



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

19511 - OBF - PGR

Reclamação 18.360 – ES

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Reclamante: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho

Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Interessados: Adriana de Fátima Barbosa de Assis

Interessado: Soluções Serviços Terceirizados Ltda Me

Reclamação. Responsabilidade subsidiária. Ente público. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

O STF, ao julgar a ADC 16, afastou a responsabilidade trabalhista subsidiária objetiva dos entes públicos nos casos de inadimplemento das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas, mas reconheceu, nos casos de verificação concreta de culpa da entidade pública contratante, que se poderia cogitar de responsabilização subsidiária.

Impossibilidade de imputação da responsabilidade sem a instrução adequada da causa, que deve ser retomada: impossibilidade de construção desse nexo, quando a entidade pública nem sequer foi intimada a apresentar os documentos dos quais se inferiria sua diligência na fiscalização do contrato em causa.

A imputação de falha da administração pública no dever de fiscalizar a prestadora de serviços terceirizados, quanto ao cumprimento das obrigações relativas aos seus empregados, não pode prescindir da indicação dos elementos concretos configuradores da culpa da tomadora de serviços: desrespeito à declaração vinculadora de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, que veda expressamente a transferência automática das obrigações trabalhistas inadimplidas

pela prestadora de serviços, à pessoa jurídica de direito público contratante.

Subsistência da responsabilidade objetiva da reclamante, nos termos do 37, § 6º, da CR: fundamento autônomo, cuja validade não pode ser discutida no presente feito.

Parecer pela procedência parcial da reclamação, apenas para afastar o fundamento do acórdão, atentatório à autoridade do julgamento proferido na ADC 16.

1. Introdução

Trata-se de reclamação ajuizada contra acórdão do TRT2, supostamente atentatório ao julgamento proferido pelo STF na ADC 16.

2. Do caso

A Justiça do Trabalho de São Paulo condenou a empresa “Soluções Serviços Terceirizados Ltda-ME” a pagar indenização de R\$ 3 mil à sua empregada Adriana Fátima Barbosa de Assis, por danos morais sofridos na vigência do contrato de trabalho. A sentença também condenou a pessoa jurídica de direito público tomadora dos serviços da referida empresa, qual seja, a Universidade Estadual Paulista “C Unesp, imputando-lhe responsabilidade subsidiária contratual, nos moldes do item IV da Súmula 331 do TST.

No julgamento do recursos interpostos contra a sentença, o TRT2 reafirmou os danos morais sofridos pela empregada terceirizada e manteve a condenação da tomadora de serviços, cuja responsabilidade subsidiária, segundo o acórdão regional, estaria “explicitada pelo inciso v da Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho”. Afirmou

também que “declaração de constitucionalidade do artigos 71 da Lei nº 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal (ADC nº 16) não legitima, por si só, a tese da inexistência de responsabilidade do recorrente, já que, como norma inferior, ela deve submissão ao princípio geral do § 6º do artigos 37 da Constituição, segundo o qual a Administração Pública responde pelos danos que causar a terceiros”. Acrescentou não haver incompatibilidade entre o art. 71 da Lei 8.666 e a responsabilização subsidiária da administração pública, decorrente de falha ou omissão no dever de fiscalizar a execução dos contratos firmados com as prestadoras de serviços terceirizados. Daí não se poder falar em declaração de inconstitucionalidade da referida norma, mas em sua interpretação, associada à “análise das circunstâncias do caso concreto.

Aos fundamentos declinados, o acórdão acrescentou:

Ainda que assim não fosse, na situação em apreço, as ofensas verbais foram proferidas [contra a autora] não apenas por empregados da empresa terceirizada, mas também pela própria preposta do tomador de serviços, Sra. Maria da Graça.

Ora, a responsabilidade civil pressupõe ato ilícito que, na situação enfocada, foi praticada pelo empregado do próprio tomador de serviços, que, na forma da regra inscrita no inciso iii do artigos 932 do Código Civil, é responsável de maneira objetiva pela ofensa de seu preposto.

Assim, como a responsabilidade pela reparação do dano é tanto do empregador como do tomador de serviços, emerge que o capítulo da sentença que condenou a pessoa jurídica de direito público de forma subsidiária não justifica alteração.

A petição inicial da reclamação requer a cassação do acórdão aludido, ao argumento de que a condenação subsidiária da administração pública, sem a efetiva demonstração da culpa, configura negativa

de vigência ao art. 71, § 6º, da Lei 8.666, em desrespeito à decisão vinculadora do STF na ADC 16.

A em. Relatora deferiu o pedido de liminar, tendo em vista “não constar do acórdão reclamado ato ou indicação de circunstância relacionada à execução e à fiscalização do contrato administrativo celebrado pela Administração Pública aptos a evidenciar culpa administrativa”.

3. Da solução

Parece adequado dividir a exposição do desfecho do caso em diversos tópicos.

3.1. Da evolução da jurisprudência do tema

A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em debate parece desenvolver-se até aqui em três etapas.

Na primeira delas, o Tribunal declarou, no controle abstrato de leis, a validade do art. 71 da Lei 8.666/1993, que afasta a responsabilização automática da pessoa jurídica de direito público, pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas exigíveis das empresas de mão de obra que contrate¹. Na mesma oportunidade, contudo, reconheceu a licitude de se lhe exigir o cumprimento de tais obrigações, sempre que

¹ADC 16, rel. Min. CESAR PELUSO: “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. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

demonstrada sua culpa na eleição ou na fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Assim, o STF passou a admitir a responsabilização subsidiária, quando houver o “reconhecimento de situação configuradora de culpa *in vigilando*, *in eligendo* ou *in omittendo* – Dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67)”². Consequentemente, o Tribunal passou a entender que “afronta a autoridade da ADC 16 e da Súmula Vinculante 10 acórdão de órgão fracionário de Tribunal que sustenta a responsabilidade da Administração em uma presunção de culpa – i. e., que condena o ente estatal com base no simples inadimplemento da prestadora”³.

Chega-se, por fim, à terceira e atual etapa da jurisprudência. O STF agora enfrenta casos nos quais a Justiça do Trabalho afirma a existência de culpa da administração, com mais ou menos elementos de prova. Esta reclamação se insere nessa terceira onda de casos.

3.2. Da necessidade de diferenciação de dois aspectos do problema: o material e o processual

A solução do problema parece depender de que se diferenciem seus dois aspectos: o de direito material e o de direito processual. Com alguma frequência ambas as coisas têm merecido tratamento conglobado pelas partes, com repercussões negativas no desfecho dos litígios.

² AgR na Rcl 14.947, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

³ Rcl. 16.846, rel. Min. ROBERTO BARROSO.

O julgado do STF na ADC 16 parece limitado ao aspecto de direito material do caso, a saber, à validade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, relativo à responsabilidade dos entes públicos pelo adimplemento de verbas trabalhistas de contratos de trabalho mantidos entre os prestadores de serviço com terceiros e o Estado. O Tribunal declarou a validade dessa regra de direito material, com sentido muito próprio⁴. A ementa do julgado é explícita no sentido de ali se tratar da “responsabilidade contratual” do poder público, afastada pela regra legal mencionada. Daí a conclusão pela “impossibilidade jurídica” da “transferência consequente e automática dos [...] encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração”. Ainda no plano do direito material, o STF entendeu que a culpa administrativa, por ação ou omissão, na eleição e na vigilância do contratado pode ter como consequência a imputação, ao Estado, dos ônus de sua conduta ilícita.

Paralelamente a isso deve ser considerado o plano do direito processual. Nesse sentido, a intervenção do em. Min. Gilmar Mendes no debate: “até pode ocorrer – Ministra Cármen já ressaltou –, num quadro [...] de culpa *in vigilando*, patente flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada, porque não tomou as cautelas de estilo. [...]. Mas não é o caso da rotina dos acórdãos do TST que nós temos visto”⁵.

⁴ A limitação temática desse assunto de direito material fica muito clara, na intervenção da em. Ministra Cármen Lúcia no debate verbal, ao notar: “a responsabilidade contratual da Administração Pública é uma coisa; a responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é esta e decorre do dano, é outra coisa. O Estado responde por atos lícitos, que são aqueles de contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então, são duas realidades. O § 6º do art. 37 da Constituição só trata da responsabilidade administrativa extracontratual”.

⁵ ADC 16.

O plano do direito processual envolve o problema da prova, desdobrado em duas questões. Dada a impossibilidade de instrução da reclamação ou de que ela seja empregada como recurso ordinário, deve-se saber, em primeiro lugar, o que se pode considerar como fundamento apto de decisões judiciais capaz de demonstrar a culpa administrativa. De outro lado, cumpre ver como se distribuiu o ônus da prova no julgado sujeito à reclamação, à vista, sobretudo, do princípio da oficialidade que rege os atos públicos e a comum hipossuficiência dos humildes prestadores de serviços, diante da onipotente máquina estatal de controle de contratos.

3.3. Da conjugação de ambos os aspectos na premissa maior para resolução do caso

A conjugação dos aspectos de direito material e de direito processual mencionados parece levar a algumas conclusões, que servem, por sua vez, de premissas maiores do silogismo conducente à solução dessa reclamação.

Do ponto de vista do direito material é certo que o mero inadimplemento de obrigações pelo empregador vinculado contratualmente à administração não basta para se caracterizar a responsabilidade do poder público pelo pagamento de verbas trabalhistas. Esse é o cerne da ADC 16. O acórdão que faça tal vinculação atenta contra a decisão proferida pelo STF no controle abstrato de constitucionalidade.

Já da perspectiva do direito processual, é preciso graduar o que se haverá de entender como prova suficiente da culpa. Aqui reside a maior dificuldade dessa série de casos, pela impossibilidade ou dificuldade extrema da generalização do que se pode entender como fundamento probatório apto a firmar a responsabilidade no acórdão recla-

mado. Cada caso pode ter configuração diversa. Apesar disso, devem ser considerados alguns pontos:

1. A administração pública rege-se pela regra da oficialidade, hoje constante do art. 22, § 1º, da Lei 9.784/1999, no plano federal, mas que encontra par nos estados e nos municípios, em similares regras gerais ou particulares de cada domínio administrativo, como o da licitação. Considerando-se o princípio da documentação de seus atos, é bastante simples ao poder público demonstrar os atos que afastam a culpa na eleição e fiscalização do contrato, até porque se cuida aí, sempre, de atos positivos.

2. Em contrapartida, os antagonistas do poder público nesses processos são frequentemente pessoas hipossuficientes, quer no aspecto econômico, quer no atinente à instrução formal; em geral, na combinação de ambos. Daí que a exigência da prova de fato negativo – consistente na omissão do poder público na eleição e na fiscalização dos atos estatais relativos ao contrato – há de considerar tais aspectos. Seria ilusória ou mesmo materialmente impossível exigir-se, de modestos empregados de empresas terceirizadas, que ponham em risco seus postos de trabalho e arrostem o temor reverencial em face das autoridades públicas, ao passarem a requerer o exame de livros e mais atos do poder público, na verificação mensal do cumprimento dos deveres das empresas contratadas. Acumulam-se aí, portanto, dificuldades de todas as índoles, que implicam a obstrução de direitos fundamentais de cunho social. É ponto pacífico que os direitos fundamentais abrangem evidentemente os aspectos positivos, isto é, da atribuição de faculdades a seus titulares de exigir prestações do Estado, mas também comportam dimensão negativa, a saber, a proibição de que

sejam eliminados⁶. Mas não apenas isso; o chamado *status negativo* desses direitos fundamentais abrange a “vedação de obstrução”⁷, entendida como a proibição de que determinado processo ou determinada organização seja de tal forma constituída, que torne a realização do respectivo direito fundamental impossível ou a dificulte substancialmente⁸.

Eventual obstrução de direitos fundamentais deve ser detidamente considerada, na fundamentação dos julgados trabalhistas, na medida em que o STF, na ADC 16, não afastou, de todo, a responsabilidade estatal, mas apenas disse que haveria de ser provada a culpa, da qual deriva.

3. É claro, de outro lado, que, ao Estado, deve ser dada a oportunidade de apresentar os referidos documentos, quando não imposta sua apresentação, como a parte detentora de amplas facilidades instrutórias mencionadas. A simplicidade de o Estado apresentar a prova de que não agiu com culpa não exime o juízo trabalhista de lhe facultar ou mesmo determinar a exibição dos documentos. Passar imediatamente da não apresentação voluntária, sem a estimulação probatória judicial, para a presunção de culpa é intento vedado já pelo efeito vinculatório da decisão na ADC 16.

4. Para encerrar o rol de aspectos processuais do caso, embora talvez seja aquele que, na prática, antecederá os demais, a reclamação

⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. I. Aufl., Suhrkamp, 1994, p. 435.

⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: CF Müller, 2006, Band 2., p. 993-1029 (p. 1002, nº 22, e p. 1008, nº 39).

⁸ *Idem*, p. 1002, nº 22.

exige do interessado na cassação do ato judicial a prova de seus pressupostos. Isso significa, nessa espécie de caso, em fazer ver que a sentença desconsiderou todos os dados anteriormente declinados, para impor a responsabilidade automática do poder público, em função apenas do descumprimento, pela empresa privada contratada, de seus deveres trabalhistas.

Esse dado parece importante, pois o STF já asseverou o “caráter soberano do pronunciamento das instâncias ordinárias sobre matéria fático-probatória” e a “consequente inadequação da via processual da reclamação para exame da ocorrência, ou não, do elemento subjetivo pertinente à responsabilidade civil da empresa ou da entidade pública tomadora do serviço terceirizado”⁹.

3.4. Da aplicação das premissas anteriores ao caso

No caso, embora tenha invocado a culpa da reclamante, o acórdão reclamado prescindiu da indicação dos elementos configuradores de suposta falha no dever de fiscalizar a prestadora de serviços, quanto ao adimplemento de suas obrigações como empregadora, aí incluída a obrigação de zelar pelo respeito entre seus empregados. Não há dúvida de que, ao presumir simplesmente a culpa da tomadora de serviços, o acórdão reclamado nada mais fez do que lhe transferir automaticamente as obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, em desrespeito à declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, que veda expressamente tal procedimento.

⁹ Rcl 17.618 AgR, rel. Min. CELSO DE MELLO.

A afronta ao julgado vinculador do STF não autoriza, contudo, a cassação do acórdão reclamado, que subsistirá pelo fundamento autônomo, cuja validade não comporta análise nesta reclamação.

Bem ou mal, o TRT2 também afirmou a responsabilidade objetiva da reclamante, decorrente de ato ilícito praticado por servidora integrante de seu quadro de pessoal, nos termos do art. 37, § 6º, da CR. Nos termos do acórdão, “as ofensas verbais foram proferidas [contra a autora] não apenas por empregados da empresa terceirizada, mas também pela própria preposta do tomador de serviços, Sra. Maria da Graça”. E finaliza: “a responsabilidade civil pressupõe ato ilícito que, na situação enfocada, foi praticada pelo empregado do próprio tomador de serviços” que, por esse motivo, “é responsável de maneira objetiva pela ofensa de seu preposto”.

Embora a responsabilidade objetiva da administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não seja tema afeto à competência da Justiça do Trabalho, fixada no art. 114 da CR, esse vício não poderá ser aqui tratado. Desse modo, a presente reclamação deverá ser julgada procedente, em parte, apenas para afastar do acórdão reclamado, o fundamento atentatório à autoridade da decisão vinculadora proferida na ADC 16.

4. Conclusão

O Ministério Público Federal opina pela procedência parcial da reclamação.

Brasília, 6 de outubro de 2015.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República