei, poderíamos admitir, em tese, sua viabilidade com base no inciso V do art. 485 do CPC. Assim, cabe o questionamento, uma vez que o presente artigo não comporta maiores delongas sobre o tema. Em síntese, caberia uma análise mais minuciosa quanto à hipótese de ação rescisória dos julgados em que o objeto da lide diga respeito ao art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 e que tenha resultado na condenação subsidiária do Poder Público.

5. O Princípio da Segurança Jurídica

Na doutrina é incontroversa a conclusão que no ordenamento jurídico vigente não há dispositivo legal que se reporte expressamente ao princípio da segurança jurídica.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 28.12.2011.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade:

¹⁵ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 28.12.2011.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões;

¹⁷ Súmula 134 do TFR: Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor. http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr_134.htm Acesso em 23.12.2011.

¹⁸ Súmula 343 do STF: Não cabe rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr_134.htm Acesso em 23.12.2011.

Para Almiro do Couto e Silva¹⁹ “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada a nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.(...)”²⁰

No texto “SEGURANÇA JURÍDICA E CONFIANÇA LEGÍTIMA”, Odete Medauar²¹ conceitua a proteção da confiança conforme transcrição abaixo:

“A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à proteção da confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar ou não a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, à proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes.”

A autora exemplifica situações envolvendo a matéria, assim a inflação legislativa, a indeterminação dos termos da lei, a redação confusa, as alterações repentinas (Medidas Provisórias), Emendas Constitucionais alterando direitos.

A interpretação dada ao art. 71 e parágrafo 1º da Lei de Licitações pela Justiça do Trabalho padecia do necessário convencimento, sendo contestada sistematicamente pela Administração, que via no protecionismo daquela Justiça Especializada o único fundamento para tal aberração interpretativa. Apesar da volatilidade das decisões do Tribunais, os repetidos julgados do TST davam aos trabalhadores das contratadas e àquelas, “segurança” sobre a ordem vigente. À Administração restava se condicionar ao pagamento em duplicidade pelos serviços terceirizados sempre que a contratada não o fizesse.

No entanto, o julgamento da ADC pelo Supremo não implicou na mudança dos julgados; o TST e os Tribunais Regionais apenas deslocaram a análise para outro ângulo, mais para justificar o entendimento do que por convencimento de sua necessidade. Logo, a decisão não teve a isonomia esperada.

O STF falou sobre o tema, mas não disse muito; não revelou a norma, ao contrário preferiu condicioná-la a fatores externos, sucumbindo à reação de outros Tribunais que não

¹⁹

²⁰ COUTO E SILVA, Almiro. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E O DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS ADMINISTRATIVOS: O PRAZO DECADENCIAL DOS ART. 54 DA LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA UNIÃO (LEI Nº 9.784/99). REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2 - Abril/Maio/Junho de 2005 – Salvador - Bahia - Brasil.

²¹ MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima**. In: ÁVILA, Humberto (Org.). Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p.117

respeitavam a lei como posta pelo Legislador.

Judith Martins Costa, no artigo “A RE-SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS CIDADÃOS: a segurança como crédito de confiança.”²² faz as seguintes considerações:

E a permanência constitui-se com efeito, num valor a ser protegido, pois reflete a confiança das pessoas na ordem jurídica considerada com regra do jogo de antemão, traçada para ser, no presente e no futuro, devidamente respeitada: sinaliza que essa ordem não permitirá modificações suscetíveis de afetar suas decisões importantes de maneira imprevisível (salvo por razões imperiosas). A permanência constitui, nesse sentido, uma das projeções da confiança legítima, garantindo o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público. Como afirma Couto e Silva, atende ao interesse público resguardar a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público que lhes dizem respeito e outorgam vantagens são atos regulares, praticados com a observância das leis.

No decorrer do texto, a autora disserta sobre a utilização do princípio do Direito Administrativo Europeu²³, in verbis:

Essa manifestação “particular e significativa” tem, ademais um variegado campo de incidência. Opera, por exemplo, mediante a ligação entre a ação estatal e a extensão de certos direitos sociais, concedidos a categorias que devem ser especialmente tutelados como os trabalhadores migrantes, pelo reforço ao dever de motivação dos atos administrativos, pela proteção de estados de fato que não se põem, a rigor, como direitos adquiridos, mas como situações de fundada confiança ou de “fundada expectativa” em certo comportamento estatal. Atua de modo muito relevante no Direito de Concorrência, distinguindo entre o campo semântico da segurança e o da proteção da confiança, sendo este último configurado pela manutenção da regularidade de certo comportamento administrativo a ser averiguado, para além da declaração expressa, conforme as circunstâncias do caso concreto – pois, diferentemente da segurança jurídica, que se põe como um fundamento quase que axiomático, geral e abstratamente perceptível, a confiança só é avaliável na concretude das circunstâncias.

O dogma do princípio da segurança jurídica é a estabilidade e possíveis alterações que violem crenças existentes, em razão da certeza de legitimidade e inalterabilidade dos atos até então exarados, terão impacto nas relações jurídicas, sociais e econômicas.

Sobre a temática vale referir ainda algumas considerações do Jurista Almiro do Couto e Silva:²⁴

²² Judith Martins Costa, no artigo “A RE-SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS CIDADÃOS: a segurança como crédito de confiança. In Revista do CEJ, v.8, n.27, out./dez., 2004. pág. 113

²³ BRASIL. MARTINS COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In Revista do CEJ, v.8, n.27, out./dez., 2004. pág. 115

²⁴ COUTO E SILVA, Almiro. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E O DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS ADMINISTRATIVOS: O PRAZO DECADENCIAL DOS ART. 54 DA LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA UNIÃO (LEI Nº 9.784/99). REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2 - Abril/Maio/Junho de 2005 – Salvador - Bahia - Brasil. Pág. 06.

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção da confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.”

Aos procuradores dos órgãos da administração direta e indireta restou continuar convivendo com o sentimento de impotência gerado pela “supremacia” do direito do trabalho em detrimento do direito constitucional/administrativo e pela supremacia dos princípios protetivos dos direitos dos trabalhadores em detrimento do princípio da legalidade.

É fato que faltou o martelo do Tribunal, com o exame minucioso do tema. Faltou desatar o “embrulho”, como referiu o Ministro Marco Aurélio. Sem pretender esgotar o tema, que o presente estudo contribua para o debate e reflexão permanente e que em nome da segurança jurídica se opte pela atuação equilibrada dos poderes e pela observação de suas competências de forma a garantir o sossego nas relações sociais, econômicas e políticas.

6. Referências

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 06 jun. 1994. Seção 1, p.10149.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. Publicação 09/09/2011. Ementário nº 2583 – 1 <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2011.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf>. Acesso em 28 dez. 2011a.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 20ª Vara do Trabalho de Brasília. Acordo Judicial. Processo 01082-2002-020-10-00-0. <<http://www.trt10.jus.br>>

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Diário Oficial da União, publicado dia 09.08.1943.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula (Enunciado) 331. Publicação dia 18.09.2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF Súmula Vinculante nº 10 – Sessão Plenária de 18/06/2008 – DJe nº 117/2008, p.1, em 27/6/2008, p.1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9.894/RO – AgR. Data de Publicação DJE 17/02/2011 – Ata Nº

13/2011 DJE nº 32, divulgado em 16/02/2011.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. <http: www. planalto.gov.br>

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula 134 – 07-04-1983 DJ 15-04-83

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 343 – 13/12/1963 – Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 150.

7. Obras Consultadas

FERREIRA MENDES, Gilmar. **O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**, In Luiz Roberto Barroso (Org). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333-334

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 69-71.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação civil em vigor**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1513. .

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed., Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias, Lumien Júris Editora, Capítulo II, pág. 127/128

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 249-50

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., Editora Atlas S/A, 2007, pág. 15

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, 8. ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 160.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

BRASIL. COUTO E SILVA, Almiro. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) do Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2 - Abril/Maio/Junho de 2005 – Salvador - Bahia - Brasil. p. 06

BRASIL. MEDAUAR, Odete, Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. pág. 117

BRASIL. MARTINS COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.