



02 w

**PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE  
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ADC 16-9

**O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**, pelos Procuradores *in fine* assinados, com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea *a*, e 103, inciso V, da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, vem, à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**

(com pedido de providência cautelar)

em face do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, pelos fundamentos a seguir expostos.

**I. A REDAÇÃO DO DISPOSITIVO INDICADO**

O dispositivo objeto da presente ação declaratória é o artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na redação dada pela Lei Federal nº 9.032/1995. Confira-se o teor da norma:

**Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.**

03

**§ 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 1995)**

Por sua vez, o artigo 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, determina a aplicação da norma à Administração Direta e Indireta do Distrito Federal. Observe-se:

**Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

**Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.**

A norma objeto da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, a despeito de sua constitucionalidade evidente e manifesta, tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado, a saber:

## ENUNCIADO 331 TST

**IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93). (Res. 23/1993 DJ 21-12-1993)**

OH

Daí a necessidade da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade e das providências aqui solicitadas, por o artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 encontrar-se com a presunção de constitucionalidade relativizada, diante das constantes negativas de vigência que a norma tem sofrido por parte da magistratura laboral.

Por sua vez, a demonstração da satisfação dos requisitos processuais relativos ao ajuizamento da Ação, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir, que obedecerá ao roteiro por ora mencionado.

### I – PRELIMINARMENTE

#### A) LEGITIMAÇÃO ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Inicialmente, a legitimação ativa para ajuizar a Ação Declaratória de Constitucionalidade era bastante limitada. No entanto, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 garantiu aos mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade o direito de também proporem a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Assim, expressamente, o Governador do Distrito Federal está previsto como detentor de inequívoca legitimação ativa para ajuizar a ADC, nos termos do artigo 103, inciso V, da Constituição Federal.

A pertinência temática, por sua vez, também é manifesta. A norma cuja constitucionalidade se pretende declarar aplica-se indistintamente a todos os entes da federação, como norma geral a disciplinar as licitações e os contratos realizados pelo

Poder Público. No entanto, os sucessivos questionamentos que são feitos em relação à sua eficácia promovem a insegurança jurídica e geram decisões judiciais díspares, instalando o caos na sociedade e impedindo que os entes federativos realizem contratações de obras e serviços de maneira eficiente. Nesse sentido, atinge diretamente as licitações e contratações realizadas no âmbito do Distrito Federal.

05

Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADC.

## **B) CABIMENTO DA ADC**

A Lei nº 9.868/99, que dispôs sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, concretizou a previsão constitucional inserta no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, a saber:

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

**I – processar e julgar, originariamente:**

**a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;**

A ADC, nessa linha, funciona como uma ação autônoma, nos moldes das demais ações diretas submetidas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, por via das quais se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada por parte da Corte Maior. A nota essencial a distinguir a ADC das demais formas de controle concentrado de constitucionalidade reside justamente no fato de que, sem embargo da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, em algumas situações a questão se torna tão controvertida que se faz imperioso recorrer-se ao Supremo Tribunal Federal a fim de sanar a controvérsia judicial instalada.

Nesse diapasão, a ADC funciona como verdadeiro mecanismo para que a Corte Maior reconheça a compatibilidade entre o artigo 71, §1º, da Lei Federal nº



8.666/93 e a Constituição Federal, objetivando afastar a incerteza jurídica que assola o Judiciário do País, além de estabelecer uma orientação homogênea acerca da matéria. Bem averbou a importância da ADC o ministro Néri da Silveira, quando do julgamento da ADC nº 1/DF:

Ob

**“[A ADC busca] tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário, em abstrato, sobre a validade ou não de lei ou ato normativo federal, evitando-se, pois, se prolonguem no tempo, com prejuízo à Justiça, as dúvidas sobre a constitucionalidade da norma, com autêntico tumulto nos Juízos e Tribunais que houverem de aplicá-la, pelo volume de demandas e divergências, em torno do mesmo tema”.**

Por oportuno, ressalte-se que a Lei nº 9.868/99 veio reforçar, no direito brasileiro, a tendência de priorizar-se a jurisdição constitucional abstrata e concentrada, na tentativa de pôr fim a inúmeras demandas individuais, subjetivas e concretas absolutamente idênticas, cujos resultados, muitas vezes conflitantes, apenas induziriam à desordem social e à insegurança jurídica. Nesse sentido, importante destacar trecho da decisão proferida pelo ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da ADC nº 1/DF:

**“Esta convivência [entre o sistema difuso e o sistema concentrado] não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”.**

Por outro lado, impende ainda destacar a existência de dois pressupostos fundamentais para o cabimento da ADC: (i) ato normativo federal; (ii) controvérsia judicial relevante. Confira-se, a seguir, a demonstração da satisfação, à sociedade, de

cada um dos pressupostos mencionados, na hipótese dos presentes autos.

07

**(i) Ato normativo federal**

Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, podem ser objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade lei ou ato normativo federal. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, entende-se por ato normativo aquele que, independentemente do invólucro, possua fundamento de validade direito da Constituição. É o caso, portanto, da Lei Federal nº 8.666/93, a qual surgiu no Ordenamento Jurídico pátrio em obediência ao artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, a saber:

**Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
XXVII – normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;**

**(ii) Controvérsia judicial relevante**

Inúmeras são as decisões conflitantes sobre o tema no Judiciário brasileiro. De um lado, são proferidas decisões judiciais no sentido de que o artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 apenas responsabiliza a empresa contratada pela Administração pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, de maneira que o Poder Público estaria isento de qualquer responsabilidade<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Nessa toada, confira-se com as ementas dos seguintes acórdãos anexados, todos na linha de que inexistente a responsabilização subsidiária da Administração Pública, em concordância com o art. 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93: **TRT 7º Região. Processo nº 01056/2003-007-07-00-9. Relator: Antonio Carlos Chaves Antero. Ementa:** “Responsabilidade Subsidiária. CE. Inexistência. Tomador de Serviços. Licitação. Responsabilidade Subsidiária. Inexistência. Uma vez que não há previsão legal, os débitos trabalhistas da empresa contratada via licitação pública não podem ser atribuídos ao integrante da Administração Pública”; **TRT 7º Região. Processo nº 00309/2002-003-07-00-0. Relator: Arízio Eduardo de Castro. Ementa:** Responsabilidade Subsidiária. Inexistência. Inexiste responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelos débitos trabalhistas da prestadora, sem prova de insolvência desta. Recurso conhecido, mas não provido; **TRT 7º Região. Acórdão nº 934/01. Relator: Antonio**

Por outro lado, a partir de uma visão *criadora* do Direito, diversos juízes e tribunais passaram a afirmar em suas decisões e acórdãos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas, em total contrariedade ao comando normativo imposto pela Lei Federal nº 8.666/93, negando vigência, portanto, ao artigo 71, §1º, da lei mencionada.

Dessarte, a sacramentalização da controvérsia judicial relevante em relação à validade do artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 veio com a edição do Verbete nº 331, especialmente o inciso IV, da súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho, na medida em que tal Verbete nega vigência ao artigo 71, §1º. Confira-se:

#### TST Enunciado nº 331

**I - A contratação 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 03-01-74).**

**II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).**

**III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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**

---

**Carlos Chaves Antero. Ementa:** Responsabilidade Subsidiária. Inexistência. Inexiste responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos trabalhistas da prestadora de serviços. TRT 12ª Região. ROV 02282200504912003. **Ementa:** Responsabilidade Subsidiária. Administração Pública. Havendo regular contratação, por via de licitação, e cumprimento dos termos dos contratos administrativos, não há como reconhecer a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou até mesmo a responsabilidade objetiva do ente municipal tomador dos serviços sobre os créditos trabalhistas de suas contratadas.

**constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)**

09 ✓

Eis, em suma, a balbúrdia jurídica em que se encontram os operadores do direito quanto à aplicabilidade, ou não, da responsabilidade subsidiária do Poder Público em relação ao descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada mediante licitação. Somente a atuação enérgica do Supremo Tribunal Federal poderá pôr fim a esse descalabro judicial, trazendo paz onde agora impera o conflito.

Assim, a presente Ação Declaratória de Constitucionalidade se justifica plenamente na medida em que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 encontra-se com a presunção de constitucionalidade enfraquecida, diante da edição do Verbete nº 331, especialmente o inciso IV, da súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho. Necessária a intervenção da Corte Maior para restabelecer a força normativa do artigo 71, §1º, determinando a abstenção de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica pela Corte conferida.

## **II – NO MÉRITO: A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 71, §1º, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93.**

Como visto, por meio do artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93, determina-se que ao contratado pela Administração Pública, mediante licitação, é que devem recair os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. É bem verdade que o §2º do mesmo dispositivo determina a responsabilização solidária do ente público com o contratado, em se tratando dos débitos previdenciários. Mas, no que concerne aos débitos trabalhistas, a lei é clara ao dispor que não há responsabilidade por parte do ente estatal.

Nessa seara, a norma objetiva resguardar a administração pública, a qual, após haver tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei, relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e



jurídica da empresa a ser contratada, não pode ser responsabilizada pelo dano que não produziu e em relação ao qual, diligentemente e nos termos da lei, tentou evitar.

10

Obviamente, o Poder Público, mesmo após todos os cuidados necessários anteriores à contratação não se desincumbe do dever de fiscalizar a execução da obra e/ou do serviço, para tanto nomeando um servidor especificamente para tal mister - o executor do contrato, nos termos previstos pelo artigo 67, da Lei Federal nº 8.666/93:

**Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.**

**§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.**

**§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.**

No entanto, em que pese a Administração Pública envidar todos os esforços para bem fiscalizar a execução da obra e/ou a prestação do serviço, e haver diligenciado da forma prevista em lei para poder proceder à contratação, o inciso IV, do Enunciado 331 pretende, na verdade, realizar uma responsabilização objetiva do Poder Público, adotando-se, para tanto, a teoria do risco integral, no qual basta existir o dano para exsurgir a necessidade de o Poder Público reparar, ainda que para tanto não tenha dado causa e ainda que tenha tentado a todo custo evitar sua insurgência.

O inciso IV do Enunciado ofende, assim, a norma prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, na medida em que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado no Brasil deriva da teoria do risco administrativo, em que existem algumas



excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima e a constatação de força maior e caso fortuito. Na hipótese, a excludente da responsabilidade se faz imperiosa porquanto as obrigações trabalhistas deverão incidir apenas para as empresas contratadas pela Administração, que terão toda a culpa pela sua inadimplência.

Com efeito, a prevalecer o entendimento hodierno praticado pelo Tribunal Superior do Trabalho, haverá clara violação aos princípios da *legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, caput, inciso XXI, e §6º, da Constituição Federal)*.

O princípio da legalidade, positivado por meio do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e corolário do Estado de Direito, consubstancia-se na previsão de que os indivíduos somente têm o dever de se submeterem às restrições impostas pela lei, formalmente e materialmente constitucional. Nessa linha, há de se distinguir que a submissão ao princípio da legalidade funciona de maneira diferente, na seara do Direito Privado e na órbita do Direito Público.

Com efeito, no âmbito do Direito Privado, aos indivíduos é permitido fazer tudo aquilo que a lei não os proíba, é a prevalência do princípio da liberdade da atuação do particular. No entanto, de maneira diferente, o princípio da legalidade não só norteia a atuação da Administração Pública como também a condiciona, uma vez que ao Poder Público só é dado fazer aquilo que estiver previsto em lei. Trata-se, em suma, da aplicação do princípio da legalidade na Administração - artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Sem expressa previsão legal no sentido de permitir determinada atuação, o Poder Público simplesmente não pode agir.

Desse modo, os requisitos para participar da licitação somente podem ser aqueles expressamente exigidos em lei. Da mesma forma, também os pressupostos para a contratação com o Poder Público decorrem de previsão legal expressa. Tal fato advém

da conformação da Administração Pública a dois princípios: o da indisponibilidade do interesse público e o da legalidade. Vejamos.

12

Sobre o primeiro princípio, valemo-nos das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando este afirma:

**“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. É sempre oportuno lembrar a lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre (...) ‘Administração é a atividade de quem não é senhor absoluto’. Diz ele, com invulgar felicidade, que ‘Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir’. O mestre gaúcho pondera acertadamente que ‘a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros’. Em suma, o necessário – parece-nos- é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”<sup>2</sup>.**

Dessa forma, à Administração não é permitido agir da maneira como bem entender, ao livre alvedrio. Sua atuação se conforma e se submete à lei. Nessa linha, de nada adiantaria o Estado Brasileiro se auto-proclamar um Estado Democrático de Direito se não atendesse às características que lhe são fundamentais, bem

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 65.

13

explicitadas em magistral trabalho do professor espanhol Elias Díaz<sup>3</sup>: o **Império da Lei** – a lei como expressão da vontade geral; a **Divisão de Poderes**; a **Legalidade da Administração** – atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; os **Direitos e Liberdades Fundamentais** – como garantia jurídico-formal e a efetiva realização material.

Observa-se, desse modo, dentre os pilares do Estado de Direito situa-se a submissão da Administração Pública à legalidade e, nesse sentido, a subordinação da Administração ao Princípio da Tripartição de Poderes. Nessa linha, já afirmou Seabra Fagundes, “Administrar é aplicar a lei, de ofício”<sup>4</sup>, no que é corroborado pelos mais ilustres doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, quando este explica: “O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito; é uma consequência dele. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, em consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal...”

Verifica-se, dessa forma, a impossibilidade de se exigir do Poder Público uma atuação diferente, no que concerne aos requisitos a serem cumpridos pelas empresas quando estas forem participar das licitações e contratações com a Administração. Por mais diligente e operante que o Poder Público seja, encontra limites de atuação nos termos previstos na lei. Assim, por total falta de disposição normativa, o Poder Público não pode exigir documentação diversa da longa lista prevista nos artigos 27 e seguintes, da Lei Federal nº 8.666/93, nem antes, nem depois da contratação. Não pode, por exemplo, exigir certidão negativa da fiscalização do trabalho, certidão negativa de débitos trabalhistas e tantos outros documentos quantos forem necessários

<sup>3</sup> DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus: Madrid, 1998. p. 44 e ss.

<sup>4</sup> FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90 e 91.

14  
para comprovar a idoneidade da empresa em relação aos encargos trabalhistas, por absoluta falta de previsão legal.

Nesse diapasão, ainda de acordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, quaisquer restrições à competitividade entre os licitantes só serão admitidas se forem adequadas e extremamente necessárias ao cumprimento do futuro contrato. Por aplicação do artigo 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Carta Maior, os requisitos para habilitação dos interessados devem estar previstos em lei no sentido formal. Desse modo, como se poderia exigir que à Administração Pública fosse dado o poder investigatório de realizar auditorias preventivas na empresa a ser contratada, a fim de analisar o estrito cumprimento de todos os direitos trabalhistas, se o Poder Público somente pode atuar por expressa previsão legal? E mais! Se o administrador público atuasse de maneira diversa, inserindo requisitos não previstos em lei para que as empresas participem das licitações, terminaria por ser fatalmente responsabilizado, ainda que sob o falso argumento de direcionar as licitações.

Assim, totalmente desarrazoada e descabida é a linha de interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho para a responsabilização subsidiária do Poder Público no que concerne aos débitos trabalhistas. Em vez de proteger o trabalhador, essa hermenêutica termina por resguardar as empresas fraudulentas, transferindo o ônus para o Estado, como se este fosse de fato o Segurador Universal da Humanidade.

Nessa toada, recomenda-se a leitura do importante texto do ministro Gilmar Ferreira Mendes: *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?*<sup>6</sup>. Pela importância do artigo para a discussão do presente caso, transcrevem-se trechos do pensamento do professor. Confira-se:

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

15

“Algumas práticas interpretativas no Direito conduzem a equívocos notáveis, nos quais uma visão parcial do problema compromete a correta aplicação das Leis e da Constituição. Entretanto, os equívocos passam a não mais ser aceitáveis quando assumem uma feição de patologia institucional. É o que vem ocorrendo, desde há alguns anos, no tocante à interpretação das regras jurídicas referentes à responsabilidade civil do Estado. O Direito brasileiro, como é sabido por todos, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade civil sabe que não. Porém, alguns de nossos juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexo causal. A esse respeito, alguns exemplos podem indicar a dramaticidade do problema, que não se restringe a discussões meramente acadêmicas – ao contrário, tratam do próprio núcleo do interesse público.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 220.999, corrigiu uma dessas perplexidades. A hipótese, em resumo, era de uma empresa que pleiteava ressarcimento por cessação de lucros decorrentes da interrupção do escoamento de sua produção após a suspensão da prestação de serviço de transporte fluvial pela sociedade de economia mista federal FRANAVE. Para o espanto de todos, a decisão de 1ª instância, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendia que a União tinha o dever de manter em funcionamento a sociedade, mesmo que não houvesse qualquer previsão legal a respeito, nem obrigação de continuidade dos serviços entre a FRANAVE e a autora da ação. Pior, a decisão funda-se num misto de responsabilização da União pela edição de atos legislativos referentes à possibilidade de cessão dos bens da

FRANAVE para os Estados e Municípios no processo de desestatização e responsabilização pela desativação da empresa, acusada como omissão da União. Em última análise, o que pleiteava a empresa era o direito ao lucro garantido, a ser custeado pelo Estado.

Graças à atuação diligente da Procuradoria da União em Pernambuco, o STF fez o bom senso voltar aos autos, corrigindo grave e lamentável equívoco do TRF da 5ª Região ao interpretar de forma precisa o nexo causal exigido para a apuração da responsabilidade.

Não paremos por aí. As companhias aéreas, beneficiárias de extensos estímulos e subvenções em determinado período, pleiteiam ressarcimentos por parte da União, em razão de supostas defasagens nas tarifas aéreas decorrentes de planos econômicos. Também os empresários do setor sucro-alcooleiro pretendem ser ressarcidos pela União por supostos prejuízos ocorridos no período compreendido entre março/85 e outubro/89, decorrentes da política econômica adotada pelo Governo Federal para o setor. Naquele período, o extinto Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA era encarregado de definir os preços, tendo por subsídio levantamento de custos médios efetuados pela FGV. O fundamento das decisões judiciais é a infundada ilicitude decorrente da violação da Lei nº 4.870/65, pois o IAA não reconhecia caráter vinculante aos levantamentos da FGV, e essa equivocada presunção de ilícito determinou a incidência de correção monetária e juros desde a data da suposta lesão a direito. Em verdade, essas decisões violaram a Lei nº 4.870/65, bem como o DL nº 2.335/87 e a Lei nº 7.730/89 (oriunda da MP nº 32/89), que legitimavam a fixação dos preços pelas autoridades públicas ou determinavam congelamentos de preços.

O cortejo de aberrações não termina, e esses pleitos, pulverizados dentro da brutal massa de processos judiciais em curso, passam despercebidos, arruinados freqüentemente em laudos e pareceres técnicos de duvidosa idoneidade. Alguns juízes entendem que

17

estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente. Por mais que se faça um pretensu 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. A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretenderiam alguns privilegiados encontrar numa atuação global do Poder Público um nexo de causalidade com eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos. É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, freqüentemente, obscurantistas. O que tem ocorrido, lamentavelmente, é a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios, e os casos aqui abordados representam apenas parcela das conspirações sectárias que se fazem hoje para cooptar o interesse público para a defesa de interesses obscuros e injustificáveis. A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira.

Por sua vez, a transferência da responsabilidade para o Estado não terá o viés de acabar com o instituto da Terceirização, prática esta que embora desprezada por



grandes autores do Direito do Trabalho, é uma realidade que se impõe e que atende às mais diversas necessidades de eficiência na atual economia globalizada e complexa. Nessa linha, a terceirização consolida a modernização das cadeias produtivas, a necessidade crescente de especialização e de eficácia para a realização do trabalho. A terceirização, no âmbito da Administração Pública, também decorre da necessidade imperiosa de reservar apenas as funções típicas de Estado aos servidores públicos, celetistas ou estatutários. Diminui-se o papel do Estado para que este se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade.

Com efeito, a crescente complexificação das funções estatais e administrativas, aliada à necessidade de boa prestação do serviço, funciona como fatores propulsores para que o Estado confie a outros sujeitos a realização dos seus próprios fins. Inicialmente, houve a criação de pessoas jurídicas diversas para atender à consecução de determinados serviços públicos. Conferiram-se a tais entes - autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas - autonomia financeira, administrativa e gerencial, para que pudessem melhor desenvolver as atividades às quais foram destinados. Em passo seguinte, entes privados foram chamados para atuar em parceria com o Estado. É a chamada terceirização, ou Parceria Público-Privada em sentido lato, que se encontra atualmente em larga expansão.

Desse modo, a prática da terceirização de alguns serviços, máxime os que não se enquadram na atividade-fim dos diversos órgãos públicos, reside tanto no interesse do Poder Público em não ampliar o quadro de servidores, como também na tentativa de implementação dos princípios da eficiência e de gestão de resultados, próprios da atividade empresarial. Tais condutas encontram-se respaldadas em diversas leis. Originalmente, por meio do artigo 10, §7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 previa-se que:

**Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.**

19

**§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.**

Por sua vez, atualmente a legalidade da terceirização no âmbito da Administração Pública decorre de diversas previsões normativas, como a Lei Federal nº 8.666/93, por meio da qual se fundamentou o contrato firmado entre a administração pública e suas prestadoras de serviços, além das Leis nº 9.637/99, 9.790/99, 11.079/2004, as quais expressamente previram a participação de entes privados nas parcerias com o Estado.

Assim, em que pese a Justiça do Trabalho pretender proteger o hipossuficiente, qual seja, o trabalhador, a atuação dos magistrados não pode ser realizada ao arrepio da lei. Nessa órbita, o Enunciado nº 331 foi além de simplesmente unificar a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho, atuando como verdadeiro órgão criador do direito, na medida em que se insurgiu contra o legislador positivo, negando validade ao comando normativo inserto no artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Contrariou, assim, também o princípio da Separação de Poderes, concretizador da idéia Republicana e Democrática de governo.

Nessa órbita, comentando o inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST, o ilustre professor Sérgio Pinto Martins manifesta-se totalmente contrário à idéia de responsabilização subsidiária do ente público, nos termos a seguir transcritos<sup>7</sup>:

**“A nova redação do inciso foi decorrente do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no Processo TST-IUJ-RR-297.751/96, sendo que a decisão foi unânime.**

<sup>7</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 135.

20

**Entretanto, não foram indicados os precedentes do verbete. Da resolução não consta que houve a declaração de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666 ou de seus parágrafos. Logo, pode-se dizer que não é inconstitucional. Penso que a nova redação do inciso IV do Enunciado 331 do TST, ao tratar da Administração Direta e Indireta, é ilegal, por violar expressamente o art. 71 da Lei nº 8.666, atribuindo responsabilidade subsidiária a quem não a tem, além de haver expressa exclusão da responsabilidade trabalhista na lei de licitações”.**

Dessarte, a aplicação do entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho implica ofensa ao princípio da legalidade, ao princípio da ampla participação nos certames públicos e também ao princípio da Tripartição de Poderes, por atuar de forma contrária à expressa determinação legal.

Por outro lado, afigura-se totalmente desarrazoada a tentativa de, por meio de um enunciado de súmula, pretender-se obrigar a Administração Pública à análise minuciosa e diuturna quanto à anotação na carteira de trabalho de todos os direitos trabalhistas de todos os empregados da empresa vencedora da licitação, bem como a verificação se a empresa procede ao pagamento das horas extras, ao pagamento de adicionais, de horário noturno, do depósito de FGTS. Em suma, afigura-se completamente desarrazoado exigir que a Administração Pública proceda à conferência exaustiva e detalhada quanto ao adimplemento de todos os direitos trabalhistas de todos os empregados da empresa contratada, sob pena de depois ter de responder por eventual direito sonegado. Além do que, a prevalecer o entendimento do TST o procedimento para contratação de empresas terceirizadas pode se tornar tão custoso que chegará mesmo a inviabilizar qualquer licitação que venha a ser realizada, ou triplicar os gastos do Poder Público com o certame ou com a execução do contrato.

Dessa maneira, jamais a criação de um dever para o Erário poderia advir, originariamente, de uma previsão inserta em um Enunciado de súmula de jurisprudência dominante de Tribunal Superior, ainda mais se considerarmos a obrigação desmesurada e desproporcional criada para a Administração Pública.

21

Não se pode deixar de reconhecer que o dilema concernente à inovação normativa por meio de um enunciado de súmula de jurisprudência dominante envolve também a discussão relativa à teoria de legitimação democrática quanto ao procedimento. Decerto, a lei é a expressão da vontade geral e sua criação se legitima por haver sido votada pelos representantes do povo, eleitos democraticamente. Bem resume o dilema o professor espanhol Garcia de Enterría, quando afirma: "A essência da lei é o seu caráter supremo na criação do Direito. É óbvio que tal qualidade não pode ser reconhecida a uma norma inferior. A lei retira a incondicionalidade de seu conteúdo (nos termos da Constituição) e a irresistibilidade de sua eficácia pela legitimação, por expressar a vontade da comunidade<sup>8</sup>". Assim, um enunciado de súmula de jurisprudência dominante de Tribunal não se expressa por uma hipotética vontade geral, senão que é uma simples decisão judicial, que o Tribunal Superior do Trabalho achou por bem dar expressão de continuidade, transformando-a em enunciado.

Observa-se, desse modo, que apenas a lei em sentido formal poderia impor obrigações à Administração Pública e restringir direitos dos particulares. Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade condiciona a atuação do Estado, que não pode agir discricionariamente. No caso concreto, pretender fazer justiça com os escassos recursos públicos viola, a mais não poder, o princípio da legalidade na Administração. Por outro lado, tal medida nem sequer se revela pedagógica, uma vez que as empresas contratadas passarão a se despreocupar com o cumprimento dos direitos trabalhistas, haja vista a possibilidade de posterior responsabilização do Poder Público.

Não nos esqueçamos de que o prejuízo assumido pelo Estado é um ônus atribuído e suportado por toda a sociedade. A título de exemplo, somente no ano de 2006, no Distrito Federal, as condenações subsidiárias da Administração Pública resultaram um aporte de R\$ 1.123.752,36 (um milhão, cento e vinte e três mil, setecentos e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos) (conforme documento

---

<sup>8</sup> ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1993, volume I, p. 167. Tradução livre.

anexo), valor este que deixou de ser aplicado no aperfeiçoamento da educação pública, do saneamento urbano, de hospitais, de programas sociais os mais diversos. Em suma, na ótica de alguns magistrados, é lícito que o Estado deixe de investir na concretização de direitos fundamentais, pertencentes a todos, para poder financiar os débitos de determinadas empresas. Tal hermenêutica, por sua teratologia, precisa ser de todo rechaçada pelo Guardião da Carta Maior, o Supremo Tribunal Federal.

22

### III – Pedido Cautelar

No curso da argumentação desenvolvida nesta peça, demonstrou-se, de maneira inequívoca, a presença do *fumus boni iuris*. As razões até aqui expostas evidenciam, com conforto, a validade do comando normativo inserto no artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nada obstante, e como já descrito, a norma tem sofrido ampla impugnação, com a produção de diversas decisões judiciais e acórdãos afastando sua incidência.

Por sua vez, quanto ao *periculum in mora*, note-se que tramitam perante as diversas Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e perante o Tribunal Superior do Trabalho milhares de ações judiciais sobre a aplicação, ou não, da responsabilidade subsidiária do Poder Público em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas. O cumprimento de algumas decisões judiciais tem gerado gravíssimos prejuízos para a Administração Pública local.

Assim, para que as licitações públicas e as contratações posteriores possam continuar a ter curso no Distrito Federal sem percalços jurídicos, faz-se mister a declaração liminar de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, para o fim de:

- (i) determinar que os juízes e Tribunais suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST, até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de



proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia do artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93; e

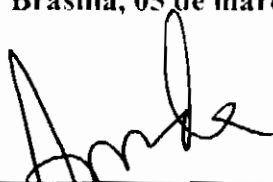
- (ii) suspender, com eficácia *ex-tunc*, os efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação do artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 ou que tenham aplicado o inciso IV, do Enunciado nº 331, da Súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho.

#### IV. Pedido principal

Por todo o exposto, depois de conhecida a presente ação, apreciada a cautelar pleiteada e ouvido o Procurador-Geral da República, o Governador do Distrito Federal requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que este Supremo Tribunal Federal declare a constitucionalidade, em caráter definitivo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, do artigo 71º, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93.

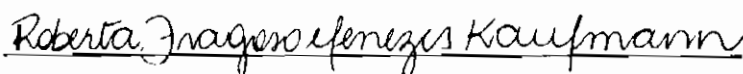
Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 05 de março de 2007.



---

**JOSÉ ROBERTO ARRUDA**  
**GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**



---

**ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN**  
**PROCURADORA DO DISTRITO FEDERAL OAB Nº 22.072/DF**



---

**LUIZ LUCAS DA CONCEIÇÃO**  
**SUBPROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**