

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito
Faculdade de Direito

Mila Batista Leite Corrêa da Costa

**TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
esteios de sustentabilidade e ressignificação**

Belo Horizonte
2012

Mila Batista Leite Corrêa da Costa

**TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS
NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
esteios de sustentabilidade e ressignificação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Adriana Goulart de Sena Orsini

Belo Horizonte
2012

C837 t Costa, Mila Batista Leite Corrêa da
Tutela e efetividade dos direitos trabalhistas no procedimento
licitatório: esteios de sustentabilidade e ressignificação / Mila
Batista Leite Corrêa da Costa. - 2012.
250f

Orientadora: Adriana Goulart de Sena Orsini
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito

1. Direito do Trabalho – Teses 2. Direito Administrativo – Teses
3. Licitação 4. Trabalhador - Proteção I. Orsini, Adriana Goulart de
Sena II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito
III. Título.

CDU 331: 351.712.2

Mila Batista Leite Corrêa da Costa

**TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS
NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
esteios de sustentabilidade e ressignificação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutora Gabriela Neves Delgado
Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias
Universidade Fumec

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2012.

À minha mãe, Márcia Helena Batista Corrêa da Costa,
a quem acompanho, silenciosamente, do vestibular ao pós-doutorado,
dedico mais um trabalho dessa roda viva, por tanto amor, respeito e carinho,
por tantas afinidades, por ser minha maior prenda e referência intelectual.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Minas Gerais, minha morada, desde a graduação, e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq –, pelo estímulo à vocação, à pesquisa e à docência.

Aos professores da Faculdade Livre de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pela honra de fazermos parte, compartilhadamente, por 120 anos, da tradição de uma instituição que compõe a própria história de Minas.

Aos professores Élide Graziane, Florivaldo Dutra de Araújo e Marco Aurélio de Barcelos Silva, pelo auxílio constante nas vertentes administrativistas. Ao Dr. André Gomes do Amaral, Dra. Adriana Augusta de Moura Souza e à colega Paula Gabriela Lima, por toda a ajuda e incentivo para o delineamento de nova abordagem sobre o tema.

Aos professores Antônio Álvares da Silva, pela amizade e respeito, Gabriela Neves Delgado, pela inspiração e paixão pelos temas trabalhistas, e Márcio Túlio Viana, pelo legado humanizante e sensível vertido ao Direito do Trabalho.

Às professoras Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Mônica Sette Lopes e Maria Coeli Simões Pires, por serem meu “Paulo Neves de Carvalho”: Miracy, do compartilhamento de percepções das coisas do mundo; Mônica, dos textos que tocam e palavras de acalento; Maria Coeli, minha interlocutora querida, pelo resgate da paixão pelo Direito Administrativo mas, essencialmente, pela compreensão verdadeira e sentida de tantas sinuosidades.

À minha orientadora, professora Adriana Goulart de Sena Orsini, por todos os anos de companhia, construção e diálogos muitos – na Academia e na vida –, por quem tenho grande respeito e admiração.

À Maria Elisa Braz Barbosa, minha querida chefe – porque sempre será –, pelo pertencimento: o que há de mais urgente.

Ao meu noivo, Lucas Moraes Martins, pelo cuidado, carinho e compreensão na construção diária da rotina e desse texto: a Academia é desejo de uma vida.

Aos meus pais: pai de labutas e de muito amor, e mãe, professora vocacionada, devota da busca incessante pelo conhecimento. À minha família, pelo olhar sensível e honesto para o mundo, família de apego a tradições tantas e que incutiu em mim o desejo de manutenção dos gestos relevantes do cotidiano. À prima Larissa Tredezini, irmã de tanto cuidado, e, em especial, aos meus avós, Olímpia Guimarães Batista e Elísio Batista Leite, por tomarem para si, desde o instante mesmo em que existi, o processo de construção dos muitos sentidos, não muito simples, de ser Mila.

Em nosso tempo, obra verdadeiramente definitiva e importante é sempre obra de especialista. Conseqüentemente, todo aquele que se julgue incapaz de, por assim dizer, usar antolhos ou de se apegar à idéia de que o destino de sua alma depende de ele formular determinada conjetura e precisamente essa, a tal altura de tal manuscrito, fará melhor em permanecer alheio ao trabalho científico. Ele jamais sentirá o que se pode chamar a “experiência” viva da ciência. Sem essa embriaguez singular, de que zombam todos os que se mantêm afastados da ciência, sem essa paixão, sem essa certeza de que “milhares de anos se escoaram antes de você ter acesso à vida e milhares se escoarão em silêncio” se você não for capaz de formular aquela con-jetura; sem isso, você não possuirá *jamais* a vocação de cientista e melhor será que se dedique a outra atividade. Com efeito, para o homem, enquanto homem, nada tem valor a menos que ele *possa* fazê-lo *com paixão*.
(Max Weber)

RESUMO

A licitação, clássico instituto do ramo administrativista, caracteriza-se como procedimento administrativo, utilizado, pela Administração Pública, para seleção da proposta mais apta à proteção e manutenção do interesse público, para adquirir ou alienar bens, contratar obras, serviços, inclusive, de publicidade, e promover concessões, permissões e locações. É imposição constitucional, regulamentada pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, destinada a garantir a observância do princípio da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser processada e julgada em conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais que lhes são correlatos. A pesquisa traçou como recorte a tutela e efetividade dos direitos trabalhistas no procedimento licitatório e na execução do contrato administrativo de prestação de serviços, oriundo da licitação, enfatizando a necessidade de resguardo, pelo Estado, dos direitos sociais do trabalho, relativos à mão de obra empregada pelo contratado, diante da tessitura principiológica constitucional, estabelecida pela Carta de 1988; da resignificação do conceito de interesse público e do próprio Direito Administrativo, no contexto pós-moderno; e da inclusão da “sustentabilidade”, no texto legal, como objetivo e princípio norteador da licitação. O princípio e novo instituto da “licitação sustentável” prima pela ressemantização da definição de proposta vantajosa, para conceber-se como verdadeiro instrumento democrático, conformador de graus de segurança jurídica, mas, essencialmente, de justiça social, em especial quando se tratar de contratação de mão de obra. A vertente teórico-metodológica utilizada foi a jurídico-dogmática, por focar os elementos internos ao ordenamento jurídico, buscando compreender as relações normativas no campo jurídico analisado. Trata-se de um estudo interdisciplinar, um diálogo entre ramos jurídicos importantes – Direito Administrativo e Direito do Trabalho –, além de interlocução com a sociologia bourdieusiana, e uma possibilidade de revisão de fórmulas tradicionais de interpretação, em prol da efetividade de direitos.

Palavras-chave: Licitação. Administração Pública. Direitos Trabalhistas. Interesse Público. Sustentabilidade.

ABSTRACT

The public bidding, classic administrative institute, is an administrative procedure used by public authorities to select the best proposal suited to protect and maintain public interest, when Public Administration needs to establish property acquirement or disposal, set contract labor and services, including advertising, and promote concessions, permissions and locations. It is a constitutional imposition, regulated by Federal Law n. 8.666, dated June 21, 1993, to ensure compliance with the principle of equality, selection of the best proposal to the Administration and promotion of sustainable national development. Public bidding should be prosecuted and judged in accordance with the following principles: legality, impersonality, morality, equality, publicity, administrative probity, attachment to the bidding terms and conditions, objective judgment and other related to public competition. The research focused on the protection and the effectiveness of labor rights in the bidding process and in the execution of public service contracts, emphasizing the need to protect labor rights by the state, considering the constitutional principles; the conceptual redefinition of public interest and Administrative Law, in postmodern context; and the inclusion of “sustainability” in the legal text as an objective and bidding guiding principle. The principle and new institute "sustainable bidding" stresses the need of a conceptual resemantization concerning the best proposal to transform bidding in a true democratic instrument, setting degrees of legal certainty, but, essentially, social justice, especially when is involves human labor. The theoretical-methodological aspect used was the legal-dogmatic, by focusing on elements within the legal system, attempting to understand the normative relations in legal analysis. It is an interdisciplinary study, an important dialogue between fields of Law – Administrative Law and Labor Law – as well as a dialogue with bourdieusian sociology, and a possible revision of traditional forms of interpretation, focusing on rights effectiveness.

Keywords: Bidding. Public Administration. Labor Rights. Public Interest. Sustainability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNDT	Certidão Negativa de Débito Trabalhista
CPDT	Certidão Positiva de Débito Trabalhista
Coord.	Coordenador (a)
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
Des.	Desembargador (a)
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
Ed.	Edição
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
IN	Instrução Normativa
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
Min.	Ministro (a)
MG	Minas Gerais
MP	Ministério Público
MPT	Ministério Público do Trabalho
MS	Mandado de Segurança
Org.	Organizador (a)
PRT	Procuradoria Regional do Trabalho
Rel.	Relator (a)

RO	Recurso Ordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE/MG	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
TCU	Tribunal de Contas da União
TRCT	Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.....	13
CAPÍTULO 1 LICITAÇÃO: PROCEDIMENTO, PINCELADAS DE HISTORICIDADE, SUSTENTABILIDADE E RESSEMANTIZAÇÃO.....	21
1.1 Construção Democrática, Pós-modernidade e Licitação.....	22
1.2 O Dever de Licitar: Evolução, Dissensos e Esteios de Sustentabilidade.....	30
1.3 O Procedimento: Conceito, Princípios, Conteúdo e Fundamentação Jurídico-Legal.....	44
1.3.1 <i>A Lei de Licitações e o Procedimento Padrão: Delineamentos</i>	52
1.3.2 <i>Pregão: Peculiaridades e Tratamento dos Serviços Comuns</i>	56
1.3.3 <i>Nota sobre o Sistema de Registro de Preços</i>	66
1.4 Síntese do Capítulo.....	69
CAPÍTULO 2 TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITOS, ESPAÇOS ESTRUTURADOS E CONTROLE DIGNIFICANTE.....	69
2.1 Controle Civilizatório Prévio: Possibilidades e Polêmicas da Habilitação.....	75
2.1.1 <i>Certidão Negativa de Débito Trabalhista: Ponderações e Questionamentos</i>	90
2.2 Controle Fiscalizatório e Sinuosidades.....	105
2.3 Controle Judicial: Créditos Trabalhistas e Responsabilidade.....	112
2.4 Síntese do Capítulo.....	116
CAPÍTULO 3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CULPA, RESPONSABILIDADE E ENCARGOS DO TRABALHADOR.....	117
3.1 Terceirização e Responsabilidade: Tratamento Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.....	117
3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16: Posicionamentos Jurisprudenciais e Doutrinários Anteriores à Decisão do Supremo Tribunal Federal.....	128
3.3 Lei de Licitações: Responsabilidade Subsidiária e a Nova Hermenêutica do Supremo.....	136
3.4 Síntese do Capítulo.....	156
CAPÍTULO 4 LICITAÇÃO, CONTRATO ADMINISTRATIVO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SERVIÇOS COMUNS: PRECARIZAÇÃO.....	157
4.1 Licitação, Administração Pública e Empresa Prestadora de Serviços: Um Relacionamento Difícil	159
4.2 Um Olhar sobre a Realidade: o Ministério Público do Trabalho e o Posicionamento do Poder Judiciário.....	164
4.3 Desafios da Experiência: Delineamentos Possíveis.....	171
4.3.1 <i>Alternativas de Controle Diante do Caso Concreto</i>	172
4.3.2 <i>Certidão Negativa de Débito Trabalhista e Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública: Impactos para o Caso Analisado</i>	180
4.4 Síntese do Capítulo.....	196
CAPÍTULO 5 ESTADO, TUTELA DE DIREITOS TRABALHISTAS E PÓS-MODERNIDADE: DELINEAMENTOS.....	197
5.1 Modernidade: Traçado e Implicações.....	198

5.2 Estado Pós-moderno: Mutação, Reestruturação e um Novo Direito Administrativo.....	203
5.2.1 Do Paradigma do Interesse Público sobre o Interesse Privado e da Legalidade Administrativa: Discricionariedade e Releituras Necessárias.....	208
5.3 Contextualizando o Escopo Produtivo no Pano de Fundo Pós-moderno: O Papel do Estado, a Licitação e o Trabalhador	218
5.3.1 Procedimento Licitatório, Direitos Trabalhistas e Tessitura Constitucional.....	225
5.4 Síntese do Capítulo.....	234
CAPÍTULO 6 CONCLUSÃO.....	235
REFERÊNCIAS.....	241
Livros, Monografias, Publicações Periódicas, Documentos Eletrônicos e Entrevistas.....	241
Legislativas e Jurisprudenciais.....	252

INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Teoria e fato científicos não são categoricamente separáveis, exceto talvez no interior de uma única tradição da prática científica normal. É por isso que uma descoberta inesperada não possui uma importância simplesmente fatural. O mundo do cientista é tanto qualitativamente transformado como quantitativamente enriquecido pelas novidades fundamentais de fatos ou teorias (Thomas Kuhn).¹

A Administração Pública, regida pelo regime jurídico-administrativo, conforme consagrado pela doutrina, sujeita-se a um conjunto de princípios e normas que impõe limites e restrições aos seus atos, gerando, simultaneamente, determinadas prerrogativas. O mencionado regime, aglutinador de traços que tipificam o Direito Administrativo,² é estruturado, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir de dois princípios fundamentais: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público – conceituado, pelo autor, como aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade³ e pelo simples fato de o serem”.⁴

Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.⁵

Exatamente pela conformação determinada pela sujeição a normas e princípios peculiares, necessita a Administração Pública fazer uso do instituto da licitação, quando pretender adquirir ou alienar bens,⁶ contratar obras, serviços, inclusive, de publicidade, e promover concessões, permissões e locações⁷. A licitação, conceituada como o “procedimento

¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 26-27.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

³ Sociedade, segundo o autor, “entificada juridicamente no Estado”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.61.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.62.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.56.

⁶ DALLARI, Adilson A. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 2.

⁷ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”,⁸ é imposição constitucional e estriba-se na ideia de competição isonômica entre os interessados que preenchem os requisitos legais.⁹

O tema “licitação” apresenta marcada abrangência e inúmeros desdobramentos, dado seu minucioso regramento, o impacto de diversas ordens sobre a Administração, o patrimônio público e os particulares envolvidos na competição travada, e ainda a importante consolidação doutrinária acerca do instituto. A presente pesquisa estabeleceu, diante da complexidade e consectários de relevo, como recorte e objeto central a tutela e efetividade dos direitos trabalhistas no procedimento licitatório e durante a execução do contrato administrativo dele oriundo.

A Administração Pública brasileira, dentre outras finalidades, faz uso da licitação para celebração de contrato de prestação de serviços, pela via da utilização de mão de obra terceirizada – desde que os mencionados serviços não estejam tipificados no rol daqueles especificados como privativos de cargos de carreira e que não caracterizem atividade-fim do órgão ou entidade administrativa contratante –, costurando o tema “licitação e contratos administrativos” à “terceirização” e “direitos e garantias trabalhistas” e promovendo, nessa investigação científica, o debate compartilhado entre Direito Administrativo e Direito do Trabalho.

A pesquisa busca perceber o regramento e a teleologia do instituto, como instrumento de efetivação de direitos: da Administração Pública contratante, do particular contratado e, essencialmente, do trabalhador, “sujeito” encampado pelo procedimento, na medida em que sua força de trabalho torna-se “objeto” do contrato administrativo, celebrado para prestação de serviços, quando concluída a licitação. O problema central da investigação pode ser estruturado da seguinte forma: há imposição legal/constitucional de resguardo, pelo Estado, dos direitos trabalhistas – relativos à mão de obra utilizada para a execução da prestação de serviços – no procedimento licitatório e durante a execução do contrato administrativo? Em caso positivo, surgem questões secundárias, que serão igualmente abordadas: existem falhas no regramento e em sua aplicação ao procedimento e na fiscalização realizada pela Administração Pública, em relação, especificamente, à tutela dos mencionados direitos? Como deve o Estado saná-las? A não tutela de direitos, como citado, no procedimento e, durante a execução do contrato administrativo, gera precarização do trabalho?

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.28.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A hipótese construída para o problema posto estriba-se na premissa de validade do próprio Estado Democrático de Direito, compatibilizado com a tessitura constitucional sedimentada pela Carta de 1988, que estabelece rol de direitos sociais do trabalho a ser garantido, além de princípios basilares de uma ordem jurídica democrática e vocacionada para a regência das dimensões sociais das relações travadas, seja na esfera pública, seja na esfera privada. O Estado tem, portanto, o poder-dever de resguardo das relações e direitos trabalhistas, oriundos dos contratos administrativos firmados pela Administração, inclusive durante a implementação do procedimento licitatório, instrumento de escolha do particular mais apto à celebração do contrato, como será analisado pela presente pesquisa. A hipótese desdobra-se ainda no entendimento de que omissão estatal, em relação à mencionada tutela, gera precarização do trabalho e desdobramentos de relevo não apenas na esfera particular do trabalhador afetado, mas para a coletividade e para o próprio interesse público, elemento norteador da conduta administrativa.

Alguns doutrinadores entendem ser a terceirização, *per se*, fator de precarização. A presente pesquisa, entretanto, embora partilhe da premissa, comprovada por outras produções científicas, de que o trabalhador terceirizado, em relação ao empregado padrão celetista, efetivamente sofre relativização de direitos e garantias de cunho trabalhista, não se detém apenas nesse ponto. O recorte proposto não analisa ou questiona, cientificamente, os fundamentos de existência da terceirização ou seu pano de fundo essencial – o modelo neoliberal –, adotado pelo sistema capitalista, a partir de meados dos anos 70. Ao contrário, considera a existência de atividades terceirizantes pela Administração Pública como variável dada, constante e presente – *ceteris paribus* –, propondo-se, em verdade, a perceber qual o papel do Estado e do Direito na arregimentação da realidade marcada pela terceirização do trabalho, essencialmente, para proteção de direitos trabalhistas tangenciados pelo procedimento licitatório, meio constitucionalmente assegurado para contratação de prestação de serviços pela Administração Pública, buscando formas de controle e atenuação da precarização gerada pela abstenção estatal.

Nessa linha, o núcleo da pesquisa centra-se na licitação e na execução do contrato administrativo, visando à integral tutela de direitos trabalhistas. O propósito maior do projeto, elaborado em 2009, para consecução desta investigação científica, era analisar os impactos derivados da ausência de requisito legal que impusesse aos licitantes a obrigatoriedade de comprovação de cumprimento dos direitos trabalhistas na fase de habilitação, momento do procedimento destinado à aferição da idoneidade e capacidade dos competidores para a

execução do objeto do futuro contrato administrativo, considerada a omissão da Lei de Licitações – Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Não havia, naquele momento, qualquer exigência procedimental relativa à averiguação do cumprimento de obrigações trabalhistas pelos licitantes, no art. 27 da Lei n. 8.666/93,¹⁰ o que ampliava o risco de contratação, pela Administração Pública, de particular inidôneo e possível inadimplente em relação encargos futuros e, portanto, eventual promovedor de precarização. Em 2011, entretanto, foi editada a Lei n. 12.440, de 07 de julho, criando um requisito de aferição da regularidade trabalhista na fase de habilitação e incorporando, portanto, ao rol de exigências do art. 27 da Lei n. 8.666/1993, complementado pelo art. 29 do mesmo diploma e pelo art. 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, a necessidade apresentação, pelos licitantes, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista – CNDT –, para participação na licitação.

Nesse quadro, a proposta, inserta no projeto de pesquisa, relativa à criação do mencionado requisito, como forma de controle prévio de tutela de direitos trabalhistas, tornou-se obsoleta, diante da nova determinação legal, tornando-se necessária, portanto, a ampliação do escopo investigativo da análise, passando a versar sobre a averiguação do cumprimento de obrigações de cunho trabalhista não apenas no procedimento, mas, igualmente, durante toda a execução e fiscalização do contrato administrativo e, ainda, após, mediante controle judicial, quando da ocorrência de inadimplência, pelo contratado, tendo, como pano de fundo, a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos não adimplidos.

A pesquisa, portanto, diante do problema apresentado e das hipóteses construídas, sustenta-se na análise das possibilidades de tratamento do tema de forma diferida no tempo – controle prévio da tutela de direitos trabalhistas, no procedimento licitatório; controle concomitante à execução do contrato, mediante fiscalização e implementação de medidas

¹⁰ O art. 27 da Lei de Licitações estabelece o rol de requisitos a serem preenchidos pelos licitantes na fase de habilitação. Na redação original, anterior a 2011, não havia previsão de exigência de documentação relativa a regularidade trabalhista:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

~~IV - regularidade fiscal.~~

IV – regularidade fiscal e trabalhista; ([Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011](#)) ([Vigência](#))

V – cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal](#). ([Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999](#)). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

preventivas e coercitivas ao contratado inadimplente; e controle judicial, *a posteriori*, finalizado o contrato e descumpridos encargos trabalhistas, diante da previsão do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF – na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – n. 16 em 2010. A abordagem ampliada buscou incorporar o esmiuçamento do regramento procedimental relativo à licitação, na medida do necessário à análise do recorte proposto, e, ainda, o tratamento das ressignificações oriundas das novas conformações gestadas no bojo do Estado pós-moderno, reestruturando conceitos e institutos de um novo Direito Administrativo, como a noção de interesse público, cara ao tema trabalhado.

Em relação à abordagem metodológica, a investigação enquadra-se na definição de “pesquisa teórica”, de cunho qualitativo – tradicionalmente adotada pela Ciência do Direito –, com forte ênfase na “análise de conteúdo”, como procedimento metodológico, considerado o objeto tratado:¹¹ “a análise de conteúdo tem grande relevo para a compreensão de legislações e suas conexões contextuais, bem como das jurisprudências”.¹² Diante da tipologia traçada por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, em relação às três grandes vertentes teórico-metodológicas, aplicáveis à pesquisa jurídica,¹³ a pesquisa ora proposta inseriu-se, em maior medida, na vertente jurídico-dogmática, por focar elementos internos ao ordenamento jurídico, buscando compreender as relações normativas no campo jurídico analisado: os direitos trabalhistas no procedimento licitatório e na execução do contrato administrativo.

Estruturou-se a investigação pela composição de variáveis, tendo sido definida, como variável independente, a “licitação” e, como variáveis dependentes, a “terceirização” – com foco apenas naquelas oriundas de contratações via procedimento licitatório¹⁴ – e a “precarização do trabalho”, diante da variável interveniente “tutela dos direitos trabalhistas pelo Estado”. Construiu-se como hipótese, portanto – além do já mencionado poder-dever atribuído ao Estado em relação à tutela dos direitos trabalhistas no procedimento e na execução contratual – a percepção de que a licitação, quando envolve contratação de

¹¹ Classificações propostas por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 105.

¹² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 106.

¹³ São vertentes teórico-metodológicas, aplicáveis à pesquisa jurídica, no entendimento das autoras: a vertente jurídico-dogmática; a jurídico-sociológica ou empírica; e a jurídico-teórica. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹⁴ Há possibilidade de contratação direta, sem licitação, em casos peculiares, especificados em lei, não incluídos no objeto desta pesquisa.

prestação de serviços, com terceirização de mão de obra, gera precarização do trabalho caso não haja efetiva tutela e controle do cumprimento dos direitos trabalhistas pelo Estado.

Foram utilizados como indicadores argumentos de acórdãos, entrevistas, entendimentos doutrinários a respeito do tema, bem como o conteúdo de um edital e um contrato administrativo relativo a um caso exemplificativo, tendo como objetivo geral averiguar as nuances, determinações e limitações relativas ao dever do Estado de resguardar os direitos trabalhistas no procedimento licitatório e na implementação e respectiva execução do contrato administrativo, dever estabelecido pela Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei n. 8.666/93 e pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, instituidora da modalidade “pregão”.

Na perspectiva doutrinária, a tônica trabalhista dada ao problema e às hipóteses é pautada pela concepção de desconstrução da idéia do valor-trabalho, nas últimas décadas, e na necessidade de tutela aos direitos trabalhistas pelo Estado, dada por Maurício Godinho Delgado. Do ponto de vista administrativista, para esmiuçamento do procedimento, foi utilizada, como suporte, a doutrina clássica, adotando-se ainda as concepções de Juarez Freitas, para o tratamento da abordagem pela via da sustentabilidade, e de Gustavo Binenbojm, para o debate em torno da ressignificação do Direito Administrativo e de seus conceitos basilares. Por fim, como lastro teórico, foram utilizados conceitos fundamentais da sociologia de Pierre Bourdieu, como campo e *habitus*, para análise do tema/problema.

Por esse veio, a investigação desenvolveu-se em cinco capítulos estruturantes: o capítulo 1 versou sobre a licitação, variável independente, buscando caracterizar, pormenorizadamente, o instituto da licitação, seus princípios, procedimento, fases, modalidades, tipos e outros elementos determinantes, esmiuçando o pregão, modalidade utilizada para contratação de serviços comuns, a partir da doutrina administrativista mais autorizada. Estabeleceu-se, como pano de fundo, breve historicidade do instituto e a modelagem capitalista conformadora da regulamentação das relações de trabalho, inclusive, no bojo da Administração Pública. O capítulo abordou ainda o dever de licitar pela perspectiva da sustentabilidade, nova premissa pós-moderna norteadora do procedimento e do próprio Direito.

O capítulo 2 tratou do problema e das hipóteses suscitadas, identificando os principais desafios e soluções para a inclusão da tutela trabalhista no procedimento licitatório e na fiscalização da execução contratual, de forma a dar efetividade aos direitos trabalhistas, analisando o controle prévio, a partir da alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.440/2011; o controle concomitante, tendo como base as sinuosidades e as medidas preventivas e

punitivas arroladas pela doutrina e pela lei; e o controle judicial posterior, a partir da nova hermenêutica, construída pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, acerca do §1º do art. 71 da Lei de Licitações.

O capítulo 3, aprofundando o debate suscitado no capítulo 2, versou sobre a variável dependente “terceirização”, apresentando conceitos, o tratamento jurisprudencial dado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em especial, na Súmula n. 331, em sua antiga e nova redação, com ênfase nas abordagens e consectários acarretados pela decisão do Supremo e nas releituras acerca da possibilidade de responsabilização da Administração Pública, em caso de culpa, pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado.

O capítulo 4, buscando tratar a variável dependente “precarização do trabalho”, sustentou-se na análise de um relato de experiência, ocorrida em relação à contratação de serviços de limpeza, em Minas Gerais, via licitação, na modalidade pregão, com repercussão em todos os três níveis de controle: prévio, concomitante e *a posteriori* – pelo Poder Judiciário Trabalhista. Demonstrou-se, pela via do recorte de realidade, o impacto do inadimplemento de obrigações trabalhistas na esfera pessoal e patrimonial do trabalhador e da própria Administração Pública, e ainda a necessidade fundamental de realização de controles civilizatórios pelo Estado. Neste capítulo, objetivou-se ainda detectar as principais falhas no procedimento licitatório, relativas ao descumprimento de direitos trabalhistas, durante execução do contrato administrativo, salientando meios de saná-las, retomando medidas suscitadas no capítulo 2, para atenuar a inefetividade e a precarização de direitos, explicitando a relevância do papel primordial desempenhado do Estado.

Finalmente, o capítulo 5, resgatando a variável interveniente relativa à necessidade de tutela e ainda abordando delineamentos possíveis em torno do redesenho do Estado na pós-modernidade, bem como da seara administrativista e seus conceitos basilares, versou sobre o paradigma do interesse público e sobre o próprio instituto da licitação, à luz da tessitura constitucional e do viés democrático, finalizando a pesquisa e retomando o tema central traçado no capítulo 1.

A licitação tem imensa relevância na prática administrativa contemporânea, dada a complexidade da vida em sociedade e a densidade das demandas democráticas pós-modernas por transparência, controle e gestão sustentável. O processo de construção da ideia de democracia é pautado por desafios, rupturas e continuidades necessárias, em especial se arregimentado, como no caso brasileiro, em torno da tessitura do texto constitucional de 1988, fruto de transformações profundas no ideário social e ressignificações estruturantes dos papéis amalgamados desempenhados pelo Estado, pela sociedade civil e pelo próprio Direito.

Maria Coeli Simões Pires salienta a ocorrência do afloramento de novos alicerces de significação da relação Estado-sociedade e de conformação de um Direito novo, orientado para a substituição da premissa de estabilidade jurídica – entendida como aplicação de regramentos fechados, central na estruturação da concepção clássica do Direito – pela noção de adequabilidade, decorrência de profundas transformações da sociedade hipercomplexa e da incapacidade do Direito para responder, por si só, “às demandas do pluralismo de regulação, fundamentação e compreensão da realidade social em toda a sua densidade, extensão e profundidade, exigindo-se permanente postura ativa do aplicador”.¹⁵

Nessa linha, no bojo da cambiância do próprio Direito, necessita o instituto da licitação ser reconcebido, à luz desses novos pressupostos, delineados sob a égide da transformação do quadro democrático e das subjacências da realidade social, rompendo com a lógica, como menciona a autora, de neutralidade em relação ao fenômeno social, a despeito da vocação, inerente ao Direito, para a permanência.¹⁶

A pesquisa se propõe, portanto, a perceber o procedimento licitatório pelo viés do tecnicismo, que lhe é inerente, mas, sobretudo, pela teleologia constitucionalizada que o estrutura como instrumento democrático de tutela do interesse público, dos interesses da Administração e dos direitos do administrado, contratado pelo Poder Público: propugna-se por um olhar dialógico, para perceber o Direito como espaço estruturante uníssono que, costurando pressupostos de dois ramos da Ciência Jurídica, atravessados pelo instituto – Direito Administrativo e Direito do Trabalho – busca a efetividade de direitos.

Faz-se necessário, no contexto pós-moderno, ressignificar o instituto da licitação para atender aos anseios do interesse público, compreendido pelo veio constitucional e pela perspectiva da sustentabilidade, necessitando a Administração Pública pós-moderna estimular a implementação de políticas estratégicas, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, “ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico, para proteger e assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos”.¹⁷

O certo é que a pesquisa, voltada para análise da tutela dos direitos trabalhistas na licitação, enfrenta desdobramentos contundentes, representando verdadeiro estímulo à reflexão – ainda incipiente e inacabada, considerando o aparecimento, ao longo da investigação, de conseqüências de relevo –, estruturada no pano de fundo pós-moderno

¹⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

¹⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁷ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas, 2008, p.22.

condicionante do Estado Democrático de Direito. O Direito, suas ramificações e o próprio instituto, objeto de análise, merecem tratamento constitucionalizado e enquadrado em um novo paradigma.

CAPÍTULO 1 LICITAÇÃO: PROCEDIMENTO, PINCELADAS DE HISTORICIDADE, SUSTENTABILIDADE E RESSEMANTIZAÇÃO

A autocompreensão normativa do Estado Democrático de Direito instaurada pela Constituição de 1988 surge intimamente ligada à ideia de que é preciso dar um conteúdo novo ao sistema administrativo e redefinir suas estruturas e sua identidade, ainda vinculadas a formas e práticas autoritárias e burocráticas.
(Maria Coeli Simões Pires)¹⁸

O sistema de produção industrial, estruturado ao longo da história do capitalismo, apresenta estágios de arregimentação e mecanismos de relação entre capital e trabalho que, articulados às lógicas de desenvolvimento, contextualmente construídas, permite a compreensão do processo de organização do trabalho, iniciado no sistema doméstico e substituído pelo sistema de fábrica – que orienta a dinâmica produtiva moderna. O atual contexto de transformação do sistema – marcado pelo movimento globalizatório¹⁹ e pela consolidação da perspectiva neoliberal –, representou forte impacto no mundo do trabalho, marcado, nas últimas três décadas, pela ruptura com a concepção de Estado Keynesiano e pelo renascimento da ideia minimalista de atuação estatal, subsidiária à iniciativa privada.

Embora a elaboração da Carta Constitucional de 1988, lastreada em conteúdo fortemente democrático, tenha esboçado a preocupação do constituinte com o estabelecimento de rol de direitos a serem tutelados, dentre eles inúmeras garantias de cunho trabalhista, a flexibilidade e a integração tornaram-se as palavras de ordem do sistema que lateja como pano de fundo: a primeira, designando a rapidez de adaptação dos meios de produção aos imperativos do mercado; a segunda, referindo-se à otimização da produção, aliada à agilidade no intercâmbio de informações. Os conceitos de Estado mínimo, abstencionismo e livre negociação tornaram-se pilares do paradigma neoliberal, em meados dos anos 70, e, por conseguinte, o próprio Direito, inclusive, o Direito do Trabalho, instrumento de sopesamento

¹⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60 - 74, out./Nov./dez/ 2011, p.64.

¹⁹ Nos termos de Stuart Hall, esse processo globalizatório traz consigo a compressão espaço-tempo, suscitando um sentimento compartilhado de que as distâncias encontram-se encurtadas e interconectadas. Tempo e espaço, para o autor, são coordenadas essenciais de qualquer sistema de representação, atuando, a globalização, na reconformação das relações espaço-tempo e dos processos de construção identitários, afetados na forma como são localizados e representados. HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

do sistema capitalista, sofreu influências do novo contexto: o Direito do Trabalho está em permanente transformação.²⁰

O tratamento da evolução histórico-normativa permite compreender o cerne das sedimentações do Direito moderno – seus pressupostos, transformações e elementos constitutivos –, possibilitando abordagens interpretativas que auxiliam na construção de novas reflexões jurídicas. Nessa linha, perceber o instituto da licitação, por meio de seus lastros e do pano de fundo em que se delineia, conforme abordagem deste capítulo, permite concebê-lo como instrumento técnico eficiente na condução de processos administrativos. Essencialmente, busca-se compreendê-lo como figura de relevância no contexto democrático pós-moderno, pautado pela construção sustentável de conceitos jurídicos e na tutela e proteção de direitos – “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários [...]: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.²¹

1.1 Construção Democrática, Pós-modernidade e Licitação

Quando recentemente perguntaram a Amartya Sen qual tinha sido o acontecimento mais importante do século XX respondeu sem hesitação: a emergência da democracia. (Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer)²²

O século XX, segundo Leonardo Avritzer e Boaventura de Sousa Santos, foi um período de grande debate em torno do modelo democrático, envolvendo dois conjuntos argumentativos principais: na primeira metade do século, a discussão embasava-se na desejabilidade da democracia, sustentada em autores como Weber, Schumpeter e Kelsen; no pós-guerra (a partir de 1945), o questionamento voltou-se para a compatibilidade entre democracia e capitalismo e, simultaneamente, para a formatação das condições estruturais da democracia, com Moore inaugurando o debate, ao propor uma tipologia de países propensos e não propensos ao modelo democrático, e Adam Przeworski analisando a capacidade distributiva pós-democrática.²³

²⁰ SILVA, Antônio Álvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 39.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 39-82.

A ampliação da democracia, de seus cânones de aplicabilidade e das reflexões sobre sua vocação político-social é, entretanto, inquestionável,²⁴ a despeito de embates importantes a respeito das peculiaridades inerentes aos seus significados estruturais para os “países em desenvolvimento ou países do Sul”²⁵ e de sua “imposição” ou não, como questionado por Amartya Sen, a países do “mundo não ocidental” – embora o autor considere a linguagem da “imposição” inadequada.²⁶

Todos os casos de democracia participativa iniciam-se “com uma tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da gramática social e de incorporação de novos actores ou de novos temas na política”.²⁷ No caso brasileiro, o processo de construção democrática foi, *a priori* – e continua sendo –, permeado por desafios, rupturas e continuidades necessárias, inerentes ao momento pós-moderno²⁸, marcado pela concepção jurídica e socialmente construída de cidadania, pela redefinição do conceito de direitos e pela ideia estruturada de direito a direitos.²⁹

A concertação institucional da prática contemporânea da democracia ocorre no bojo da pós-modernidade ou, como designa Anthony Giddens, na “modernidade tardia”:

O termo com frequência tem um ou mais dos seguintes significados: descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os “fundamentos” preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a “história” é destituída de teleologia e conseqüentemente nenhuma versão de “progresso” pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral.³⁰

²⁴ “Em sua elaborada forma institucional, a democracia pode ser muito nova no mundo – é praticada por não mais do que duzentos anos; contudo, como observou Tocqueville, ela expressa uma tendência na vida social com uma história muito mais longa e difundida. Os críticos da democracia [...] precisam achar alguma forma de enfrentar o profundo fascínio pela governança participativa, que continua sendo relevante atualmente e muito difícil de erradicar” SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Prêmio Nobel. São Paulo: Cia das Letras, 2011, p. 357-358.

²⁵ Terminologia utilizada por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer. SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 39-82.

²⁶ Amartya Sen considera inadequada a linguagem por supor, implicitamente, que a “democracia pertence exclusivamente ao Ocidente [...]”.SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Prêmio Nobel. São Paulo: Cia das Letras, 2011, p. 356.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p.56.

²⁸ A modernidade traz consigo um movimento impiedoso de ruptura com as condições precedentes. HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

²⁹ Expressão utilizada por Evelina Dagnino. DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

³⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 52.

A sociedade pós-moderna, na concepção de Homi Bhabha,³¹ é caracterizada pela necessidade de sobrevivência, de viver nas fronteiras do presente, para as quais não parece haver nome próprio além do atual e controvertido deslizamento do prefixo “pós”: pós-modernismo, pós-colonialismo, pós-feminismo. É um momento de trânsito em que espaço e tempo se cruzam com o intuito de produzir figuras complexas de diferença e identidade, passado e presente. A condição pós-moderna tem significação e formação discursiva inovadora por ultrapassar as narrativas de subjetividades originárias, buscando ater-se a processos produzidos na articulação das diferenças: “os ‘limites’ epistemológicos daquelas idéias etnocêntricas são também as fronteiras enunciativas de uma gama de outras vozes e histórias dissonantes, até dissidentes – mulheres, colonizados, grupos minoritários [...]”.³²

As relações sociais no bojo da pós-modernidade são caracterizadas, portanto, pela multiplicidade de sistemas de significação, representação cultural e antagonismos sociais, movidas pela mudança permanente, absorvidas pelo movimento globalizatório, compreendido no sentido tratado por Maurício Godinho Delgado, como uma fase do sistema capitalista. Nascida, marcadamente, no último quartel do século XX, e peculiarizada pela vinculação entre os variados “subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, [a pós-modernidade] criou como parâmetro relevante para o mercado a noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região”.³³

Ao mesmo tempo e paradoxalmente, o processo de globalização suscita uma nova ênfase na democracia local e nas variações da forma democrática no interior do Estado nacional, permitindo a recuperação de tradições participativas em países como o Brasil, a Índia, Moçambique e a África do Sul [...]. Podemos, portanto, apontar na direção de uma tripla crise da explicação democrática tradicional: há, em primeiro lugar, uma crise do marco estrutural de explicação da possibilidade democrática (Moore, 1966); há, em segundo lugar, uma crise da explicação homogeneizante sobre a forma da democracia que emergiu como resultado dos debates do período de entre-guerras (Schumpeter, 1942); e há, em terceiro lugar, uma nova propensão para se examinar a democracia local e a possibilidade de variação no interior dos Estados nacionais a partir da recuperação de tradições participativas solapadas no processo de construção de identidades nacionais homogêneas³⁴ (Anderson, 1991) (grifo nosso).³⁵

³¹ BHABHA, Homi. **O local na cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

³² BHABHA, Homi. **O local na cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 23-24. É nesse contexto que se insere o trabalhador, como uma espécie de “grupo minoritário” – embora majoritário –, produzido na articulação das diferenças, concebido e compreendido no limite epistemológico de sua própria trajetória dissonante e dissidente.

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006, p. 12.

³⁴ A identidade será tomada no sentido utilizado por Castells, como o “processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual (ais) prevalece(m) sobre outras fontes de significado”. CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 22. Em relação à formação de identidades homogêneas, no cerne dos processos de construção das

Para Anthony Giddens, as sociedades capitalistas são um subtipo específico das sociedades modernas em geral, sendo o capitalismo, portanto, uma dimensão institucional da modernidade, entendido como processo de acumulação de capital, no contexto de trabalho e de mercados de produtos competitivos.³⁶ O sistema capitalista, como cita o autor, desempenhou papel relevante no afastamento da vida social moderna em relação às instituições do mundo tradicional, por seu caráter dinâmico e pelas conexões estabelecidas entre o empreendimento econômico competitivo e os processos de transformação em mercadoria.

Nessa nova realidade capitalista globalizante, para Maurício Godinho Delgado, existem quatro pressupostos fundantes, sendo o primeiro – e único que será abordado pelo contexto da pesquisa – o neoliberalismo,³⁷ norteador das condutas dos Estados nacionais nesse momento histórico.³⁸

As alterações verificáveis nas relações de produção não atenuam a essência do modo de produção capitalista; ao contrário, fortalecem seus traços fundamentais, cuja contundência como que se incrementa ao infinito. Esses traços fundamentais resumem-se no capital e na sua dinâmica. Um dos indicadores ideológicos de tal fenômeno explicita-se no discurso sobre a inelutabilidade da competição e, em consequência, sobre as virtudes ecumênicas da competitividade.³⁹

nações modernas, Jorge Lasmar identifica que a estruturação pedagógica do conceito de nação, elaborado via políticas de identidade e discurso retórico nacionalista – momento em que a nação torna-se o objeto do discurso – foi pautada pela vinculação a uma identidade una e homogênea e a um elemento subjetivo: a narrativa, vista como sistema de significação e representação cultural. A nação, portanto, constrói-se à medida que vai sendo narrada em torno de uma imagem unívoca e de um discurso que territorializa o “eu” e o “outro”. LASMAR, Jorge M. **O fluxo de arte e as relações internacionais: narrativa, circulação e Identidade**. Revista Fronteira, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 83-102, nov. 2001.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 42-43.

³⁶ Ao lado da vigilância – controle da informação e supervisão social –; poder militar – controle dos meios de violência no contexto da industrialização da guerra –; e industrialismo – transformação da natureza em “ambiente criado”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

³⁷ O autor também o denomina “ultraliberalismo”. DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

³⁸ Os demais requisitos são: domínio político de lideranças políticas neoliberais, em Estados nacionais ocupantes de lugar de relevo no cenário internacional, por longo período; ausência de experiência sociopolítica consistente, capaz representar contraponto à ideologia neoliberal – o autor utiliza a expressão de Eric Hobsbawm “ameaça política digna de crédito ao sistema” –, com efeitos no plano interno e externo; e incorporação das diretrizes e posicionamentos neoliberais pelos Estados nacionais, “com a uniformização de práticas políticas e econômicas que favorecem o próprio processo globalizante, com a supressão ou atenuação de barreiras ou restrições nacionais à idéia de uma economia mundial”. DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006, p.18.

³⁹ GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.11, n. 29, p. 311-361, jan./abr, 1997, p. 311.

Em relação ao “mundo do trabalho” e à estruturação produtiva do sistema capitalista, após longo período de acumulação de capitais, ocorrida durante o fordismo e o contexto keynesiano, a partir dos anos 70, entretanto, traços de crise sistêmica tomaram forma, evidenciados, de forma sintética,⁴⁰ por Ricardo Antunes:

- 1) queda da taxa de lucro, dada, entre outros elementos causais, pelo aumento do preço do da força de trabalho, conquistado durante o período pós-45 e pela intensificação das lutas sociais dos anos 60, que objetivavam o *controle social da produção* [...];
- 2) o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção (que em verdade era a expressão mais fenomênica da crise estrutural do capital), dado pela incapacidade de responder à retração do consumo [...]. Tratava-se de uma retração em resposta ao *desemprego estrutural* que então se iniciava;
- 3) hipertrofia da *esfera financeira*, que ganhava relativa autonomia frente aos capitais produtivos [...], colocando-se o capital financeiro como um campo prioritário para a especulação, na nova fase do processo de internacionalização;
- 4) a maior concentração de capitais graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas;
- 5) a **crise do *welfare state* ou do “Estado do bem-estar social” e dos seus mecanismos de funcionamento, acarretando a crise fiscal do Estado capitalista e a necessidade de retração dos gastos públicos e sua transferência para o capital privado;**
- 6) incremento acentuado das privatizações, tendência generalizada às desregulamentações e à flexibilização do processo produtivo, dos mercados e da força de trabalho [...] (grifo nosso).⁴¹

O modelo de Estado anterior, concebido na estruturação do *Welfare State*, havia nascido imbuído da necessidade de proteção normativa, demandada pela atuação do movimento operário – que deu origem ao Direito do Trabalho, ramo que publicizou relações antes consideradas eminentemente privadas e infiltrou “no campo do Direito um argumento de justiça”⁴², “colocando o Direito nos rumos da justiça social e cidadã”.⁴³ Desde o ingresso

⁴⁰ A estruturação produtiva capitalista, a crise do Estado de Bem-estar e o contexto neoliberal, com todos os seus consectários, não serão temas de abordagem aprofundada pela pesquisa por serem já assuntos adequadamente explicitados e esmiuçados em vários trabalhos científicos, orientados para essa finalidade, tomando forma, no presente trabalho, apenas como pressuposto explicativo do contexto que se pretende evidenciar, para elucidação do instituto da licitação, do fenômeno da terceirização e seus impactos na tutela de direitos dos trabalhadores envolvidos em procedimentos licitatórios. Ricardo Antunes salienta, inclusive, em sua obra sobre os sentidos do trabalho, a impossibilidade de tratamento detalhado da crise no mundo do trabalho, “dada a amplitude e complexidade dos elementos fundamentais para o seu entendimento” ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 9. reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 35.

⁴¹ Para o autor, a crise do taylorismo e do fordismo foram expressão fenomênica da crise estrutural. ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 29-30.

⁴² VIANNA, Luiz W.; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. A **judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.15.

⁴³ SENA, A.G.O.; COSTA, Mila Batista Leite C. Judicialização das relações sociais e desigualdade de acesso: por uma reflexão crítica. In: SENA, A.G.O.; COSTA, Mila Batista Leite C.; ANDRADE, Oyama K. B. (org.) **Justiça do século XXI**. São Paulo: LTr, 2012. No prelo.

do capitalismo em sua fase de mundialização, pautada pela “reestruturação e financeirização dos capitais”,⁴⁴ entretanto, a conformação do “bem-estar social” foi desmantelada.

O objetivo do neoliberalismo, segundo Carlos Vaquero, foi prover uma reforma estrutural impactante, de forma a auxiliar a reconstrução econômica necessária, naquele contexto, buscando difundir uma cultura pública em favor das instituições de mercado e adotando como pressuposto a concepção que “considera o Estado como um obstáculo à liberdade, que define a liberdade em sua acepção negativa e que considera o mercado, livre de qualquer trava, como o fundamento do social” (tradução nossa).⁴⁵

No ambiente econômico, especialmente, dos anos 90, momento forte do avanço neoliberal, segundo Jacob Gorender, a inserção do Brasil na economia global, os impactos da globalização e a necessidade de desenvolvimento de graus de competitividade tornaram-se temas indissociáveis da pauta crítica, no seio das discussões empresariais⁴⁶, com impactos, por conseguinte, na produção e reflexões jurídicas.⁴⁷

Na perspectiva da construção democrática brasileira, em relação ao Estado, ator relevante na composição produtiva sistêmica, o novo contexto incentivou a retração estatal, tornando sua atuação subsidiária relativamente às práticas privadas, propugnando pela redução de suas atribuições e de sua estruturação burocrática e adotando a Administração Pública “postura minimalista”, que culminou na reconfiguração de um arranjo institucional embasado no enxugamento do quadro de servidores e consequente “contratação flexível de mão-de-obra”⁴⁸: o “pensamento único”, nos termos de Marco Aurélio Nogueira, preconizou a diminuição do Estado e a valorização do mercado.⁴⁹

A contratação de serviços, em especial daqueles relacionados ao apoio operacional às atividades essenciais da Administração Pública – conservação, limpeza, vigilância,

⁴⁴ ANTUNES, Ricardo. Construção e desconstrução da legislação social no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (org). **Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 499.

⁴⁵ No original: "considera al Estado como un obstáculo a la libertad, que define la libertad em su acepción negativa y que considera al mercado, libre de cualquier traba, como el fundamento de lo social". VAQUERO, Carlos. Globalización, empleo y desigualdad salarial. La utopia de los mercados libres globales. In ANTÓN, Antonio (coord.). **Trabajo, derechos sociales y globalización**. Algunos retos para el siglo XXI. Madrid: Talasa, 2000, p. 40.

⁴⁶ GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.11, n. 29, p. 311-361, jan./abr, 1997.

⁴⁷ Anthony Giddens, diante do contexto desbalanceado, apresentado pela prática neoliberal, propõe uma “terceira via”, pautada pela igualdade, proteção aos vulneráveis, autonomia pela liberdade, direitos pela via da responsabilidade, autoridade sustentada na democracia, pluralismo cosmopolita, conservadorismo filosófico. GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da socialdemocracia**. Tradução Maria Luiza X. A. Borges. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 76.

⁴⁸ AMORIM, Hélder Santos. **A Terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, p. 19.

⁴⁹ NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p.37.

manutenção, dentre outros⁵⁰ –, tornou-se prática amplamente difundida, transformando a execução indireta, no tocante ao fornecimento de pessoal (conhecida como terceirização), em instrumento de gestão de relevo, no contexto político-institucional, e pressuposto de eficiência e minimização de custos.⁵¹

A abertura econômica, iniciada de forma atabalhoada com a queda abrupta das tarifas de importação para uma grande diversidade de produtos industriais, trouxe consigo o incremento do discurso da competitividade (agora em níveis internacionais), precipitando a entrada da fechada economia brasileira na circulação da rede global. Isso fez com que, forçosamente, fossem expandidos os processos de reestruturação produtiva: fechamento de fábricas, renovação tecnológica, terceirização, subcontratação, reorganização dos processos produtivos, enxugamento de quadros, entre outros, traduziram os ajustes. Em todos os casos os esforços se concentrariam primordialmente na racionalização de custos, com destaque para os custos do trabalho.⁵²

Nessa perspectiva, a licitação adquiriu imensa relevância, na prática administrativa contemporânea, considerando as muitas demandas inerentes à complexidade e à necessidade de densificação do conceito de “interesse público”. É um instituto democrático que, em virtude do regime jurídico-administrativo ao qual está submetida a Administração Pública, orienta a práxis administrativa, no sentido de gerir os recursos públicos destinados à aquisição de bens ou serviços, exigência imposta pela própria Constituição da República de 1988, no art. 37, XXI – a partir da ideia de competição isonômica entre interessados que preencham os requisitos estabelecidos na norma constitucional – e pela Lei n. 8.666/93 (ou Lei n. 10.520/2002, se adotada a modalidade pregão, conforme será analisado adiante).

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados 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

⁵⁰ Esses serviços são conceituados, pela Lei n. 8.666/93 e pela Lei n. 10.520/2002, como “serviços comuns” e serão pormenorizadamente tratados na seção seguinte.

⁵¹ Segundo Jacob Gorender, citando Castells, em relação ao custo do trabalho e sua influência na competitividade, “pesquisas referentes ao último quarto de século concluíram não haver correlação entre custo do trabalho e competitividade econômica de determinado país, que seria determinada por quatro fatores: receptividade da estrutura econômica às inovações tecnológicas; proteção do mercado interno e acesso a outros mercados de dimensão ampla; diferencial entre o custo de produção in loco e o preço nos mercados de destino; política favorável do Estado nacional e de organismos internacionais”. GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.11, n. 29, p. 311-361, jan./abr, 1997, p. 332.

⁵² COSTA, Márcia da Silva. O sistema de relações de trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20 n. 59, p. 111-131, out. 2005, p. 120.

proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).⁵³

A própria Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, resultado da conversão do Projeto de Lei n. 1.491, de 10 de junho de 1991, foi pensada, estruturada e editada na década de 90, momento marcado, como mencionado, pela desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive, pelo próprio Estado.⁵⁴ A justificação do mencionado projeto de lei⁵⁵ é bastante sucinta e descreve apenas o comando constitucional ao qual se vincula, não apresentando esmiuçamento de fundamentos e contextualizações.

O texto legal, entretanto, publicado no Diário Oficial da União, em 22 de junho de 1993, apresenta pontos que deixam transparecer o contexto flexibilizatório narrado, como a disposição do art. 71, §1º – objeto de análise em capítulo posterior –, que determina a não transferência à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas quando da inadimplência do contratado:⁵⁶ “a retórica da competitividade, não diz coisa diferente, embora acene com um final feliz para todos os participantes do jogo”.⁵⁷

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

⁵⁴ Segundo Márcia Costa, os anos de 1990 foram marcados por profundas transformações na economia brasileira, pautadas pela reestruturação produtiva e flexibilização do mercado de trabalho. COSTA, Márcia da Silva. O sistema de relações de trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20 n. 59, p. 111-131, out. 2005

⁵⁵ Justificação: “O presente Projeto-de-Lei visa regulamentar os procedimentos para a contratação das obras, serviços, compras, alienações e concessões por parte da Administração Pública direta e indireta, de modo que sejam sempre respeitados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme determina o inciso XXI, do Art. 37 da Constituição. PONTE, Luis Roberto. Projeto de Lei n. 1.491, de 7 de agosto de 1991. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providencias. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 14 set. 1991. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14SET1991.pdf#page=65>. Acesso em: 20 set. 2009.

⁵⁶ 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 1995](#))

§ 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 1995](#))

§ 3º ([Vetado](#)). ([Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#)) (grifo nosso).

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁵⁷ GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.11, n. 29, p. 311-361, jan./abr, 1997, p. 329.

1.2 O Dever de Licitar: Evolução, Dissensos e Esteios de Sustentabilidade

O Estado Sustentável, propriamente assimilado, implica renovação completa da arquitetura teórica e prática, no âmbito das relações administrativas. Estas serão, a seguir, autenticamente reorientadas e redefinidas como relações cuja finalidade é o primado duradouro dos direitos fundamentais, tendo como um dos polos o Estado-Administração.

(Juarez Freitas)⁵⁸

O tratamento dispensado à sistematização das regras sobre licitação, no Brasil, historicamente, tem longo traçado.⁵⁹ Desde as Ordenações Filipinas, de 1592⁶⁰, o regime jurídico do instituto tem caminhado no sentido de suprir falhas e regulamentar as situações de fato e de direito referidas às atividades administrativas. O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, importante marco regulatório, estabeleceu regime licitatório mais balizado, derogando, inclusive, o Código de Contabilidade Pública da União e seu respectivo regulamento. O mesmo decreto-lei, em seu art. 10,⁶¹ estimulava a prática de descentralização

⁵⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.286.

⁵⁹ Embora se reconheça o imenso valor metodológico da composição historiográfica, a trajetória legislativa sobre o tema será tratada na presente pesquisa, mas não esmiuçadamente, considerando que o recorte feito, relacionado à tutela e efetividade de direitos trabalhistas no procedimento, centra-se no texto da Constituição da República de 1988, da Lei n. 8.666/93 e Lei n. 10.520/2002. Importante mencionar alguns instrumentos legais referentes ao tema: Ordenações Filipinas, de 1592; art. 5º da Carta de Lei, de 29 de agosto de 1828; art. 47 da Lei de 1º de outubro de 1828; arts. 1º e 7º do Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862; Lei 2.221, de 30 de dezembro de 1909; art. 94 da Lei 3.232, de 5 de janeiro de 1917; art. 170 da Lei 3.454, de 6 de janeiro de 1918; art. 7º, VI da Lei 3.991, de 5 de janeiro de 1920; Decreto-Legislativo n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922 – que organizou o Código de Contabilidade da União; o Decreto 4.555, de 10 de agosto de 1922, que fixou as despesas públicas no exercício de 1922; Decreto 15.783, de 8 de novembro de 1922, que dispôs sobre o Regulamento para Execução do Código de Contabilidade Pública; Lei 4.632, de 06 de janeiro de 1923, que estabeleceu a Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1923; Decreto-Lei n. 2.416, de 17 de julho de 1940. COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **O Instituto da Licitação no Direito Brasileiro: Visão Crítica**. 2001. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 13. Necessário ainda mencionar a Lei 4.401, de 10 de setembro de 1964, que introduziu a palavra licitação, estabelecendo normas para licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no serviço público da União, além de dar outras providências. BRASIL. Lei n. 4.401, de 10 de setembro de 1964. Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 set. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4401.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁶⁰ “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menor preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandarem fazer”. Trecho das Ordenações Filipinas citado por MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: doutrina, jurisprudência e legislação. estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.

⁶¹ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

administrativa por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais de empresas privadas – exemplificados, *a posteriori*, pela Lei n. 5.645/70, em seu art. 3º, parágrafo único.⁶²

Foi editada, em seguida, em 20 de junho de 1968, a Lei n. 5.456, que determinava a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas às licitações previstas no Decreto-Lei n. 200/67 e foi, finalmente, promulgado o Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal e determinando outras providências.⁶³ O Decreto-Lei n. 2.300/86 concedeu formatação aprimorada à sistematização das regras relacionadas à licitação, iniciada com a Reforma Administrativa de 1967,⁶⁴ disciplinando matéria sobre obras, compras, serviços, alienações, concessões e locações, do ponto de vista administrativo e financeiro, estabelecendo regras gerais para Estados,⁶⁵ Municípios, Distrito Federal e Territórios e definindo regras exclusivas para a União.

A Constituição de 1967 não apresentava nenhum dispositivo que definisse e competência para legislar sobre licitação e o debate surgiu após a edição da Lei n. 5.456/68,

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

[...]

§ 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. BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁶² No entendimento de Maurício Godinho Delgado, o texto do Decreto-Lei n. 200/67 “induzia a administração estatal a desobrigar-se da realização de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato. [...] A dúvida que se mantinha situava-se quanto à extensão da terceirização autorizada na administração pública [...]”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.439.

⁶³ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

⁶⁴ As reformas administrativas implementadas pelo Estado brasileiro não serão objeto de análise aprofundada, dado o recorte contextual e metodológico pensado para a pesquisa, mas serão abordadas, como pano de fundo do fenômeno estudado. Nesse sentido, em relação à Reforma Administrativa de 1967, cabe ressaltar que o Decreto-Lei n. 200/76 representou a primeira tentativa relevante de implementação da chamada “Administração Pública Gerencial” no país, sustentada em pressupostos como a ampliação da autonomia da Administração Indireta e aprofundamento dos processos de descentralização, com vistas a atenuar a rigidez da burocracia estatal. Nesse contexto, no que tange a contratação de mão de obra, foco da presente análise, a reforma representou, em apertada síntese, um estímulo à adoção do regime celetista no seio da Administração Pública e à contratação de servidores por vias diversas que não a do concurso público.

⁶⁵ “Na esteira do permissivo legal, atendidas as normas gerais de cunho nacional, a exemplo dos Estados de São Paulo, Bahia, Santa Catarina, Pará, em Minas Gerais, foi promulgada a Lei 9.444, de 25 de novembro de 1987, que dispôs sobre licitações e contratos da Administração Centralizada e Autárquica estaduais, ficando revogada a Lei 7.921, de 4 de julho de 1978, que dispunha sobre a contratação de obras e serviços, aquisição, alienação e uso de bens do Estado e suas autarquias”. COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **O instituto da licitação no Direito brasileiro: Visão Crítica**. 2001. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, p.21.

por determinar, em seu art. 1º, a aplicação aos Estados e Municípios das “normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967 [...]”⁶⁶ e, *a posteriori*, com a promulgação do já mencionado Decreto-Lei n. 2.300/86, por estabelecer, em seu art. 85,⁶⁷ a aplicação das normas gerais, nele estabelecidas, aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios.⁶⁸

A Constituição da República de 1988, entretanto, resolveu a polêmica ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais relativas à licitação e contratos administrativos, conforme determinação do art. 22, XXVII, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

Redação original da Constituição de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (grifo nosso).

Redação com a alteração implementada pela Emenda Constitucional n. 19/98:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

⁶⁶ BRASIL. Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas às licitações previstas no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1968. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5456-20-junho-1968-359252-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 jan.2012.

⁶⁷ Art 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei.

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo não poderão: [\(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.360, de 1987\)](#)

a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação; [\(Incluído pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987\)](#)

b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos. [\(Incluído pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987\)](#). BRASIL. Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12300-86.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

⁶⁸ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a ausência de disposição sobre o tema gerou duas correntes doutrinárias: uma entendendo a licitação como “matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, “c” e §2º); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência de cada uma das unidades da federação”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 369. Sobre esse aspecto, Toshio Mukai posicionou-se no sentido de entender que a natureza jurídica das licitações e contratos administrativos é administrativista, tratando a licitação, do ponto de vista formal, como procedimento administrativo prévio ao contrato, embora ambos, sob a perspectiva material, apresentem conteúdo financeiro. A dissidência, entretanto, foi dirimida pela Constituição de 1988, conforme será demonstrado a seguir. MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos**: comentários aos estatutos federal, estadual, municipal e das entidades paraestatais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, 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 (grifo nosso).⁶⁹

O texto constitucional exige a edição, pela União, de dois diplomas legais distintos, dispondo sobre normas gerais: um primeiro, aplicável às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados e Municípios – obedecido o disposto no art. 37, XXI da CR/88 – exigência constitucional satisfeita com a edição, em 21 de junho de 1993, da Lei n. 8.666 –, e um segundo, relacionado às empresas públicas e sociedades de economia mista – nos termos do art.173, §1º, III da CR/88.

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados 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 de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [\(Regulamento\).](#)⁷⁰

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\).](#)

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\).](#)⁷¹

O objetivo do constituinte derivado foi dotar as empresas estatais, exploradoras de atividade econômica, de regras menos rígidas que aquelas previstas na Lei n.8.666/93, fato

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

⁷⁰ O regulamento mencionado refere-se à Lei n. 8.666/93.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

ainda não concretizado, em virtude da *mora legislatoris* relacionada à edição da lei referida pelo art. 173, §1º, o que obriga, hoje, no entendimento de Lucas Rocha Furtado, todas as entidades e órgãos da Administração Pública a submeterem-se às disposições da Lei de Licitações vigente.⁷² Para o autor, embora não seja ponto pacificado – ressalvadas as hipóteses de decisões judiciais declaratórias da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 8.666/93⁷³ –, enquanto não for aprovada a lei mencionada pelo art. 173, §1º, conclui-se, a partir da literalidade dos arts. 37, XXI e 173, §1º da CR/88, que a licitação é exigida para contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões de serviços públicos, sendo obrigados a licitar, conforme determinação do parágrafo único, do art. 1º da Lei n. 8.666/93, todos os órgãos da Administração Pública Direta, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o art. 173, §1º da CR/88 não é autoaplicável, “de modo que, por ora, continuam tais entidades a submeter-se à Lei n. 8.666”.⁷⁴ A dúvida ensejada pela combinação do art. 22, XXVII com o artigo 173, §1º, III, ambos da CR/88, entretanto, mantém-se em relação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos: se devem submeter-se ao procedimento comum, estabelecido pela Lei n. 8.666/93, ou ao procedimento a ser ainda previsto pelo estatuto jurídico das empresas estatais. A autora entende que todas as empresas estatais, independentemente da atividade que exerçam, poderão sujeitar-se a procedimento diverso daquele estabelecido pela Lei de Licitações, dado o intento do constituinte de prover procedimento simplificado para as entidades caracterizadas pela natureza empresarial.⁷⁵

⁷² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.335.

⁷³ O tema é polêmico e está em julgamento, na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário – RE n. 441.280/RS – que discute, diante da não aprovação da lei referida no art. 173, §1º, III da CR/88, a aplicação ou não do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, à Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás, sociedade de economia mista. O STF, entretanto, em várias decisões monocráticas, deferiu liminares à Petrobrás, em favor da utilização de seu próprio regulamento, suspendendo decisão do Tribunal de Contas da União que determinava a obediência das licitações da empresa às regras da Lei n. 8.666/93 (MS n.25.888/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes; MS n. 25.986/DF – Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.410/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski; MS n. 26.783/DF – Rel. Marco Aurélio; MS n. 27.232/DF – Rel. Min. Luiz Fux; MS n. 27.743/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia; MS n. 27.837/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia).

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.387.

⁷⁵ Em relação às entidades da Administração Indireta, determina o art. 199 da Lei nº 8.666/93 que editarão regulamentos próprios para publicação e aprovação da autoridade superior a que estiverem vinculados, “sujeitos às disposições da lei” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.387.

A despeito da mencionada discussão, relevante, especialmente, no âmbito da construção jurisprudencial – enquanto não sobrevier a norma referida no art. 173 da CR/88 –, está em vigor, cumprido exigência constitucional, a Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, revogando o antigo Decreto-Lei n. 2.300/86, regulamentando o art. 37, inciso XXI da Constituição da República e instituindo normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, além de determinar outras providências.⁷⁶ Debate de relevo tem sido feito pela doutrina em relação à extensão, abrangência e aplicabilidade da normatização trazida pela mencionada lei.

Em seu artigo 1º, define que todas as normas nela contidas possuem caráter geral,⁷⁷ o que significa dizer que têm aplicabilidade em todas as esferas de Governo, legitimada pela competência legislativa privativa da União para a edição de normas gerais, conforme disposto no art. 22, XXI da CR/88. Segundo entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, Estados e Municípios, respeitadas as normas gerais, poderão dispor sobre questões referentes ao procedimento administrativo da licitação.⁷⁸

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art.117, parágrafo único,⁷⁹ por exemplo, exige, implicitamente, prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança do trabalho, impondo requisito não previsto na Constituição da República e a Lei n. 8.666/93. Importante ressaltar, entretanto, que autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

⁷⁶ A Lei n. 8.666/93 foi parcialmente modificada pelas seguintes leis: Lei n. 8.883, de 08 de junho de 1994; Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998; Lei n. 9.854, de 27 de outubro de 1999; Lei n. 10.438, de 24 de abril de 2002; Lei n. 10.973, de 02 de dezembro de 2004; Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004; Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005; Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005; Lei n. 11.145, de 05 de janeiro de 2007; Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007; Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007; Medida Provisória n. 495, de 19 de julho de 2010, que se converteu na Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010; e Lei n. 12.440, de 07 de julho de 2011.

⁷⁷ 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. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁹ Artigo 117 - Ressalvados os casos especificados 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 de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Parágrafo único - É vedada à administração pública direta e indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público a contratação de serviços e obras de empresas que não atendam às **normas relativas à saúde e segurança no trabalho** (grifo nosso). SÃO PAULO. Constituição de 1989. **Constituição do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm>. Acesso em: 31 ago.2011.

entendem ser desarrazoada a exigência da Carta Constitucional paulista, exorbitando da Constituição da República de 1988 e da Lei n. 8.666/93.⁸⁰

Em que pese à Lei n. 8.666/93 ter sido gerada como norma geral, esgota, entretanto, as possibilidades de suplementação por parte dos demais entes da Federação, não permitindo que os Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. No entendimento de José Cretella Júnior,⁸¹ as normas gerais são parâmetros minudenciados por normas especiais, conforme as peculiaridades do direito local, estadual ou distrital. Somente serão constitucionais as normas gerais não invadam a autonomia dos entes federados. Portanto, seria o art.1º da Lei de Licitações inconstitucional, refletindo uma tendência legislativa centralizadora da União, ao invadir área de competência suplementar sobre licitações e contratos administrativos.⁸²

A inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o art. 115 concede aos ‘órgãos da Administração’ (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência [...].⁸³

A despeito do mencionado debate, a Lei n. 8.666/93 está em vigor, dispondo sobre o regramento geral do procedimento licitatório, conforme exigência do texto constitucional. A licitação é conceituada, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como procedimento administrativo em que, um ente público, no exercício da função administrativa⁸⁴, possibilita a

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 418.

⁸¹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei Federal nº8.666, de 21 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁸² No julgamento da ADI n. 927/RS, o STF concedeu liminar para que a expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, inserta no art. 17, I, “b” e II, “b” não seja aplicável a Estados e Municípios, considerando ter a União extrapolado sua competência para editar normas gerais, invadindo a seara dos demais entes em relação à edição de normas relativas à licitação e contratos administrativos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927. ADI n. 927. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 nov. 1993. Segundo Lucas Furtado, “trata-se de hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, haja vista o referido texto legal somente ser considerado inconstitucional em relação a Estados e Municípios, não o sendo em relação à União”. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.27.

⁸³ A determinação do art. 115 é, para a autora, entretanto, inútil porque os órgãos da Administração Pública já detêm competência, independentemente da previsão estabelecida na Lei n. 8.666/93, para editar atos normativos visando complementar o cumprimento da lei. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.371.

⁸⁴ É concebida como procedimento administrativo por constituir-se de um conjunto de fatos e atos relativos à Administração e ao licitante, objetivando a formação da vontade contratual. Importante ressaltar que, na expressão “ente público no exercício da função administrativa”, é possível conceber entidades privadas, com personalidade de direito privado, no exercício da função pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 368.

todos os interessados que se submetam às condições fixadas no instrumento convocatório⁸⁵, a formulação de propostas dentre as quais será selecionada a mais vantajosa para a celebração do contrato.⁸⁶

A realização do procedimento apresenta triplo objetivo: possibilitar à Administração a realização do negócio mais vantajoso; assegurar a participação dos administrados nos negócios realizados pela Administração Pública, mediante preenchimento de condições legal e previamente estabelecidas; e promover o desenvolvimento sustentável, atendendo a três pressupostos – proteção aos interesses e recursos públicos, obediência aos princípios impessoalidade e isonomia, conforme determinação dos arts. 5º e 37, *caput* da CR/88, e respeito às demandas de probidade administrativa, nos termos dos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Constituição de 1988.⁸⁷ Nesse sentido, dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666/93, com nova redação, dada pela Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010:

a licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifo nosso)⁸⁸.

O texto legal é claro no sentido de impor à Administração Pública o dever de buscar, no procedimento licitatório, a proposta que realize o interesse público imediato: “porém, a busca desse fim, isto é, a busca de maiores vantagens, não autoriza a violação das garantias individuais ou o tratamento mais favorecido a determinada empresa ou particular [...]”.⁸⁹ Lucas Rocha Furtado, nesse trecho, refere-se, especificamente, à necessidade de garantia do princípio da isonomia no tratamento dado aos possíveis interessados. A presente pesquisa,

⁸⁵ No instrumento convocatório – que será o edital ou carta convite, conforme a modalidade de licitação em análise –, estão contidas todas as condições básicas para a participação na licitação e para a formalização do contrato administrativo, o que legitima a expressão criada por Hely Lopes Meirelles: “O edital é a lei da licitação”.

⁸⁶ No direito privado, vigora o Princípio da Autonomia da Vontade. No Direito Administrativo, por seu turno, “a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital [...]”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.369.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534.

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 abr. 2012.

⁸⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28.

entretanto, propõe um olhar que ultrapassa a perspectiva de curto prazo, a percepção individualizada do administrado participante do procedimento e a leitura *ceteris paribus* do regramento legal: deve a Administração primar pelo interesse público mediato e imediato, em sentido constitucionalizado, em todas as suas facetas, sendo vedada a violação das garantias individuais também e, nomeadamente, do trabalhador, que fornecerá, em última análise, sua força de trabalho ao ente público.

A constitucionalização do interesse público, conforme será tratado no capítulo 5, é pressuposto do Estado Democrático de Direito, inserto no contexto pós-moderno, nos termos de Gustavo Binbenbojm, constituindo-se núcleo concreto da atividade administrativa, pautada, portanto, por um novo modelo de ponderação como critério de racionalidade do próprio Direito, relativizando, inclusive, o princípio basilar do ramo administrativista – “supremacia do interesse público sobre o interesse privado” –, ao propor a densificação conceitual de “interesse público” à luz da tessitura constitucional.⁹⁰

A licitação, instituto democrático por excelência, fundado no princípio da isonomia e na tutela ao patrimônio público, deve consolidar-se como instrumento de realização de direitos, não apenas da própria Administração e dos possíveis contratantes, mas, essencialmente, do trabalhador, “sujeito e objeto” do contrato administrativo de prestação de serviços e “sujeito e objeto” desta pesquisa. Na mesma linha proposta por Boaventura de Sousa Santos, para uma concepção pós-moderna de ciência, também na relação contratual – especialmente no trato trilateral Administração-contratado-trabalhador –, faz-se necessário “romper o círculo vicioso do objeto-sujeito-objeto, ampliando o campo da compreensão [...] da intersubjetividade, e por essa via vai ganhando para o diálogo eu/nós-tu/vós o que agora não é mais que uma relação mecânica eu/nós-eles/coisas”.⁹¹

A relação nascida do procedimento licitatório pode, inclusive, eventualmente, envolver outros atores, igualmente relevantes para a interação relacional no bojo do contrato – ou mesmo finalizado o processo de execução –, como o Ministério Público, com todas as suas ramificações, os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário, Ministério do Trabalho e Emprego, conforme a existência ou não de determinados direitos a serem tutelados. O procedimento e todas as suas relações conseqüências – a relação contratual, extra e pós-contratual –, na perspectiva de análise sociológica bourdieusiana, devem ser pensados como um “campo”, em

⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.16.

virtude do *locus* efetivo e simbólico ocupado por todos os atores envolvidos no processo de construção das relações, oriundas da práxis do instituto.

Todo recorte de realidade, proposto em torno do tema “licitação”, estriba-se nessa concepção de esfera de luta simbólica entre os atores para definição de arregimentações sociais, políticas e econômicas, onde o *habitus*, entendido como conjunto de comportamentos consolidado para leitura e interpretação da realidade, desempenha papel fundamental na composição de estratégias de reposicionamento e movimentações por pertencimento.

A análise pelo veio bourdieusiano, especialmente, a partir da definição de competências de cada ator envolvido pela trama licitatória, será feita nos capítulos seguintes. Mas já merece menção, para introduzir o debate sobre a alteração promovida no texto legal, que acresceu um objetivo de grande relevância à licitação e, portanto, deve ser contextualizada na construção discursiva de “campo”, *habitus* e espaço simbólico de definição de lugares, comportamentos, custos e benefícios, especialmente, pela inserção na construção pós-moderna.

A Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010,⁹² inseriu como objetivo, no art. 3º da Lei n. 8.666/93, “a promoção do desenvolvimento nacional”, tendo a Lei nº 12.349/2010,⁹³ acrescido, ainda, o termo “sustentável”. Em síntese, o legislador incluiu “a promoção do desenvolvimento nacional sustentável” na literalidade da Lei nº 8.666/93, como novo objetivo do procedimento licitatório, em paridade com “a observância do princípio da isonomia” e com a “seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”, ambas já previstas pela redação originária.

Houve tentativa de supressão do mencionado objetivo do texto da Medida Provisória nº 495/2010, por meio de emenda, no Congresso Nacional, alegando-se excesso de amplitude do termo. No entanto, o acréscimo ao artigo 3º foi aprovado, fundamentado em dispositivos constitucionais⁹⁴ e na necessidade de “adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda

⁹² Foi convertida, *a posteriori*, na Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. BRASIL. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

⁹³ BRASIL. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

⁹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias de bens e serviços domésticos”.⁹⁵

Alguns autores, como Lucas Rocha Furtado, interpretam como imprecisa a afirmação de que o instituto da licitação deve ter como destinação a “promoção do desenvolvimento nacional”, a menos que tenha sido intuito do legislador fixar essa finalidade como motivo suficiente para a realização do certame e sugere a seguinte redação: “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e para a promoção do desenvolvimento nacional [...]”.⁹⁶

Seria, talvez, mais acertada a redação mencionada. Entretanto, o que soa realmente relevante, com a inclusão desse novo objetivo da licitação, no texto legal, é a manifesta preocupação do legislador em ressaltar que o procedimento e, nomeadamente, o contrato administrativo, são meios e não fins em si mesmos, na mesma linha hermenêutica concebida pela teoria da instrumentalidade do processo judicial.⁹⁷

Nesse sentido, preconiza Marçal Justen Filho que a licitação “é um instrumento jurídico para a realização de valores fundamentais e a concretização dos fins impostos à

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

[...]

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 30 set.2011.

⁹⁵ Vide exposição de motivos contida na Mensagem nº 410/2010, enviada pelo Poder Executivo para respaldar as sugestões de alterações na Lei nº 8.666/93.

⁹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.30.

⁹⁷ “Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem [...]. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que, através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico”. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Administração. Portanto, a licitação não apresenta fins em si próprios”.⁹⁸ O procedimento licitatório e o contrato celebrado são meros mecanismos para o atendimento de necessidades da Administração Pública, do interesse público, constitucionalmente balizado,⁹⁹ e, por conseguinte, da própria sociedade.

Lucas Rocha Furtado conclui que, quando for a Administração Pública realizar licitação para suprimento de alguma necessidade, que o faça de forma que promova, além dos demais objetivos arrolados no art. 3º, também o desenvolvimento nacional sustentável, mesmo que traga “ônus maiores para a Administração Pública [...]”¹⁰⁰: o novo objetivo tem caráter impositivo e deve ser almejado em toda e qualquer licitação.¹⁰¹

A nova redação dada ao dispositivo é bastante sintomática, se analisada no contexto pós-moderno. O Direito Administrativo do século XXI, nos termos de Sérgio Guerra, passou de guardião dos poderes do Estado a defensor das liberdades individuais, e as escolhas administrativas devem pautar-se, portanto, pela principiologia, por experiências do cotidiano e pela observação dos novos temas que permeiam a sociedade de riscos, tornando-se adaptáveis às mudanças econômicas e sociais e acoplando-se aos anseios da realidade.¹⁰²

A “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” foi guindada à condição de objetivo da licitação – em verdade, a categoria ainda mais elevada, de princípio norteador do procedimento – na esteira da movimentação pós-moderna em que se insere a sociedade brasileira e, por conseguinte, o próprio Direito, a produção legislativa e a gestão pública: “só assim o direito administrativo pode ser um instrumento para a efetividade dos direitos fundamentais”.¹⁰³

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.60.

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰⁰ O autor entende que seria, inclusive, um novo princípio da licitação. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.30.

¹⁰¹ Vale ressaltar que a Lei 12.349/2010 não apenas incluiu um novo objetivo no *caput* do art. 3º, como também tratou de aspectos concretos para a efetivação do novo preceito. Com a inserção dos parágrafos 5º ao 12, no art. 3º, por exemplo, foram criadas medidas como a instituição da “margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais” o que, para Lucas Rocha Furtado poderá decidir o certame “em face de fator estranho ao objeto da licitação e, portanto, não associado à específica necessidade da Administração que venha a motivar a abertura do procedimento, mas a outros interesses”, como aqueles previstos no §6º do art. 3º da Lei nº 8.666/93: geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, dentre outros. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31.

¹⁰² GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.96.

¹⁰³ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.97.

O tema “sustentabilidade” consolidou-se, a partir da década de 80, como conceito bem delineado, *a priori*, na seara ambiental.¹⁰⁴ No bojo da discussão sobre “desenvolvimento sustentável”,¹⁰⁵ o modelo desenvolvimentista tradicional passou a ser repensado, a partir de reformulações substanciais, nascendo um novo marco axiológico relacionado à gestão pública, pautada pelo equilíbrio e pelo redesenho institucional, social, jurídico e cultural: a sustentabilidade surgiu como o dever de promover o bem-estar próprio e de terceiros, no presente e no futuro, em uma abordagem social, econômica, ambiental, ética e jurídico-política.¹⁰⁶

A noção de crescimento econômico desregrado, portanto, passou a ser sopesada pela ideia de equidade, sociedade solidária, desenvolvimento inclusivo e por determinações éticas e jurídico-institucionais de uma cultura sustentável nascente e do próprio ordenamento.¹⁰⁷ Identificar arranjos sociais mais justos, decisões e comportamentos equânimes tornou-se mote e papel instrumental relevante na busca pela justiça¹⁰⁸ e pela sustentabilidade. O princípio da sustentabilidade, como define Juarez Freitas, de caráter constitucional, vinculante, pautado pela pluridimensionalidade – dimensão social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental¹⁰⁹ – determina, portanto, a necessária responsabilidade da sociedade e do Estado pela construção compartilhada de um modelo inclusivo por meio da

concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no

¹⁰⁴ Nessa linha, inclusive, embora o conceito de sustentabilidade tenha embasamento em dimensões variadas, como a social, ambiental, ética, jurídica e econômica, há forte tendência de tratamento, pela doutrina, do tema “licitação sustentável”, pelo veio ambiental, conceituando-a como “aquelas em que se inserem critérios ambientais nas especificações contidas nos editais de licitação, para a aquisição de produtos, para a contratação de serviços, para a execução de obras, de forma a minimizar os impactos ambientais gerados por essas ações”. TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 71, p. 219-242, jan./fev. 2012, p. 221. Nesse sentido, tem-se, como exemplo, o “Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo”. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo**. 2. ed. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&ordenacao=1&id_site=777. Acesso em: 17 abr. 2012. A presente pesquisa, entretanto, abordará o tema – considerado o recorte proposto, relativo à tutela de direitos do trabalhador – adotando conceituação ampliada de sustentabilidade, nos termos propostos por Juarez Freitas, conforme se verá a seguir. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁰⁵ A expressão “desenvolvimento sustentável” é utilizada, pela primeira vez, em 1987, no Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas – ONU.

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

¹⁰⁷ “A noção de crescimento econômico iníquo e a qualquer custo, tão cara a economistas, juristas e políticos superficiais, passa a ser agudamente problematizada e tendencialmente desconstituída pelos intelectos mais bem equipados”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.30.

¹⁰⁸ SEN, Amartya. **A Idéia de Justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

¹⁰⁹ Para Juarez Freitas, as referidas dimensões se entrelaçam e se constroem, mutuamente, em uma “dialética da sustentabilidade”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.65.

intuito de assegurar, referencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.¹¹⁰

Na perspectiva jurídico-política, a sustentabilidade consolidou-se como premissa e princípio constitucional, insculpida em direitos e deveres fundamentais, lastreados em uma interpretação sistemática do ordenamento e do próprio Estado Democrático de Direito. O sistema jurídico, percebido como uma teia axiológica de princípios e valores hierarquizados, comporta dialogia e capacidade de aprendizagem, que concede ao Direito a possibilidade de autotransformação e, essencialmente, de modificação da realidade.

Nesse viés, a inclusão textual de uma diretriz para o contrato administrativo e para o procedimento licitatório, voltada para a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, como objetivo e princípio da licitação, instituto de grande relevância no contexto democrático, torna evidente a necessidade de sopesamento de todas as dimensões – social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental – no momento de escolha do melhor interessado, durante a fiscalização de toda a execução do contrato administrativo celebrado e, finalmente, quando finalizado o contrato, com análise e controle dos resultados oriundos da relação posta.

A tutela dos direitos trabalhistas no procedimento licitatório insere-se nesse contexto: o Direito – em todos os seus ramos, inclusive, na seara trabalhista e administrativista –,¹¹¹ no contexto democrático pós-moderno, é chamado a compreender a complexidade e a multidimensionalidade que permeia os fenômenos da vida,¹¹² sendo necessária uma releitura de métodos, lastros epistemológicos, vícios de linguagem e de comportamento, para que seja percebida a unidade real e intrincada inerente ao fato jurídico.

Não é possível conceber a licitação, como cânone da segurança jurídica e instituto garantidor da supremacia do interesse público – relido, do ponto de vista administrativista, a partir da tessitura constitucional – senão pelo viés da sustentabilidade, como propõe o próprio texto legal, impondo a necessidade de orientação da gestão pública pela tutela da dignidade da pessoa humana, da cidadania e dos direitos sociais do trabalho – pertencentes ao trabalhador, absorvido pelo procedimento licitatório: “precisamente, na dimensão social da sustentabilidade, avultam os direitos fundamentais sociais [...]”.¹¹³

¹¹⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 41.

¹¹¹ Vide análise de Juarez Freitas sobre a sustentabilidade e o novo Direito Administrativo. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.41.

¹¹² FAGÚNDEZ, Paulo R. A. **O Direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

¹¹³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 56.

[...] merece ser implementada uma revigorante e inteligente *Agenda da Sustentabilidade*, com o advento primordial das medidas que seguem:

[...]

A obrigatoriedade de licitações sustentáveis, em todas as esferas federativas, isto é, cumpre partir para a *implementação imediata das licitações sustentáveis*, com a adoção de critérios objetivos, impessoais e fundamentados de sustentabilidade para avaliar e classificar as propostas, em todos os certames, **com novo conceito de proposta vantajosa**. A obrigatoriedade decorre da aplicação direta do princípio em tela [princípio da sustentabilidade], tese facilitada após sua recente explicitação, que alterou o art. 3º da Lei de Licitações (grifo nosso).¹¹⁴

O art. 3º da Lei n. 8.666/93 sintetiza, portanto, no entendimento de Marçal Justen Filho, “o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo”. O texto legal transparece, nessa guisa de raciocínio, a necessidade de se emprestar olhar aprofundado sobre o procedimento licitatório e suas finalidades – doutrinária¹¹⁵ e legalmente definidas –, para percebê-los à luz dos preceitos constitucionais e das demandas de acoplamento à realidade.

Contextualizado o instituto da licitação, analisados seus pressupostos e o dever de licitar, na seção seguinte, será o procedimento delineado para entendimento do problema relativo à tutela dos direitos trabalhistas, proposto pela pesquisa.

1.3 O Procedimento: Conceito, Princípios, Conteúdo e Fundamentação Jurídico-legal

Vivemos tempos de insegurança. No entanto, a segurança continua sendo não apenas um objetivo, mas uma necessidade cada vez mais intensa dos homens deste como de todos os séculos. Discursos, propostas, avisos sobre segurança não provam senão o quanto de insegurança domina os medos, receios, anseios dos homens. (Cármem Lúcia Antunes Rocha).¹¹⁶

Nesta seção, o procedimento da licitação e seu regramento, previsto na Lei n. 8.666/93 e na Lei n.10.520/2002, serão explicitados, não de forma pormenorizada, por não se tratar de pesquisa direcionada para a análise e esmiuçamento do instituto, mas buscando-se apresentar os elementos e disposições relevantes para o embasamento da análise, voltada para a proteção da mão de obra que presta serviços à Administração Pública. Ressalte-se que a presente pesquisa não se pretende administrativista ou trabalhista; ao contrário, consiste em tentativa de imprimir a imparcialidade demandada por uma investigação científica, almejando observar

¹¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.90-91.

¹¹⁵ “A doutrina, conquanto não nos forneça uma conceituação uniforme desse procedimento administrativo, é acorde no acentuar os seus traços essenciais e suas finalidades”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28.

¹¹⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Sobre o tema. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

e analisar o fenômeno jurídico sob os veios do Direito, em todas as suas perspectivas, entendido de forma multifacetada e interdisciplinar.¹¹⁷

Como já demonstrado, a Constituição da República exige a utilização do instituto da licitação para contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões de serviços públicos (arts. 37, XXI e 175 da CR/88).¹¹⁸ De modo similar, o art.2º da Lei n. 8.666/93 demanda licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.¹¹⁹ E são obrigados a licitar todos os órgãos da Administração Pública¹²⁰ Direta, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.1º, parágrafo único).¹²¹

A licitação é, portanto, instrumento de utilização obrigatória, instituto de Direito Administrativo, metamórfico – em busca de adaptação à realidade socioeconômica e jurídica

¹¹⁷ No entendimento do cientista social Marcos Nobre, no campo do Direito, há um isolamento em relação às outras ciências e uma confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica. A presente pesquisa é um esforço no sentido de efetivamente gerar uma “produção acadêmica desenvolvida segundo critérios de pesquisa científica”. NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, nº66, p.145-154, julho 2003, p. 148.

¹¹⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

¹¹⁹ Vale também ressaltar que a Lei n. 8.666/93, conforme já explicitado, dispõe sobre as normas gerais, havendo algumas disposições específicas em outros diplomas: alguns benefícios para micro e pequenas empresas estão instituídas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 – entre os arts. 42 a 48; algumas peculiaridades dos contratos de concessões de serviço ou obra pública estão reguladas pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e pela Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995, bem como as Parcerias Público-privadas são regidas pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

¹²⁰ Importante mencionar que o art. 6º, XI da Lei n. 8.666/93 conceitua Administração Pública, para os fins da referida Lei de Licitações: “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹²¹ A adoção do procedimento licitatório é a regra; as exceções em que o administrador está autorizado a não utilizar o regramento geral estão no próprio texto da Lei n. 8.666/93 e outros dispositivos legais. Citam-se alguns exemplos, abordados pela doutrina: as licitações relativas a telecomunicações, regidas, inconstitucionalmente, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, embora tenha sido excepcionada a contratação de obras e serviços de engenharia civil; a inclusão, pela mesma lei, no âmbito das competências do Executivo, dos serviços de radiofusão sonora e de sons e imagens; as licitações da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP –, reguladas pela Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997, incorrendo na mesma inconstitucionalidade, segundo ao autor; algumas obras e serviços destinados à realização da Copa das Confederações da FIFA, em 2013, da Copa do Mundo de Futebol, em 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, em 2016, serão realizadas pela via do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, conforme previsão da Lei n. 12.462, de 05 de agosto de 2011, resultante da Medida Provisória n. 527/2011. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 535-538.

que regulamenta. Nesse quadro, uma das questões de maior relevância, quando se avalia o tema, refere-se aos princípios que norteiam o procedimento, embora não haja uniformidade entre os doutrinadores em relação à indicação consensual da teia principiológica reguladora do instituto. Por essa linha, adotando-se o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²², que se aproxima da orientação de Hely Lopes Meirelles¹²³ e da vertente adotada pelo art.3º do antigo Decreto-Lei n. 2.300/86 e da Lei n. 8.666/93,¹²⁴ destacam-se os seguintes princípios: igualdade; legalidade; impessoalidade; moralidade e probidade; publicidade; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo; adjudicação compulsória; ampla defesa; licitação sustentável.

A análise dará especial ênfase aos princípios da igualdade, legalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório, eficiência, todos de suma relevância para o objeto da presente pesquisa,¹²⁵ acrescentando-se ao rol o mais recente princípio incluído no texto legal, em 2010: o princípio da licitação sustentável, já mencionado na seção anterior, lembrando que a própria licitação é considerada, em si, um princípio pela doutrina.¹²⁶

O princípio da legalidade preceitua a estrita vinculação do procedimento licitatório à lei, devendo a Administração seguir, rigorosamente, todas as fases estabelecidas na Lei n. 8.666/93 e, por conseguinte, estabelecidas no edital de convocação – princípio da vinculação ao instrumento convocatório.¹²⁷ O art.4º vai além, ao estabelecer que todos os participantes da

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹²⁴ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impessoalidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da **publicidade**, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (**Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010**) (grifo nosso). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹²⁵ Vide COSTA, Mila Batista Leite C. Direitos trabalhistas no procedimento licitatório. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, LTr, São Paulo, ano 9, n. 34, p.116-131, jul. 2010.

¹²⁶ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da licitação é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 372.

¹²⁷ Segundo Flávio Amaral Garcia, hodiernamente, o princípio da legalidade sofre sopesamentos, “já havendo uma maior flexibilização da idéia de legalidade estrita”. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. “Sob a égide da Carta Democrática, não adianta invocar a máxima de que lei é lei, porque, sobre ser tautológica, trai irresponsabilidade moral repulsiva, a qual não se coaduna com o patamar evolutivo associado à ótica da sustentabilidade”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 250. Na mesma linha, Gustavo Binenbojm, conforme será tratado no capítulo 5. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

licitação têm direito subjetivo público à fiel observância do procedimento estipulado em lei, cabendo, inclusive, impugnação judicial ao procedimento.¹²⁸

Pautada pelo veio da legalidade, discussão importante para esta pesquisa era travada, na doutrina e jurisprudência, acerca da possibilidade de exigência de comprovação, na fase de habilitação, de cumprimento de normas trabalhistas pelos interessados, mesmo não havendo previsão legal que autorizasse a requisição. Prevalencia o posicionamento de que o rol do art. 27 da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre os requisitos necessários para a habilitação dos interessados no procedimento, era taxativo, não cabendo impor tal exigência sem previsão no texto legal. Esse debate foi suplantado, entretanto, como se verá, no capítulo seguinte, com a edição da Lei n. 12.440, de 07 de julho de 2011, que acrescentou, aos requisitos necessários para habilitação em licitações, a comprovação da regularidade trabalhista, com a criação, no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista – CNDT.¹²⁹

O princípio da igualdade, por sua vez, permite à Administração a escolha da melhor proposta e assegura aos interessados igualdade de direitos. Esse princípio – previsto no art.37, XXI da CR/88 – veda “o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais”.¹³⁰ Nessa guisa, no âmbito de abrangência do mencionado princípio, o Estado, quando não exigia a comprovação de cumprimento dos direitos trabalhistas, criava condições desiguais de competição entre os interessados: aquele que cumpria as determinações legais trabalhistas estava em nítida

¹²⁸ Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm **direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública (grifo nosso). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹²⁹ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

~~IV - regularidade fiscal;~~

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (**Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011**) (**Vigência**)

V – cumprimento do disposto no **inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal**. (**Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999**). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.355.

desigualdade diante do competidor descumpridor, na medida em que a licitação privilegia a proposta daquele que apresenta o menor custo de contratação à Administração Pública.¹³¹

Como o legislador brasileiro flagrantemente deu preferência para o tipo de licitação “menor preço”,¹³² a Administração escolheria o licitante que demonstrasse custo menor ao erário, independentemente da precarização ou não da mão de obra empregada. A inserção, no rol do art. 27 da Lei de Licitações, de requisito, relativo à exigência comprovação de regularidade trabalhista, foi um limitador dessa discrepância, amenizando possíveis processos precarizatórios ostensivos, em virtude da necessidade de apresentação, na habilitação, de uma certidão negativa de débito trabalhista, emitida pelo Poder Judiciário Trabalhista, comprobatória de inexistência de créditos inadimplidos na Justiça do Trabalho.

A criação desse novo requisito, voltado para a tutela do trabalhador, contratado via licitação, representou enorme avanço em prol da dignificação do trabalho, mas apresenta uma falha relevante: não foi reproduzida na Lei n. 10.520/2002, existindo, hoje, lacuna que permite interpretações diversas sobre a possibilidade de exigência da documentação comprobatória da regularidade trabalhista nesta modalidade de licitação. E a questão controversa ganha proeminência, na medida em que a modalidade pregão, prevista pela referida lei, é obrigatória, no caso de contratação de serviços comuns¹³³ – conservação e limpeza, apoio administrativo, atividades auxiliares, dentro outros –, por determinação do Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamentador da Lei n. 10.520/2002, e, no caso do Estado de Minas Gerais, do Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008,¹³⁴ conforme se verá adiante.

¹³¹ Os tipos de licitação e a fase de habilitação serão analisados adiante.

¹³² Os tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço” ficaram limitados, de modo geral, às hipóteses de contrato cujo objeto refere-se a serviços de natureza predominantemente intelectual. A preferência do legislador pelo tipo “menor preço” foi tão ostensiva que mesmo no tipo “melhor técnica”, é o critério do preço que prevalece sobre o da técnica. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹³³ A licitação para contratação de serviços comuns é justamente o objeto da presente pesquisa. Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.520/2002, consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos da lei, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹³⁴ Em Minas Gerais, o Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008, “contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências”, regulamentando a Lei Estadual n. 14.167, de 10 de janeiro de 2002, que “dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras

Nesse aspecto, o próprio princípio da licitação, corolário do princípio maior do Direito Administrativo, “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, impõe ao Estado a necessidade de tutela do interesse público, que deve não apenas ser entendido em sentido lato, como ser ressignificado à luz dos preceitos constitucionais, conforme será analisado no capítulo final, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei quanto na aplicação pela Administração Pública.

Por esse viés, o legislador andou bem, inspirado pelo bem-estar coletivo, pela construção principiológica, densificada pelo texto constitucional, pelo veio da dignificação, proposta pela concepção alargada de “sustentabilidade”, aplicável à licitação, ao criar um requisito objetivo na fase de habilitação para a aferição da regularidade trabalhista, considerando ser a tutela de direitos sociais relativos ao trabalho matéria de interesse público.

Falhou, entretanto, ao não reproduzi-lo na Lei n. 10.520/2002, o que obrigaria, sem qualquer debate, a aplicação, pela Administração Pública, do requisito à modalidade pregão, utilizada para a contratação, como mencionado, de serviços comuns que, de modo geral, empregam mão de obra menos qualificada e, por conseguinte, demandam mais proteção e cautela. O relato de experiência proposto, no capítulo 4, versará, exatamente, sobre a contratação, pelo Poder Público, de serviços de limpeza e conservação, via licitação, cujo resultado foi a inadimplência de direitos trabalhistas por parte da empresa contratada durante a execução do contrato administrativo.

As questões suscitadas esbarram ainda no princípio da eficiência: a busca pela utilização racional dos recursos públicos. Foi incluído, no *caput* do art.37, pela Emenda Constitucional n. 19/98, e deve sempre ser conjugado com a efetividade do interesse tutelado. “Não se exige mais apenas que o administrador público aja dentro dos limites legais. É fundamental, também, que a ação administrativa seja eficiente e que produza resultados eficazes para a sociedade”:¹³⁵ são os direitos sociais do trabalho, portanto, parâmetros de efetividade a serem alcançados na licitação sob o ponto de vista teleológico do procedimento.

Deriva da eficiência o princípio da economicidade, previsto no art. 70 da CR/88, apregoando a busca pela melhor relação custo/benefício nas contratações administrativas: “assim, nem sempre o menor preço pode se revelar como a melhor alternativa para a Administração Pública. É preciso que seja o menor preço dentre os bens e serviços que

providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

¹³⁵ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 05.

atinjam um padrão mínimo de qualidade previsto no edital”,¹³⁶ de onde se extrai o argumento de que a melhor contratação, no caso de serviços comuns, envolvendo prestação de serviços com mão de obra, é aquela que propugna pela escolha do licitante mais idôneo em relação ao cumprimento da legislação trabalhista aplicável – preenchendo o significado constitucionalizado de “interesse público”, nos termos de Gustavo Binjenbojm –,¹³⁷ o que pode ser aferido, em parte, pela Certidão Negativa de Débito Trabalhista.

Em verdade, a ação da Administração não pode mais desconsiderar, em nenhum momento, a eficiência – melhor utilização possível dos escassos recursos públicos – [...], mas deverá dar a mesma importância à eficácia – atingimento mais completo da meta colimada – e à efetividade, porque a base sobre a qual se sustenta a própria razão de ser da Administração: o real atendimento das necessidades coletivas, enfim, do interesse público [...].¹³⁸

A acuidade da Administração, inclusive, ao resguardar o cumprimento das obrigações trabalhistas – seja no momento da habilitação, seja durante e após a execução do contrato administrativo, conforme será tratado no capítulo seguinte –, cumpriria o princípio da eficiência de duas formas: do ponto de vista patrimonial, poderá a Administração assegurar uma contratação saneada, de forma a não ter de arcar com créditos trabalhistas futuros não pagos pelo licitante, diante da possibilidade de responsabilização subsidiária do Estado, em caso de culpa na fiscalização do contrato, mesmo com a declaração de constitucionalidade do art.71, §1º da Lei n. 8.666/93, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010, conforme será analisado adiante;¹³⁹ e, segundo, do ponto de vista da tutela do interesse público e da moralidade administrativa, estará a Administração primando pelos direitos trabalhistas, definidos, pela Constituição da República, como direitos sociais, inerentes à tessitura constitucional que orienta a prática administrativa.

É a “boa administração” preceito contido no princípio da moralidade, que exige da Administração comportamento, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁴⁰ não apenas lícito, mas conforme a moral, bons costumes, princípios da justiça, equidade e honestidade. A

¹³⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 05.

¹³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹³⁸ BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2005. p.18.

¹³⁹ O tema será tratado adiante, mas, para contextualizar a informação dada, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, julgada pelo Supremo Tribunal federal em novembro de 2010, declarou o §1º, do art. 71 da Lei n. 8.666/93 constitucional.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

licitação, conforme José Cretella Júnior¹⁴¹, restringe o arbítrio do administrador, afasta a ilegalidade e põe a salvo a moralidade pública. O princípio da moralidade, entretanto, alcança não apenas o administrador, mas também os licitantes.¹⁴²

Deve a Administração Pública, portanto, sustentar-se em esteios de eficiência, eficácia, transparência, motivação, imparcialidade e moralidade, devendo observar “a cogência da totalidade dos princípios que a regem”.¹⁴³ No entendimento de Eurico Bitencourt Neto, é juridicamente possível, inclusive, justificar a existência de um direito fundamental à boa administração pública no Direito Constitucional brasileiro, o que, para além de assegurar “o devido destaque à dimensão subjetiva de relevantes normas procedimentais, facilita a justificação de outras posições ativas justiciáveis que se façam indispensáveis à tutela da dignidade da pessoa humana”.¹⁴⁴

Por fim, o princípio da licitação sustentável, incluído, textualmente, no art. 3º da Lei n. 8.666/93, a partir da adoção de um novo objetivo para a licitação, a “promoção o desenvolvimento nacional sustentável”, pressupõe a ressignificação do procedimento à luz do conceito de sustentabilidade. No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio implica incentivo, por meio do procedimento, à preservação do meio ambiente, analisando, para tanto, a evolução legislativa relativa à seara ambiental.¹⁴⁵

O presente trabalho, entretanto, ousa ampliar o conceito de sustentabilidade, inaugurado pelo dispositivo legal, alçando-o à condição de fio condutor do procedimento, a partir da proposta de Juarez Freitas, já mencionada, que a define como princípio constitucional que propugna pela responsabilização partilhada do Estado e da sociedade, com eficácia imediata e direta, pela consolidação de um desenvolvimento material e imaterial, inclusivo e equânime.

A licitação deve buscar, portanto, um novo conceito de proposta vantajosa, a partir da formulação de “fundamentos de sustentabilidade para avaliar e classificar as propostas”,¹⁴⁶ para celebrar contratos administrativos sustentáveis, tornando-se verdadeiro instrumento

¹⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹⁴² “A despeito do seu caráter subjetivo – já que moral é um conceito aberto, sujeito a variações de época, de locais e de pessoas – implica a observância de comportamento ético no transcorrer das licitações públicas”. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 05.

¹⁴³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

¹⁴⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito à boa administração pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (coord.). **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.167.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.383.

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.90-91.

democrático, conformador de graus de segurança jurídica e, nomeadamente, de justiça social, quando se tratar de contratação de mão de obra.

1.3.1 A Lei de Licitações e o Procedimento Padrão: Delineamentos

Do ponto de vista técnico, a Lei n. 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, em seu art. 22, que serão apenas brevemente mencionadas, por não constituírem parte do recorte estabelecido para a pesquisa: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão.¹⁴⁷ Como tradicionalmente conceituado pela doutrina, a concorrência é a modalidade de licitação realizada com ampla publicidade, visando à participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital. A tomada de preços, por seu turno, é “realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.¹⁴⁸ No Convite, a Administração seleciona o número de licitantes, conforme previsão legal, e, somente a estes, solicita ofertas.

¹⁴⁷ Art. 22. São modalidades de licitação:

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

[...]

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.381.

O Concurso, conforme define Lúcia Valle Figueiredo, é meio de seleção da melhor capacidade técnica ou artística, utilizado na aferição da capacitação pessoal.¹⁴⁹ Por fim, o Leilão, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é a modalidade de licitação utilizada para venda de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, por força de execução judicial;¹⁵⁰ é utilizado, ainda, para venda de imóveis, adquiridos em procedimento judicial ou dação em pagamento. O pregão é a sexta modalidade de licitação, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, originalmente criado pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel –, e que será tratado na seção seguinte.

O procedimento da licitação inicia-se com a abertura do processo, ainda na fase interna, na repartição interessada, quando a autoridade competente “autoriza ou determina sua realização, descreve seu objeto e indica os recursos hábeis para sua despesa”.¹⁵¹ Na fase externa, a licitação realiza-se em uma série de atos concatenados, iniciando-se com a audiência pública, no entendimento de Hely Lopes Meirelles, passando pelo ato convocatório, recebimento da documentação e propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, adjudicação e homologação,¹⁵² nos termos do art. 43 da Lei n. 8.666/93:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a **documentação relativa à habilitação** dos concorrentes, e sua apreciação;

II - **devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados**, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - **abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados**, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - **verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital** e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, **promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;**

V - **julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;**

VI - **deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.**

§ 1º A **abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação** e as propostas será realizada sempre em **ato público previamente designado**, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos **os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.**

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.534.

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 164.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de **diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo**, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º **O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), **não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.**

§ 6º **Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão** (grifo nosso).¹⁵³

Conforme disposição legal, o procedimento padrão, adotado pela modalidade concorrência – parâmetro para as outras 04 modalidades previstas na Lei n. 8.666/93 –,¹⁵⁴ segue a seguinte ordenação de fases: **edital, habilitação, julgamento/ classificação, homologação, adjudicação**. São duas as fases fundamentais para Celso Antônio Bandeira de Mello: habilitação – demonstração dos atributos –, e julgamento – apuração da melhor proposta.¹⁵⁵

O edital é o ato por meio do qual a Administração divulga a abertura da concorrência, estabelece os requisitos para a participação dos interessados, define o objeto e as condições do contrato. Todo o procedimento licitatório está estritamente vinculado ao instrumento convocatório.¹⁵⁶ No momento da elaboração do edital, será especificado qual tipo de licitação norteará o procedimento, cujo rol está disposto no art.45, §1º: menor preço – o licitante vencedor será aquele que ofertar o menor preço conforme as especificações do edital ou convite –; melhor técnica; técnica e preço; e maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.¹⁵⁷

¹⁵³ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁵⁴ Não há muita diferença entre o procedimento da tomada de preços e da concorrência. A diferença mais relevante está na antecedência na publicação do edital (15 dias, conforme o art.21, §2º, III da Lei 8.666/93) e na fase de habilitação, que é realizada, antes do procedimento licitatório, para os inscritos no registro cadastral. Para os interessados que apresentarem a documentação, até o 3º dia anterior à data do recebimento das propostas, a habilitação é realizada durante o procedimento (art.22, §2º). No convite, contudo, o procedimento é bastante simplificado: não há fase de habilitação.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.501.

¹⁵⁶ O instrumento convocatório na modalidade convite é a carta convite e, nas demais das modalidades, é o edital.

¹⁵⁷ A terceira fase da licitação é marcada pelo julgamento das propostas e classificação pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos, estabelecidos no edital – são os chamados tipos de licitação. A quarta fase do procedimento é o da homologação, consistente na aprovação do procedimento. A quinta e última fase é a da adjudicação, que é o ato por meio do qual a Administração “atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato

A habilitação¹⁵⁸, segunda fase do procedimento padrão, é o conjunto de requisitos legais a ser preenchido pelo interessado para o exercício de um direito,¹⁵⁹ qual seja, participar do procedimento licitatório. É o ato prévio do julgamento das propostas, momento que exsurge “qualificação para licitar”, nos termos de José Cretella Júnior.¹⁶⁰ Os licitantes devem apresentar dois envelopes: um com a documentação relativa à habilitação e outro com documentos relacionados ao preço. Quando se tratar de licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço, “deverão ser entregues três envelopes: o primeiro com a documentação relativa à habilitação, o segundo contendo a proposta técnica e o terceiro contendo a proposta financeira”.¹⁶¹

Na terceira fase, a Administração julga e classifica, por ordem de preferência, as propostas habilitadas, obedecendo aos critérios objetivos e o tipo de licitação definido no edital, como mencionado. Há, portanto, dois momentos distintos na fase de julgamento: um primeiro, quando são abertos os envelopes, contendo as propostas habilitadas, em ato público, previamente designado – nos termos do art. 43, §§1º e 2º da Lei de Licitações –, quando transcorrido o prazo para interposição de recursos, apresentada manifestação de desistência expressa ou já julgados os recursos interpostos – art. 43, III da Lei n. 8.666/93; e um segundo, marcado pelo julgamento das propostas, conforme o “tipo de licitação” e demais critérios definidos no ato convocatório, além de outros fatores nele estabelecidos, “de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.¹⁶²

Quanto às duas últimas fases do procedimento licitatório, a homologação implica aprovação do procedimento, e é precedida de análise, pela autoridade competente, dos atos anteriormente praticados, para processamento de eventual anulação ou saneamento, quando oportuno, se verificado algum vício de ilegalidade. A adjudicação, por seu turno, representa o

final do procedimento. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 399.

¹⁵⁸ A documentação, exigida na fase de habilitação, constante do art. 27 da Lei n. 8.666/93, embora seja parte essencial do procedimento, tratado neste capítulo, será analisada no capítulo seguinte, para abordagem aprofundada dos requisitos e da alteração legislativa proporcionada pela Lei n. 12.440/2011.

¹⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁶¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 191.

¹⁶² Art. 45. O **julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo **em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com **os fatores exclusivamente nele referidos**, de maneira a **possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle** (grifo nosso). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

ato de atribuição ao vencedor, pela mesma autoridade competente para homologar, do objeto da licitação – ato final do procedimento. Deve-se ressaltar que é ato vinculado, podendo a Administração deixar de adjudicar somente em casos de revogação ou anulação – art. 49 da Lei n. 8.666/93 –, e meramente declaratório, não se confundindo com a celebração do contrato. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, houve uma inversão: anteriormente à Lei n. 8.666/93, o ato final do procedimento era a adjudicação, praticado pela própria Comissão de Licitação,¹⁶³ que seria, por fim, homologado pela autoridade competente. O art. 43, VI da referida lei dispõe, entretanto, que haverá deliberação da mencionada autoridade quanto à homologação e adjudicação, o que significa dizer que ambos os atos, de adjudicação e homologação, estão fora das atribuições da Comissão, transferidos ao escopo de competência da autoridade superior.¹⁶⁴

Após a adjudicação, a Administração convocará o adjudicatário para celebração do contrato, no prazo de 60 dias da data da entrega das propostas – art. 64, §3º da Lei de Licitações –, e, não atendida a convocação, ocorre perda do direito à contratação, estando, ainda, sujeito às penalidades tipificadas no art. 87 da mesma lei, quando a Administração poderá revogar a licitação ou convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação estabelecida, não estando obrigados a aceitar o contrato, considerando que ficam mantidas as condições propostas pelo vencedor – art. 64, §2 da Lei n. 8.666/93.¹⁶⁵

1.3.2 Pregão: Peculiaridades e Tratamento dos Serviços Comuns

¹⁶³ Art. 6º [...]

XVI – [...] comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁶⁵ Art. 64. A **Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente**, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, **convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas** pelo primeiro classificado, **inclusive quanto aos preços** atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos (grifo nosso). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

A experiência exitosa, na prática administrativa, autorizou a utilização do pregão em toda a esfera administrativa federal, pela via da Medida Provisória n. 2.026, de 04 de maio, de 2000, convertida, *a posteriori*, na Lei n. 10.520, de 21 de junho 2002, que passou a estender a Estados e Municípios¹⁶⁶ a possibilidade de adoção dessa modalidade de licitação. Exigência peculiar importante, especialmente, para a análise que será desenvolvida, é a necessidade de edição de regulamento, por cada ente da Federação, para definir a aplicação da mencionada lei e, portanto, do pregão. Nesse viés, no âmbito federal, foi aprovado o Decretos n. 3.555, de 08 de agosto de 2000, “para definir como os órgãos e entidades da Administração Pública federal irão proceder na aplicação dessa nova modalidade de licitação”.¹⁶⁷

De forma similar, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão aprovar decretos próprios, com regramento específico, para aplicação do pregão pelos órgãos das respectivas administrações diretas e entidades das indiretas, podendo optar pelo padrão estabelecido pelo diploma federal, não sendo possível, entretanto, dispor de forma a contrariar a Lei n. 10.520/2002, de obediência obrigatória, por todos os entes, e a Lei n. 8.666/93, de aplicação supletiva à mencionada lei.¹⁶⁸ Nessa linha, em Minas Gerais, foi aprovado o Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008, contendo o regulamento da modalidade pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, na esfera estadual, regulamentando a Lei Estadual n. 14.167, de 10 de janeiro de 2002, que “dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns”.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Vide ementa: “institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”. BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁶⁷ Lucas Rocha Furtado observa que ocorre, nesse caso, situação inusitada: o Decreto n. 3.555/2000 regulamenta lei que foi promulgada dois anos depois – Lei n. 10.520/2002. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 295.

¹⁶⁸ Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União: vide Acórdão n. 1.073/05.

¹⁶⁹ MINAS GERAIS. Lei n. 14.167, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 jan. 2002. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 abr.2012.

O objetivo do legislador, ao criar essa nova modalidade e possibilitar sua aplicação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, antes restrita ao âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, foi dar dinamismo e flexibilidade à rotina administrativa, ao simplificar o procedimento. O pregão foi concebido, pela Lei n. 10.520/2002, para ser utilizado, alternativamente, às demais modalidades de licitação, previstas no art. 22 da Lei n. 8.666/93 e já mencionadas no início desta seção, tendo seu uso restrito à contratação de bens e serviços comuns, ainda assim, de forma discricionária, a critério do administrador. Entretanto, no âmbito federal e, igualmente, no Estado de Minas Gerais, a discricionariedade deixou de existir por disposição expressa, respectivamente, do Decreto n. 5.450, de 05 de agosto de 2005,¹⁷⁰ e do Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente (grifo nosso).¹⁷¹

Art. 2º Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, a aquisição de bens e de serviços comuns será precedida, obrigatoriamente, de licitação pública na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos do art. 4º da Lei nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002.

§ 1º A impossibilidade de utilização do pregão em sua forma eletrônica deverá ser justificada no momento da abertura da licitação, nos autos do processo, pela autoridade competente.

§ 2º Excepcionalmente, nas hipóteses previstas no *caput*, a contratação por outra modalidade de licitação prevista em lei poderá ser autorizada pelo Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, no prazo de até cinco dias úteis a contar da solicitação motivada do dirigente máximo de órgão ou entidade envolvida, exceto aquelas controladas direta ou indiretamente pelo Estado.

§ 3º O dirigente máximo das entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, não contempladas no § 2º, poderá autorizar, motivadamente, a contratação por outra modalidade de licitação prevista em lei (grifo nosso).¹⁷²

Houve grande questionamento da doutrina acerca da restrição da discricionariedade, dada ao administrador pela Lei n. 10.520/2002, por norma infralegal. Para Lucas Rocha

¹⁷⁰ Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, na esfera federal.

¹⁷¹ BRASIL. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

¹⁷² MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

Furtado, a possibilidade está fundamentada no poder hierárquico,¹⁷³ atribuído ao chefe do Executivo, que tem competência para, *in casu*, impor o pregão como modalidade obrigatória, sendo aplicável à sua esfera de abrangência: o decreto federal tem força cogente no âmbito da administração federal e o diploma mineiro, na esfera da administração do Estado de Minas Gerais.

Significa dizer, em síntese, que bens e serviços comuns são, portanto, em relação à União e ao Estado de Minas Gerais, obrigatoriamente contratados mediante utilização da modalidade de licitação denominada pregão, o que gera implicações de suma relevância para o tratamento dos direitos trabalhistas tutelados pelo procedimento. Embora parte considerável da contratação de mão de obra, realizada pela Administração Pública, ocorra via pregão, o que demanda maior acuidade do Poder Público, no trato desta modalidade de licitação, em relação à tutela dos direitos de cunho trabalhista, há interpretação – distinta do veio adotado por esta pesquisa – no sentido de que não seria possível exigir-se, dos licitantes, comprovação de regularidade trabalhista, por tratar-se de exigência constante apenas da Lei n. 8.666/93, e não da Lei n.10.520/2002, apesar da aplicação subsidiária da Lei de Licitações ao procedimento do pregão, conforme será analisado quando do detalhamento da fase de habilitação.

Como mencionado, o pregão é utilizado, de forma cogente, para a aquisição de bens e serviços comuns¹⁷⁴, qualquer que seja o valor estimado da contratação,¹⁷⁵ sendo relevante a definição de quantias apenas para definir a forma de divulgação a ser utilizada, nos termos do art. 11, I, do Anexo I do Decreto n. 3.555/2000. Ao contrário das demais modalidades definidas pela Lei de Licitações, já brevemente mencionadas, não é o valor, portanto, que define a escolha da modalidade pregão e sim a natureza do objeto: o bem ou serviço, que deve

¹⁷³ O autor ressalta que, embora o Decreto n. 5.450/2005 faça referência ao poder regulamentar e ao art. 84, IV da CR/88, o caso mencionado refere-se a uma hipótese de poder hierárquico. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.297.

¹⁷⁴ Vale mencionar que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, as principais decisões referem-se ao debate acerca da utilização da modalidade de licitação pregão para bens e serviços não considerados comuns. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁷⁵ Vide art. 1º do Anexo I do Decreto n. 3.555/2000: “Este Regulamento estabelece normas e procedimentos relativos à licitação na modalidade de pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado” BRASIL. Decreto n. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

E inciso II, do § 2º do art. 3º do Decreto Estadual n. 44.786/2008 – “§2º Atendido o disposto no § 1º, o pregão poderá ser utilizado: [...] II - independentemente do valor estimado para o objeto da licitação e exclusivamente para as licitações do tipo menor preço”. MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

ser caracterizado como comum. O conceito de bens e serviços comuns é definido pela própria Lei n. 10.520/2002 – e, de forma idêntica, no Decreto n. 5.450/2005:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado** (grifo nosso).¹⁷⁶

O Decreto n. 3.555/2000 apenas acresce detalhamento ao conceito e, de forma idêntica, o Decreto Estadual n. 44.786/2008:

Art. 3º [...]

§ 2º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado (**Redação dada pelo Decreto nº 7.174, de 2010**).¹⁷⁷

Em relação ao procedimento, quanto à fase interna, a Lei n. 10.520/2002 dispõe, de forma detalhada, sobre o regramento, objetivando evitar falhas que possam ser impactantes na esfera de direitos dos licitantes e da própria Administração Pública, conforme previsão do art. 3º:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a **necessidade de contratação** e definirá o **objeto do certame**, as **exigências de habilitação**, os **critérios de aceitação das propostas**, as **sanções por inadimplemento** e as **cláusulas do contrato**, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a **definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara**, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a **justificativa das definições** referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis **elementos técnicos** sobre os quais estiverem apoiados, bem como o **orçamento**, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a **autoridade** competente **designará**, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o **pregoeiro** e respectiva **equipe** de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o **recebimento das propostas e lances**, a **análise de sua aceitabilidade e sua classificação**, bem como a **habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor**.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto n. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares (grifo nosso).¹⁷⁸

Além das especificações referenciadas no art. 3º da Lei n. 10.520/2002, o Decreto n. 3.555/2000 e o Decreto Estadual n. 44.786/2008 mencionam ainda a exigência de elaboração de Termo de Referência, indicando, conforme determina o decreto federal, elementos aptos a “propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de **orçamento detalhado**,¹⁷⁹ considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato” (grifo nosso)¹⁸⁰ e, nos termos do decreto estadual:

Art. 4º [...]

XX [...] os elementos necessários e suficientes:

- a) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária;
- b) ao julgamento e classificação das propostas, considerando os preços praticados no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda os constantes do sistema de registro de preços;
- c) à definição da estratégia de suprimento;
- d) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço; e
- e) à definição do prazo de execução do contrato.¹⁸¹

O Termo de Referência é de suma importância para orientação do pregoeiro no momento de classificação das propostas e, por conseguinte, para a realização da própria sessão pública: o pregão presencial é peculiarizado pelo fato de a disputa pelo fornecimento ser realizada em sessão pública, por meio de propostas escritas e lances verbais. “Diz-se

¹⁷⁸ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁷⁹ A doutrina questionava se haveria necessidade de constar, no edital, o orçamento detalhado, com a planilha de custos individualizada, por força da aplicação supletiva da Lei n. 8.666/93. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem adotado entendimento, segundo Lucas Rocha Furtado, no sentido considerar desnecessária a adoção da medida referida pela Lei de Licitações, pelo fato de a Lei n. 10.520/2002 já regular o tema. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 307.

¹⁸⁰ BRASIL. Decreto n. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁸¹ MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov. 2011.

presencial porque a disputa se dá em sessão pública que conta com a participação dos representantes das empresas”.¹⁸²

Na fase externa, apresenta peculiaridades em relação à tramitação procedimental tradicional, estabelecida pelo art. 43 da Lei de Licitações. A modalidade licitatória pregão promove alterações no procedimento padrão acima detalhado, com o intuito de imprimir celeridade: a mais importante delas é a inversão das fases da habilitação e do julgamento. A fase de habilitação é notadamente reconhecida como aquela que gera mais embaraços em uma licitação, “onde costuma ocorrer a maior parte dos recursos”¹⁸³ e mandados de segurança. O procedimento foi alterado, portanto, para que a análise de documentos, exigidos para a habilitação, somente seja realizada após o julgamento das propostas. Outra inovação refere-se à mescla de propostas escritas com lances verbais: os licitantes apresentam propostas escritas, em envelopes lacrados, que serão abertos na sessão pública do pregão, quando alguns serão convocados a apresentar lances verbais, com o intuito de se reduzir a proposta de menor preço até então apresentada.¹⁸⁴

O pregão, a despeito da realização dos trâmites internos, inicia-se com a convocação dos interessados, nos termos do art. 4º, respeitado o regramento dos 24 (vinte e quatro) incisos, e com a publicação do edital,¹⁸⁵ fixando local, data e horário para realização da sessão pública. Antes do início da sessão, deve o licitante ou seu representante fazer sua identificação para comprovação da assunção de poderes necessários para a prática dos atos referentes ao procedimento, procedendo ao credenciamento, quando, então, será declarada aberta a sessão pública para recebimento das propostas e da documentação de habilitação. A sessão objetiva, em linhas gerais, realizar a classificação das propostas e analisar se o licitante vencedor atende aos requisitos exigidos para a fase de habilitação, previstos no edital, de forma que, ao final da sessão, seja possível indicar o vencedor para a adjudicação do objeto licitado.

¹⁸² GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁸³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.305.

¹⁸⁴ Destoa, nesse caso, do leilão, quando são os licitantes convidados a apresentar lances maiores. No entendimento de Lucas Rocha Furtado, a jurisprudência mais relevante do Tribunal de Contas da União sobre o procedimento do pregão está sintetizada nos Acórdãos n. 57/04 e n. 688/04, ambos do plenário.

¹⁸⁵ Do edital devem constar, nos termos da Lei n. 10.520/2002, o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento, as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento, as normas que disciplinam o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso. BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

São entregues dois envelopes distintos ao pregoeiro – um com a proposta de preço e outro com a documentação exigida –, que procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preço e “classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço”.¹⁸⁶ Caso não haja, nos termos do art. 4º, IX da Lei n. 10.520/2002, pelo menos 3 (três) propostas nas condições acima referidas, poderão os autores das melhores ofertas, “até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos”.¹⁸⁷ O pregoeiro poderá, nesse contexto, realizar rodadas, indagando a cada licitante classificado e presente sobre a possibilidade de redução do preço oferecido, somente podendo encerrar a fase de lances verbais após o pronunciamento de todos os interessados pela não redução dos valores das propostas.

Cabe ressaltar que não há obrigatoriedade de apresentação de lances verbais pelo licitante: ele será excluído da fase de lances verbais, mas não do procedimento, prevalecendo ainda sua proposta escrita. Outra peculiaridade que merece ser ressaltada é a hipótese de não ocorrência de lances verbais, quando será analisada a compatibilidade entre a proposta escrita de menor preço e o valor estimado para contratação, circunstanciado no Termo de Referência, e estará autorizado o pregoeiro, por determinação legal do inciso XVII do art. 4º da Lei n. 10.520/2002, a negociar diretamente com licitante proponente da menor oferta, averiguando possibilidade de redução. Outra competência atribuída ao pregoeiro é a possibilidade de revogação do pregão, caso não seja obtido o preço requerido pela Administração Pública, após a negociação, podendo, ainda realizar outro, conforme a demanda.

Dado importante a ser salientado refere-se ao fato de que a modalidade de licitação pregão somente admite como critério de julgamento das propostas o menor preço.¹⁸⁸ Nessas condições, classificada a proposta de menor preço, será aberto o invólucro contendo a

¹⁸⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.309.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁸⁸ Art. 4º [...]

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

documentação exigida na habilitação, para averiguação de preenchimento das condições requisitadas pelo edital. Como já abordado, em virtude da inversão de fases, essa é uma das principais distinções do procedimento da modalidade pregão em relação às demais previstas na Lei n. 8.666/93: no procedimento padrão, a Administração analisa a documentação de todos os licitantes para, *a posteriori*, averiguar as propostas daqueles licitantes considerados habilitados. No pregão, somente será analisada a documentação de habilitação daquele licitante melhor classificado.

Inabilitado o licitante melhor classificado, deverá o pregoeiro examinar a documentação de habilitação do licitante seguinte, conforme a ordem de classificação das propostas, e assim sucessivamente, até encontrar proposta que atenda aos requisitos de habilitação exigidos pelo edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor e a ele adjudicado o objeto da licitação. Durante a sessão pública, portanto, em regra, faz-se a classificação, habilitação e adjudicação, salvo quando o pregoeiro requisitar a realização de diligências, utilizadas, segundo Lucas Rocha Furtado, para esclarecimento de dúvidas que não possam ser sanadas durante a sessão.¹⁸⁹

Em relação aos prazos e competências recursais, dispõe a Lei n. 10.520/2002, também em seu art. 4º, que, declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, com registro em ata das suas razões recursais de forma sintética, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação de memoriais, se entender necessário. Os demais licitantes ficam intimados para apresentar contrarrazões, em igual número de dias, e o acolhimento do recurso – que não apresenta efeito suspensivo – importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.¹⁹⁰ Importante salientar que, conforme disposição do inciso XX do art. 4º da mencionada lei, “a falta de manifestação imediata e motivada do licitante [...] importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor”.¹⁹¹ Registrados

¹⁸⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁹⁰ Incisos XVIII e XIX do art. 4º da Lei n. 10.520/2002. BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

todos os atos na ata, encerrado o momento de interposição de recursos, será a sessão pública finalizada.

A licitação será, por fim, homologada pela autoridade competente, convocando-se o adjudicatário para assinatura do contrato no prazo definido no edital. Caso não haja celebração do contrato pelo licitante vencedor, dentro do prazo de validade de sua proposta – prazo definido pelo edital do pregão, ao contrário do que estabelece a Lei n. 8.666/93, que define o prazo de 60 (sessenta) dias –,¹⁹² será convocado o licitante seguinte, observada a ordem de classificação, conforme dispõe o inciso XVI do art. 4º da Lei n. 10.520/2002. Havendo recusa injustificada em relação à assinatura do contrato ou a prática de qualquer conduta dentre as tipificadas no art. 7º da lei supramencionada, serão aplicadas as devidas cominações legais:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais (grifo nosso).¹⁹³

Abordado o procedimento da modalidade de licitação pregão presencial, relevante apontar algumas abordagens distintas do pregão na versão eletrônica: é disciplinado pela Lei n. 10.520/2002 e também, no âmbito federal, pelo Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, já mencionado. Em Minas Gerais, o Decreto n. 44.786/2008, citado nessa seção, regula a modalidade de licitação pregão tanto na forma presencial quanto eletrônica. É definido pelo diploma mineiro como:

Art. 4º [...] XVI – [...] a forma de pregão em que os atos são realizados à distância, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação que promovam a comunicação

¹⁹² Caso o edital não estipule prazo diverso, será de 60 (sessenta) dias, por aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93.

¹⁹³ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

pela *internet*, sendo permitido aos licitantes alterar o preço das propostas exclusivamente por meio de lances eletrônicos decrescentes.¹⁹⁴

O objetivo do legislador, ao prever a forma eletrônica do pregão, pautou-se pelo pressuposto de redução de custos por parte dos licitantes, em virtude do não deslocamento, e pelo aumento da competitividade. Deve ser sempre preferido à forma presencial, conforme dispõem ambos os decretos mencionados. Em linhas gerais, sem se ater aos detalhes virtuais e eletrônicos do procedimento, o regramento e dinâmica da modalidade eletrônica é similar à presencial, variando a forma de externalização dos atos e condução do processo. A via eletrônica ocorre por meio de “sistema que promova a comunicação pela Internet, devendo-se sempre prezar pela eficiência e segurança do ambiente virtual em que transcorrerá o procedimento licitatório”,¹⁹⁵ exigindo a lei, inclusive, que sejam assegurados recursos de criptografia e autenticação.

1.3.3 Nota sobre o Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços – SRP – é uma das alternativas de gestão de contratações utilizadas pela Administração Pública. No entendimento de Marçal Justen Filho, a despeito da resistência inicial do Tribunal de Contas da União, o instrumento apresenta tantas vantagens que autoriza a interpretação de que sua instituição é obrigatória para todos os entes federativos, não havendo discricionariedade.¹⁹⁶ É um contrato normativo,¹⁹⁷ formado pelo cadastro de produtos e fornecedores, escolhidos via licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, conforme determinações do edital.

Realizado o procedimento licitatório e construído o cadastro, a Administração Pública recorrerá aos fornecedores constantes do registro de preços, quando necessitar de produto ou serviço e, a cada fornecimento, será firmado um contrato. Na licitação realizada para o registro, ao contrário do que ocorre na contratação comum, os interessados formulam

¹⁹⁴ MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

¹⁹⁵ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.26.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁹⁷ “O registro de preços é um contrato normativo, expressão que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

propostas baseadas em quantidades a serem adquiridas, ficando a critério da Administração definir o momento da aquisição, verificando, por fim, quando da contratação, se os preços registrados são compatíveis com aqueles praticados pelo mercado.

A principal diferença em relação ao procedimento comum, portanto, está no objeto da licitação: são selecionadas propostas para “contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas por um certo período, por repetidas vezes”,¹⁹⁸ gerando, segundo a doutrina administrativista, otimização de gastos, simplificação administrativa, rapidez na contratação.

O art. 15 da Lei n. 8.666/93 prevê a necessidade de edição de decreto regulamentador por cada unidade da Federação, entendendo, Marçal Justen Filho, entretanto, ser o dispositivo autoaplicável. No âmbito federal, o Decreto n. 3.931, de 19 de setembro de 2001, regulamentou o Sistema de Registro de Preços, definindo-o como “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”.¹⁹⁹

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: ([Regulamento](#))

I – [...];

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

[...].

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º **O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto**, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

[...] ²⁰⁰

No que tange ao objeto desta pesquisa, a utilização do sistema de registro de preços é questionada, embora entenda hoje a doutrina ser também aplicável à contratação de serviços e não mais apenas às compras. O mencionado decreto federal faz consagração expressa desta

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁹⁹ Art. 1º, I, do Decreto n. 3.931/2001. BRASIL. Decreto n. 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

²⁰⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

possibilidade,²⁰¹ opção mantida pelo Decreto n. 4.342, de 23 de agosto de 2002, que alterou dispositivos do Decreto n. 3.931/2011.

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO:
ARTIGO 15, LEI 8.666/93 - LIMITAÇÕES.

1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras mas a serviços e obras.

2. Embora auto-aplicável, o art. 15 da Lei 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3º.

3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações.

4. Legalidade do Decreto 17.914/93, do Município de São Paulo, que afastou a incidência do registro de preço para a execução de obras.

5. Recurso ordinário improvido (grifo nosso).²⁰²

Em relação à modalidade de licitação aplicável ao registro de preços, a regra era a adoção da concorrência, conforme dispõe o art. 15, §3º, I da Lei de Licitações, colacionado supra, mas o Decreto n. 4.342/2002, sustentado no art. 11 da Lei n. 10.520/2002,²⁰³ passou a admitir tanto a modalidade concorrência quanto pregão – a última utilizada para contratação de bens e serviços comuns, como já explorado neste capítulo.

Para Marçal Justen Filho, a utilização do sistema de registro de preços é, portanto, cabível, quando a necessidade da Administração envolver serviços a serem prestados parceladamente, sendo aplicável, inclusive, à contratação de serviços comuns, objeto desta pesquisa, na linha de entendimento do Tribunal de Contas da União, mas não será explorado por não ser o sistema de contratação mais comum. O procedimento padrão, de única contratação, via pregão, é o utilizado. Além disso, há parte da doutrina que entende não ser possível a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços, mas apenas para compras, nos termos do art.15 da Lei n. 8.666/93.

²⁰¹ Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto. [\(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002\)](#). BRASIL. Decreto n. 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931.htm.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.647/SP. Relatora: Min. Eliana Calmon. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 abr. 2003.

²⁰³ Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no [art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico. BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

1.4 Síntese do Capítulo

O contexto pós-moderno é caracterizado pela tentativa de significação e densificação das práticas democráticas, ampliação da gramática social e proteção a direitos garantidos pela tessitura constitucional. A licitação, instituto clássico do Direito Administrativo, tratada, neste capítulo, pela análise de seus princípios, procedimentos, fases, modalidades, tipos e outros elementos determinantes, torna-se instrumento relevante de efetivação de direitos nesse pano de fundo eminentemente democrático.

A Lei n. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição da República e institui regramento geral para licitações e contratos da Administração Pública, disciplina o instituto como procedimento administrativo que garante à Administração a realização do negócio mais vantajoso; assegura a participação dos administrados nos negócios realizados pelo Poder Público, mediante preenchimento de condições legal e previamente estabelecidas; e promove, nos termos da lei, o desenvolvimento sustentável.

O princípio da sustentabilidade, inserto na Lei de Licitações, premissa do próprio Estado Democrático de Direito, apresenta caráter multidimensional, pautado pelas dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, norteando a licitação no sentido de dar efetividade ao interesse público, entendido pelo veio da ressignificação e densificação conceitual, no bojo da redefinição do próprio Direito Administrativo, a partir da incorporação da principiologia constitucional.

O procedimento licitatório, portanto, comporta dialogia e capacidade de aprendizagem – *habitus*, no conceito bourdieusiano –, necessitando adotar, como conceito e pressuposto de interesse público, a tutela de direitos sociais do trabalho, inerente ao “campo”, conformado pela licitação, dignificando as relações trabalhistas, travadas na práxis administrativa, dado o lugar simbólico e estratégico ocupado pelos atores envolvidos na trama licitatória.

CAPÍTULO 2 TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITOS, ESPAÇOS ESTRUTURADOS E CONTROLE DIGNIFICANTE

Eis, a propósito, as principais mudanças de atitude hermenêutica, favoráveis à consolidação do princípio da sustentabilidade na seara das relações de administração:

[...]

Sétima: atitude proativa, segundo a qual deve-se admitir que embora sem completude cabal, o sistema administrativista é completável dialeticamente por seus

intérpretes e operadores, com o tópicos acréscimo das soluções úteis à direta aplicabilidade dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º), [...]sem abdicar do aperfeiçoamento legislativo. (Juarez Freitas).²⁰⁴

Conforme mencionado no capítulo anterior, no contexto democrático pós-moderno, cumpre função de relevo o instituto da licitação, concebido, no entendimento de Enrique Sayagués Laso, com o intuito de proteger a premissa da igualdade entre os administrados licitantes²⁰⁵ e, para além, para resguardar o interesse público e, como propõe o presente trabalho, tutelar a mão de obra objeto de contratação pela via do procedimento – preservando, portanto, também o trabalho e o interesse coletivo, ressignificando o próprio conceito de interesse público, conforme será analisado no capítulo 5.

Restou constatado que a modalidade licitatória obrigatória para a aquisição de serviços comuns – categoria que encampa os trabalhadores que desempenham as atividades mais corriqueiras da Administração e que, portanto, são comumente contratados por meio de licitação –, conforme rol previsto tanto no Decreto n. 3.555/2000²⁰⁶, quanto no Decreto Estadual n. 44.786/2008, é o pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

Abordado o procedimento e seu regramento, em linhas gerais, no capítulo anterior, e apontadas as peculiaridades procedimentais subjacentes ao processo de terceirização, no âmbito da Administração Pública, buscando-se apreender a dinâmica e *modus operandi* internos à confecção dos contratos administrativos, para analisar os efeitos e resultados transpostos aos trabalhadores e ao próprio Poder Público, pretende-se, neste capítulo, apresentar, conceitualmente, a terceirização e, nomeadamente, os meios possíveis disponibilizados à Administração Pública para “controle civilizatório”²⁰⁷ dos contratos administrativos.

A análise perpassará a possibilidade de controle dignificante do contrato, do ponto de vista do trabalhador, executor último da prestação de serviços –“objeto” da licitação –, no momento de sua formação e, portanto, no procedimento licitatório; durante a execução e fiscalização, durante sua vigência, concluído o procedimento – *in casu*, licitação na modalidade pregão; e, finalmente, após cumprimento ou rescisão, quando, eventualmente, demandas são ajuizadas no Poder Judiciário, discutindo-se a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos.

²⁰⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.247.

²⁰⁵ LASO, Enrique Sayagués. *La licitación pública*. Montevideu: Pena e Cia, 1945.

²⁰⁶ Embora o Anexo II, que determinava a classificação de bens e serviços comuns, tenha sido revogado pelo Decreto n. 7.174, de 12 de maio de 2010.

²⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 472.

O procedimento licitatório pode ser analisado sob vários enfoques, no entendimento de Adilson Dallari: econômico, jurídico, pelo viés da ciência da Administração.²⁰⁸ A análise proposta por esta pesquisa tem como pano de fundo necessário a juridicidade do procedimento, como instituto inserto na dinâmica das relações da Administração Pública, mas, fundamentalmente, orienta-se pela concepção de Juarez Freitas de sustentabilidade²⁰⁹, pela necessária releitura constitucionalizada de conceitos e institutos jurídicos e pela função social atribuída ao Direito.

Como bem define o autor, para além de esteios de sustentabilidade aplicáveis ao contexto jurídico, faz-se necessária a construção de interpretações sistemáticas do Direito,²¹⁰ costuradas à teia axiológica de princípios e valores dialógicos, incorporando-se o *habitus* bourdieusiano para conceber uma Ciência Jurídica e suas interpretações e, *in casu*, um procedimento licitatório, autotransformadores e modificadores da própria realidade social: “o foco sobre a vida real na avaliação da justiça tem muitas implicações de longo alcance para a natureza e o alcance da ideia de justiça”.²¹¹

A licitação é, em si, um “campo”, bem como o próprio Direito, no sentido tratado por Pierre Bourdieu, significando “espaços estruturados de posições”²¹² e disputas de atores dotados de *habitus* e interesses em comum. Toda estrutura de “campo” é um entremeio de relações de força entre agentes e instituições imersos no embate, em busca de acumulação de capital específico para manutenção ou reprovabilidade de determinado *status quo*.

Nesse contexto, a terceirização trabalhista,²¹³ analisada, nesta pesquisa, no bojo da Administração Pública, conceituada por Maurício Godinho Delgado como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”,²¹⁴ cria uma relação “trilateralmente” construída entre os atores no “campo” – ressaltando-se que são vários os agentes e instituições envolvidos para além daqueles imersos na relação trilateral.

Na abordagem justralhista, o trabalhador é inserido no processo produtivo do tomador de serviços, sem consolidação de vínculos justralhistas, “que se preservam fixados

²⁰⁸ DALLARI, Adilson A. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1992.

²⁰⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²¹⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

²¹¹ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Prêmio Nobel. São Paulo: Cia das Letras, 2011, p.13.

²¹² BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 89.

²¹³ A presente pesquisa não abordará exaustivamente o conceito, a evolução histórica e as abordagens normativas sobre o tema “terceirização” fora do âmbito da Administração Pública e da tutela do trabalhador no procedimento licitatório, tendo em vista que já existem inúmeras obras, bem delineadas, esmiuçando tais questões, sendo relevante, para a análise pretendida, apenas pinceladas sobre a questão, para auxílio no recorte proposto.

²¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.435.

com uma entidade interveniente”²¹⁵, resultado da reengenharia produtiva pós-fordista, a partir da década de 70, e do “processo subjacente de mudança estrutural-histórica na própria natureza do capitalismo”.²¹⁶ No âmbito do Direito Administrativo, terceirização implica, de forma similar, contratação do trabalho de terceiros, pelo tomador de serviço, para desempenho de atividade-meio;²¹⁷ foi mencionada, inclusive, no art. 18, §1º da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, almejando coibir o uso do instituto como burla ao limite de despesa com pessoal, previsto no art. 169 da CR/88.²¹⁸

A terceirização, portanto, é instrumento relativamente novo no contexto brasileiro, estimulada e forjada como premissa do citado movimento de assentamento do sistema capitalista no cenário neoliberal. A Consolidação das Leis do Trabalho, nascida nos anos 40, fez referência a apenas duas figuras de subcontratação de mão de obra: empreitada e subempreitada – art. 455 – e pequena empreitada – art. 652, “a”, III.²¹⁹ No final da década de 60, nasceram manifestações incipientes no ordenamento jurídico brasileiro, como o Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70, já mencionados no capítulo anterior.

Na década seguinte, foi editada a Lei do Trabalho Temporário – Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, – e, *a posteriori*, a Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983, autorizando a terceirização do trabalho de vigilância bancária, em caráter permanente, de modo diverso e mais gravoso, portanto – pela legitimação da perenidade – que o diploma anterior.²²⁰ Maurício Godinho Delgado salienta que, a despeito da evolução normativa e do estabelecimento paulatino de regramento em torno da questão, no setor privado, passou-se a incorporar práticas terceirizantes “independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho

²¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.435.

²¹⁶ ANDERSON, Perry et al. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 147.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²¹⁸ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

²¹⁹ Ressalta Maurício Godinho Delgado que o Código Civil de 1916 já “regulamentava a empreitada e a prestação de serviços”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.436.

²²⁰ Importante salientar que o tipo legal previsto, originalmente, pela mencionada lei, foi ampliado com a Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994, podendo ser submetida à terceirização a atividade de vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, “inclusive a segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer carga”, nos termos do art. 10 da Lei n. 7.102/83. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.440.

de conservação e limpeza [...]”.²²¹ A Justiça do Trabalho, posicionando-se sobre o tema, editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, que serão tratadas no capítulo 3: Súmulas n. 256, de 30 de setembro de 1986, e n. 331, de 21 de dezembro de 1993.²²²

No âmbito da Administração Pública, com fulcro no art. 37, XXI da CR/88 e arts. 6º, VII e 10 da Lei n. 8.666/93, contratos de empreitada – de obra e serviço – e de fornecimento podem ser celebrados, configurando a execução indireta definida na Lei de Licitações: “a cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando”.²²³

Art. 6º [...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

- a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) **(Vetado)**. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)
- d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada (grifo nosso).²²⁴

²²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.437. Outras são as referências legais que abordam ou tangenciam o debate sobre a terceirização, que não serão esmiuçadas na pesquisa, como a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990 – Lei do FGTS – e o tratamento das cooperativas, disciplinado pelo art. 442 da CLT – alterado pela Lei n. 8.949, de 09 de dezembro de 1994 –, que não serão tratados devido à densidade e implicações dos temas, que não fazem parte do recorte estabelecido.

²²² Outro debate de relevo na doutrina trabalhista, por sua densidade, conteúdo principiológico e implicações na práxis cotidiana dos tribunais, refere-se ao entendimento do §1º do art. 25 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97. Nesse sentido, ver os seguintes acórdãos – considerados, por Maurício Godinho Delgado, emblemáticos da direção jurisprudencial dominante do TST: Acórdão em ED-E-RR-586341-05.1999.5.18.555, de 28 de maio de 2009 e Acórdão em E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, ocorrido em 28 de junho de 2011. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.443-444.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.356.

²²⁴ Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

I - execução direta;

II - execução indireta, nos seguintes regimes: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

- a) empreitada por preço global;
- b) empreitada por preço unitário;
- c) **(Vetado)**. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)
- d) tarefa;
- e) empreitada integral.

Parágrafo único. **(Vetado)**. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora a contratação obedeça aos princípios e regras do Direito Administrativo, a terceirização implica, em muitos casos, “burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do Direito do Trabalho”.²²⁵ Direito Administrativo e Direito do Trabalho, portanto, são ramos que se misturam no mesmo “campo” – bourdieusianamente conceituado –, tutelando, respectivamente, o interesse público, perseguido pela Administração, que deve ser relido à luz da tessitura constitucional, os direitos e obrigações atribuídas à empresa contratada e ainda direitos e interesses do trabalhador prestador do serviço. Administração Pública, empresa prestadora do serviço, trabalhador, Poder Judiciário Trabalhista, órgãos da Justiça comum, Tribunal de Contas da União e dos Estados, Ministério Público, com todos os seus ramos, Ministério do Trabalho e Emprego são todos, e não exaustivamente citados, atores de um mesmo “campo”, atuando em correlação de forças, compartilhando interesses e almejando resultados diferenciados, na prática.

A concertação ideal entre os atores adviria da busca por resultados comuns, desde que sustentados pela principiologia constitucional, que serviria como filtro legitimador dos interesses postos, em especial, do interesse público, catalisador de direitos fundamentais.²²⁶ A estratégia ótima para todos os objetivos envolvidos no “campo” deveria ser pautada pela cooperação, busca do equilíbrio,²²⁷ respeito aos princípios e direitos consagrados no ordenamento jurídico, em especial, no texto constitucional, e pela não burla aos pressupostos legais. A integridade dos créditos do trabalhador, do patrimônio público, tutelado pela licitação e pela Administração Pública, e do contrato administrativo seriam, dessa forma, garantidos, restando protegidos, inclusive, os direitos do licitante contratado, além de manter a harmonia do sistema jurídico, de forma a dispensar a atuação dos demais atores inseridos no “campo”: Ministério Público, Tribunal de Contas e Poder Judiciário.

As práticas e os discursos jurídicos são [...] produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: [...] pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.356.

²²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²²⁷ Para maior aprofundamento acerca do equilíbrio de Nash e Teoria dos Jogos, ver ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 175-199.

[...] e pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções possíveis.²²⁸

Nessa linha, considerando a licitação como “campo” e a necessidade de se perceber sua permeabilidade, para que se torne instrumento de efetividade dos direitos trabalhistas nela insertos e, por conseguinte, difusor de arregimentações de força e interesses democráticos, necessário se faz pensar e construir formas de controle e sopesamentos para construção de soluções compartilhadas, adotando-se a concepção de sustentabilidade, e para resguardo da própria Administração Pública. Segundo Anthony Giddens, “temos de pensar a médio e longo prazos e desenvolver estratégias que se estendam por essas escalas temporais”.²²⁹

2.1 Controle Civilizatório Prévio: Possibilidades e Polêmicas da Habilitação

La licitación es una medida de buen gobierno en toda obra pública que realice el Estado. Se fundamenta en fines utilitarios y en fines morales [...] siendo su finalidad establecer un riguroso controlador en la disposición de los bienes del Estado, un trato igual para los particulares que comercian con la Administración Pública y una eficaz defensa de los intereses colectivos.
(Alcides Greca).²³⁰

Nesse viés, *a priori*, será analisada a possibilidade de implementação de controle prévio à contratação, na fase de habilitação do procedimento licitatório, com o intuito de se evitar possíveis falhas, tanto no transcorrer da execução contratual, quanto na ocorrência de eventual provocação do Poder Judiciário, no sentido de averiguação de responsabilidades pelos créditos trabalhistas inadimplidos.

A Lei n. 8.666/93, como já referido no capítulo anterior, prevê, além de 5 (cinco) modalidades de licitação, um procedimento padrão, constituído das seguintes fases, nessa ordem: **edital, habilitação, julgamento/classificação, homologação e adjudicação**. Por disposição legal, a segunda fase, e a mais relevante para a análise aqui proposta, é a habilitação – lembrando que, na modalidade pregão, estabelecido pela Lei n. 10.520/2002, há inversão de fases –, momento em que ocorre, conforme já tratado no capítulo anterior, a abertura dos envelopes, contendo a documentação exigida, nos termos do art. 43 da Lei de

²²⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 211.

²²⁹ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 88.

²³⁰ GRECA, Alcides. **Regimen legal de la construcción**. Buenos Aires: Zavalía, 1956., p.212.

Licitações. Pode ser definida como o “conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública.”²³¹

Nos termos de Marçal Justen Filho, qualquer brasileiro ou estrangeiro, em situação regular, *a priori*, está em condições de igualdade, no que se refere à probabilidade de contratação, perante a Administração Pública: “isso não impede a imposição de condições discriminatórias, destinadas a assegurar que a Administração Pública selecione um contratante idôneo, titular da proposta mais vantajosa”.²³²

O direito de licitar, direito público subjetivo de natureza abstrata – conceito aproximado ao da doutrina processualista, no entendimento do autor –, é reconhecido a todos que preenchem os requisitos de capacitação e idoneidade exigidos. Subordina-se, portanto, ao preenchimento de certas exigências, previstas em lei e no ato convocatório, referindo-se à pessoa do licitante e à sua proposta, denominadas “condições do direito de licitar”.²³³

A tradição brasileira consagra, via Lei n. 8.666/93, um procedimento pautado pelo exame, anterior ao julgamento das propostas, das condições do direito de licitar, partindo da premissa de que o julgador, caso conhecesse o conteúdo das propostas, antes da avaliação da documentação, referente às condições para licitar, somente habilitaria licitantes que apresentassem propostas mais vantajosas. Define a Lei de Licitações, portanto, que somente deve a Administração Pública ter acesso ao conteúdo daquelas propostas de licitantes considerados aptos na fase de habilitação, titulares, portanto, após análise, do direito de licitar. A decisão, tomada em sede de habilitação, é ato vinculado, dissociada do julgamento das propostas e, portanto, esvazia qualquer possibilidade de conveniência pela Administração, sendo cabível recurso, com efeito suspensivo, contra ato de habilitação.

A fase externa do procedimento licitatório consiste em uma série ordenada de atos destinada a verificar, preliminarmente, o preenchimento pelos interessados das condições do direito de licitar. Somente após examinado o preenchimento das condições do direito de licitar é que a Administração passa a apreciar as propostas propriamente ditas. Isso obriga a uma dissociação das fases de julgamento no procedimento licitatório.²³⁴

²³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.396.

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.394.

²³³ Vale mencionar que o direito de participar da licitação não se confunde com o direito de contratar com a Administração Pública. Nesta seção, ao analisar-se a fase de habilitação, examina-se o direito de participação em licitações públicas: “somente terá direito de contratar com a Administração Pública aquele que tiver sido selecionado no processo licitatório, após exauridos todos os trâmites da atividade administrativa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.394.

²³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.395.

O pregão, modalidade de licitação utilizada, como já demonstrado, para contratação de serviços comuns, e, portanto, mais adotada para terceirizações de mão de obra, incluídas no recorte desta pesquisa, inova ao inverter as fases de habilitação e julgamento: o exame das condições do direito de licitar – habilitação – somente ocorre em face do licitante que apresentou a proposta mais vantajosa, averiguada na fase de julgamento, conforme determinação da Lei n. 10.520/2002. Essa tendência inovadora foi incorporada em leis esparsas, como na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004) e na Lei de Concessões (Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

A habilitação, como fase apuradora da idoneidade e capacidade de contratação dos licitantes, é caracterizada por requisitos que, segundo Marçal Justen Filho, podem ser indiciários da aptidão do licitante para a execução satisfatória do objeto licitado: a ausência de qualquer dos requisitos de habilitação, dispostos nos artigos 27 a 32 da Lei n. 8.666/93, acarreta a exclusão do licitante do procedimento, não sendo sua proposta avaliada.

A documentação passível de exigência é determinada pelo rol de requisitos do art.27 da Lei de Licitações, como já mencionado, e, até 2011, somente fazia referência à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no art.7º, XXXIII da Constituição da República.

Da Habilitação

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

~~IV - regularidade fiscal.~~

IV – **regularidade fiscal e trabalhista**; ([Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011](#)) ([Vigência](#))

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. ([Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999](#)) (grifo nosso).²³⁵

O art.37, XXI da Constituição somente demanda documentação referente à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.²³⁶ Conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o dispositivo

²³⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

²³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

constitucional não restringe a documentação requisitada, no procedimento licitatório, àquela relacionada à qualificação técnica e econômica, mas somente permite, em relação a esses dois itens, que sejam feitas exigências indispensáveis ao cumprimento das obrigações: “a norma constitui aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade entre meios e fins”.²³⁷

Para definir o objeto da licitação e as condições de contratação, a Administração pode-se servir de certa margem de discricionariedade para determinar, em cada caso concreto, o que deverá ser comprovado pelos interessados em participar da licitação, sempre visando ao atendimento de seus interesses e respeitando-se a isonomia entre os licitantes.²³⁸

Para a autora, entretanto, o edital não pode exigir qualquer requisito que extrapole o rol do citado art. 27, considerado *numerus clausus*.²³⁹ Conforme mencionado no capítulo anterior, a autora entende ser exorbitante, inclusive, a exigência imposta pela Constituição do Estado de São Paulo, demandando prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança do trabalho, mesmo tendo exercido, o ente federativo, sua competência para dispor sobre questões referentes ao procedimento administrativo da licitação.²⁴⁰

A exigência imposta pela Carta Constitucional paulista, não obstante extrapolar a literalidade do rol do art. 27 da Lei n. 8.666/93, é acertada do ponto de vista da tutela da dignidade do trabalhador – direito constitucional social. Vê-se, *in casu*, conflito entre a doutrina e o regramento administrativista e trabalhista, entre princípio da legalidade – que precisa ser ressignificado e ampliado, conforme será analisado no capítulo 5 –, que estabelece a necessária obediência à disposição da Carta de 1988 e à normatização geral da Lei n. 8.666/93, e princípio da norma mais favorável ao trabalhador que, nitidamente, privilegia o texto da Constituição paulista.

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) **estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação;** b) **prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração;** c) **impõe requisitos desproporcionados com as necessidades da futura contratação;** d)

²³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.418.

²³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.191.

²³⁹ Compartilham desse entendimento autores, como Lucas Rocha Frutado, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvania Zanella Di Pietro.

²⁴⁰ SÃO PAULO. Constituição de 1989. **Constituição do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm>. Acesso em: 31 ago.2011.

adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais (grifo nosso).²⁴¹

A partir da fundamentação supracitada, apresentada por Marçal Justen Filho, não parece desarrazoada a exigência imposta pela Carta paulista; ao contrário, soa meritória e protetora de um direito básico do trabalhador: a saúde e a dignidade no trabalho, tutelando, inclusive, o interesse público, pela ótica do administrador, na medida em que atinge determinada coletividade e, inclusive, a própria Administração, que arcaria, *a posteriori*, com o adoecimento do trabalhador pela via do custeio previdenciário.²⁴²

Em relação ao rol definido pelo art. 27 da Lei de Licitações, serão comentados, de forma sintética, todos os 5 (cinco) incisos definidores de requisitos fundamentais para participação em licitações, dando-se ênfase e aprofundamento, entretanto, somente à nova exigência, disposta no inciso IV, inserida pela Lei n. 12.440/2011, conforme recorte estabelecido para a pesquisa.

O inciso I, do referido artigo, refere-se à documentação exigida para fins de habilitação jurídica, não ensejando dúvidas. A previsão do art. 28 da Lei de Licitações visa impedir a contratação pela Administração Pública de licitantes que não tenham “existência jurídica reconhecida pelo Direito positivo”,²⁴³ devendo demonstrar serem sujeitos de direitos e obrigações, possuindo e terem, efetivamente, capacidade de fato e de direito para a eventual contratação.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

- I - cédula de identidade;
- II - registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.²⁴⁴

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 71.

²⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que essa e outras exigências, por ela consideradas dispensáveis à “garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.418.

²⁴³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.193.

²⁴⁴ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da**

A qualificação técnica,²⁴⁵ exigida pelo inciso II, tem como objetivo primordial demonstrar que o licitante está habilitado, do ponto de vista do conhecimento técnico especializado, da experiência e da capacitação operativa,²⁴⁶ a cumprir as obrigações assumidas em eventual celebração de contrato com a Administração Pública, nos termos do art. 30 da Lei n. 8.666/93,²⁴⁷ sendo necessário salientar que, no entendimento do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, as exigências, relacionadas a esse item devem ser justificadas, demonstrando necessidade, adequabilidade, pertinência e suficiência em relação ao objeto licitado.²⁴⁸

União, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

²⁴⁵ Há questões polêmicas, relacionadas à habilitação técnica, como a quantidade mínima de atestados exigida, que não serão abordadas nesta pesquisa, em virtude da desvinculação direta com o tema da tutela dos direitos trabalhistas no procedimento, concedendo-se especial ênfase à regularidade trabalhista, requisito instituído, no inciso IV do art. 27 da Lei n. 8.666/93, pela Lei n; 12.440/2011.

²⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁴⁷ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#) [...] BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

²⁴⁸ Vide decisão do Tribunal de Contas da União: “[...] 74. Na análise do assunto, verifica-se que a Administração admitiu não dispor de documento que embase a definição dos quantitativos requeridos nas parcelas de maior relevância técnica. Em face da ausência de esclarecimentos sobre os fundamentos objetivos para as exigências de capacidade técnica, o MinC não logrou comprovar que tais exigências não cercearam indevidamente o caráter competitivo do certame, razão pela qual a ocorrência, mais uma vez, contribui para a proposta de anulação do pregão. 75. Na mesma linha dos Acórdãos 32/2003 - Primeira Câmara, 95 e 657/2004 - Plenário, cabe determinar à DGI que, ao inserir, nos próximos editais de licitação para contratação desses ou outros serviços, exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei 8.666/93 como requisito indispensável à habilitação das licitantes, consigne, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.

"A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências" (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335).

Recurso especial não conhecido (grifo nosso).²⁴⁹

Existe, portanto, margem de discricionariedade em que a Administração pode determinar, diante do caso concreto, quais serão as exigências e os requisitos de participação na elaboração do ato convocatório, avaliando a complexidade da futura contratação e estabelecendo, como derivação, os critérios de habilitação e os requisitos de participação.²⁵⁰

Quanto ao inciso III do art. 27 da Lei n. 8.666/93, relativo à qualificação econômico-financeira,²⁵¹ a definição não é absoluta. No entendimento de Marçal Justen Filho, não se trata

certame". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 668/05, plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 2005.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 361.736/SP. Relator: Min. Franciulli Netto. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 mar. 2003.

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 402.

²⁵¹ Lucas Rocha Furtado avalia: "considero prudente que os órgãos ou entidades licitantes consignem nos atos convocatórios das licitações a serem realizadas as alternativas de as empresas demonstrarem sua habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal por meio do cadastramento e da habilitação parcial no SICAF [registro cadastral oficial do Poder Executivo Federal] ou do cadastramento do próprio órgão [...] seja qual for a modalidade licitatória adotada [...] haja vista toda a documentação relativa à habilitação jurídica e regularidade fiscal já ter sido apresentada por ocasião do cadastramento, bastando às empresas tão somente renovar as certidões quando de seu vencimento". FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.193. Importante destacar que o Tribunal de Contas da União editou, em junho de 2012, a Súmula n. 274, prevendo: "é vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf para efeito de habilitação em licitação". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 274. É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf para efeito de habilitação em licitação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de junho de 2012. O Estado de Minas Gerais adota o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública do Estado de Minas Gerais – CAFIMP –, gerenciado pela Auditoria Geral do Estado, e o Cadastro Geral de Fornecedores – CAGEF –, emitido pela Administração Direta e Indireta do Estado, gerenciado pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão –

de “dispor de capital social ou de patrimônio líquido mínimo [...]. Somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas de cada caso”.²⁵² A Administração, conforme a complexidade e vulto do investimento necessário à execução do objeto licitado, estabelecerá os requisitos de qualificação econômico-financeira, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.666/93. “A lei delimitou o conjunto de elementos que garantam a qualificação econômico-financeira”,²⁵³ objetivando averiguar se o licitante consegue suportar a execução do objeto do futuro contrato.²⁵⁴

O inciso V da Lei n. 8.666/93 – o inciso IV será tratado, *a posteriori*, tendo em vista a relevância para a pesquisa – refere-se, por seu turno, à exigência de comprovação do

SEPLAG –, constantes do Decreto n. 44.786/2008, podendo, o último, substituir os documentos de habilitação exigidos no edital, conforme o caso, constituindo um dos módulos do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços – SIAD. MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

²⁵³ Sustentando-se na jurisprudência do STJ, Lucas Rocha Furtado afirma que a Comissão de Licitação poderá, ausente documento exigido pelo edital, mas sendo possível inferir, pelos demais documentos, as condições do licitante, habilitá-lo, motivando sua decisão. MS n. 5.624/DF – STJ. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 199.

²⁵⁴ Art. 31. A documentação relativa à **qualificação econômico-financeira** limitar-se-á a:

I - **balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social**, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que **comprovem a boa situação financeira da empresa**, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - **certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial**, expedida no domicílio da pessoa física;

III - **garantia**, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

§ 2º A **Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo**, ou ainda as **garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei**, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a **relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira**, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A **comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva**, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)) (grifo nosso). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

cumprimento da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, constante do inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República de 1988.²⁵⁵ Essa última exigência foi imposta pela Lei n. 9.854, de 27 de outubro de 1999, e visa impedir que participem de licitações empresas que descumpram o preceito constitucional. O Projeto de Lei n. 1.889 de 09 de maio de 1996,²⁵⁶ embrião da referida Lei n. 9.854/1999, em sua justificção, apresenta dados relativos ao abuso cometido pelos empregadores ao explorar mão de obra infantil e condena a conduta do Poder Público por financiar, indiretamente, com recursos públicos, a exploração do trabalho infantil, ao contratar licitantes não comprometidos com o dispositivo constitucional, protetivo de valores referentes à infância e à juventude.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entendia, na 22ª edição de sua obra “Direito Administrativo”, publicada em 2009, que a exigência do inciso V do art.27 da Lei de Licitações nada se relacionava com a habilitação:²⁵⁷ embora seja “meritória a preocupação em zelar pela norma constitucional que restringe o trabalho de menores, não tem sentido atribuir à Comissão de Licitação essa função de controle”;²⁵⁸ defendia que o estabelecimento de outras exigências contribuiria para a burocratização do procedimento licitatório, infringindo o art.37, XXI da CR/88.²⁵⁹

A autora, entretanto, na 25ª edição da obra supramencionada, publicada em 2012, mudou seu entendimento acerca da interpretação dada ao art. 37, XXI da CR/88, passando a entender, como já citado, que “o sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir as exigências de qualificação técnica e econômica, mas de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações”.²⁶⁰ Diante dessa nova hermenêutica, a autora não se pronunciou, na última edição, acerca do inciso V do art. 27 da Lei de Licitações.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

²⁵⁶ O projeto de lei foi sugestão da Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança. CAMATA, Rita de Cássia Paste. **Projeto de Lei n. 1.889**, de 09 de maio de 1996. Altera dispositivos da lei 8666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso xxi, da constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e da outras providencias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=197346>. Acesso em: 24 mai. 2010.

²⁵⁷ Márcio dos Santos Barros compartilha desta mesma opinião da autora. BARROS, Márcio dos Santos. **502 comentários sobre licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

²⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 391.

²⁵⁹ Hely Lopes Meirelles entende que, na fase de habilitação, deve a Administração orientar-se pela dispensa de “rigorismos inúteis”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 179.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.418.

Marçal Justen Filho entende ser a exigência de comprovação de não exploração de menores dissociada da habilitação, alegando que essa fase do procedimento destina-se a verificar se os licitantes estão aptos a executar o objeto licitado: “a alteração legislativa impõe desvio de competência, eis que a função da habilitação será desnaturada. Veja-se que a empresa que violar o art. 7º, inciso XXXIII, deverá ser punida – mas no âmbito apropriado”.²⁶¹ Interpreta o autor, inclusive, que seria possível o ato convocatório não exigir a comprovação relativa ao inciso V.

Do ponto de vista técnico, efetivamente, a exigência de documentação comprobatória do cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII da CR/88 – mediante simples declaração do licitante – parece ser estranha à finalidade da habilitação, qual seja, determinar se os licitantes estão aptos a executar o objeto do contrato. Entretanto, o licitante/empregador pode valer-se de mão de obra infantil – tanto pelo viés da redução de custos quanto da ampliação da quantidade de mão de obra necessária à execução de determinado objeto – para viabilizar sua participação no procedimento licitatório, tornando-se apto, pela via do descumprimento de um preceito constitucional, a executar o mencionado objeto. Infelizmente, a mera declaração do licitante, como documento comprobatório do cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII da CR/88, não produz os efeitos necessários, em relação à detecção de licitantes exploradores de mão de obra infantil, o que significa dizer que a intenção do legislador foi meritória, mas sua aplicação é deficitária, em termos de instrumentalização da *mens legis*.

Finalmente, passa-se à análise do inciso IV do art. 27 da Lei de Licitações, que exige, para a fase de habilitação, regularização fiscal e trabalhista. O regramento proposto para a documentação atinente à regularidade fiscal²⁶² está disciplinado pelo art. 29 da mesma lei, estabelecido com o intuito de evitar “que o ente público contrate quem está em situação irregular com o fisco”.²⁶³

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [\(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)
I - prova de **inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC)**;

²⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 407. Flávio Amaral Garcia, de modo similar, entende que a exigência relativa ao menor à estranha aos objetivos da habilitação. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

²⁶² Há controvérsias na doutrina a respeito da exigibilidade da comprovação da regularidade fiscal, mas que não serão esmiuçadas pela investigação por não estarem insertos no recorte trabalhista proposto.

²⁶³ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 34.

II - prova de **inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal**, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de **regularidade para com a Fazenda Federal**,²⁶⁴ **Estadual e Municipal** do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V – prova de **inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa**, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência) (grifo nosso).²⁶⁵

É, inclusive, exigência constitucional do art. 195, §3º a prova de adimplência com o sistema da seguridade social, para efeito de contratação com o Poder Público “ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.²⁶⁶ Lucas Rocha Furtado entende que, em face do mencionado dispositivo da Constituição da República, pessoa jurídica, em débito com o sistema de seguridade social, resta proibida de contratar com o Poder Público, além de não receber os já mencionados incentivos e benefícios, concluindo, portanto, que, a despeito da

²⁶⁴ Em relação à regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional e o INSS, o Decreto n. 5.587, de 19 de novembro de 2005, atribui à Secretaria da Receita Federal, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e à Secretaria da Receita Previdenciária competência para a emissão das respectivas certidões, fixando o prazo das certidões de até 180 dias. Em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar n. 123, de 12 de dezembro de 2006, estabeleceu que a comprovação, por parte delas, de regularidade fiscal, somente será exigida para a assinatura do contrato. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁶⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

²⁶⁶ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 3º **A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.** (Vide Medida Provisória nº 526, de 2011) (Vide Lei nº 12.453, de 2011). (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

disposição do §1º do art. 32 da Lei n. 8.666/93,²⁶⁷ a prova de regularidade fiscal é obrigatória em qualquer modalidade de licitação pública.²⁶⁸

Quanto à nova exigência, apresentada pelo inciso IV do art. 27 da Lei n. 8.666/93, referente à regularidade trabalhista, foi inovação implementada pelo legislador em 2011. A presente investigação, quando pensada e estruturada, em 2009, objetivava, precipuamente, buscar soluções e analisar os efeitos relacionados à ausência de requisito na Lei de Licitações que exigisse dos licitantes comprovação de cumprimento de direitos trabalhistas, como pressuposto para participação do processo de licitação pública. O legislador, ao eximir-se de estabelecer tal requisito, representava a própria omissão estatal, considerado seu papel precípua de regente e tutor dos direitos trabalhistas e do próprio interesse público: na perspectiva da sociedade, relevante é a efetividade e justiça do Direito, como instrumento de tutela.²⁶⁹

Andou bem, portanto, o legislador ao criar o mencionado requisito – criação sugerida pelo projeto de pesquisa que deu origem a esta investigação científica: a exigência de comprovação de regularidade trabalhista também na fase de habilitação. Para além do controle atinente à regularidade fiscal, habilitação jurídica e qualificação técnica e econômico-financeira, fazia-se necessária, primordialmente, a averiguação da capacidade de contratação do licitante também em relação ao cumprimento de direitos trabalhistas, possibilitando ao Poder Público, ainda na licitação, ter ciência da inidoneidade do licitante quanto à quitação de encargos trabalhistas. Deve Administração, nessa linha, primar pela tutela da regularidade trabalhista na licitação, à luz do novo requisito, momento da escolha do melhor licitante, apto a contratar com o Poder Público.

Possíveis soluções, para a lacuna relativa à inexistência de requisito formal relacionado à regularidade trabalhista, no art. 27 da Lei n. 8.666/93, foram cogitadas à época da elaboração do projeto desta pesquisa. Além da alteração legislativa, que incorporasse ao mencionado dispositivo, novo requisito assegurador da necessidade de apresentação de

²⁶⁷ Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

²⁶⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 202.

²⁶⁹ SENA, Adriana G. O. Formas de resolução dos conflitos e acesso à Justiça. Revista RDT – **Revista de Direito Trabalhista**, ano 13, n. 09, setembro/2007.

comprovação de quitação de débitos trabalhistas, cogitou-se a possibilidade de inserção, diretamente no ato convocatório, do mencionado requisito comprobatório de idoneidade trabalhista, retirando sua validade do próprio texto constitucional,²⁷⁰ dada a existência da omissão legal, para dar vazão à interpretação condizente com a tutela efetivadora dos direitos trabalhistas.

Outra composição pensada foi o estímulo à atividade legislativa supletiva, por parte dos Estados e Municípios, autorizados a legislar sobre o tema, para complementarem o rol do art. 27, em seus respectivos ordenamentos, criando um requisito que aferisse a mencionada regularidade trabalhista, embora, como demonstrado, a doutrina seja contrária à criação de qualquer requisito que exorbite aqueles estabelecidos no art. 27 da Lei n. 8.666/93, mesmo se estabelecido no texto constitucional de Estados-membro.

Entretanto, a despeito das hipóteses pensadas, estando a Administração submetida ao princípio da legalidade, como mencionado no capítulo anterior, tendo em vista a concepção de legalidade hoje adotada pela doutrina administrativista, seria difícil conceber, diante da reação doutrinária e jurisprudencial, um novo requisito na fase de habilitação, sem edição de lei que o acrescesse ao rol do art.27 da Lei de Licitações, porque seria o procedimento considerado nulo. O Tribunal de Contas da União²⁷¹ entendia, inclusive, antes da alteração sofrida pelo art. 27, que certidões referentes a salários ou infrações trabalhistas não poderiam ser exigidas como documentação essencial na fase de habilitação, exatamente por não estarem expressas no mencionado artigo, cujo elenco, conforme já referido, é considerado taxativo.²⁷²

As alternativas pensadas para suprir a *mora legislatoris* estão hoje, contudo, superadas, diante da alteração legislativa implementada pela Lei n. 12.440/2011. O legislador brasileiro agiu de forma meritória ao editar a referida lei, inserindo mais um requisito no referido art. 27: a comprovação da regularidade trabalhista, impondo a necessidade de apresentação, por parte dos licitantes, na fase de habilitação, de documentação demonstrativa de inexistência de débitos trabalhistas inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, com forte impacto sobre o mundo do trabalho, como será demonstrado a seguir.

²⁷⁰ E, para tanto, foram adotados os preceitos de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca da eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, e a concepção de efetividade de Luís Roberto Barroso. Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. E BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁷¹ Vide BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 697/2006. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mai. 2006. E BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 792/2002. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul. 2002.

²⁷² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 204.

O Projeto de Lei n. 7.077, de 19 de julho de 2002, posteriormente convertido na Lei n. 12.440/2011, buscava sanar a falha no procedimento licitatório, incluindo, no rol do art.27, a exigência de regularidade trabalhista, e acrescentando o Título VII-A à CLT, instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.²⁷³ O texto celetista passou a exigir a referida certidão, emitida por órgãos da Justiça do Trabalho, para a contratação com o Poder Público, nas situações tipificadas na própria CLT.

A tramitação do mencionado projeto, entretanto, não foi pacífica. Após aprovação no Senado Federal e nas Comissões de Trabalho, Administração e Serviço Público – CTASP – e de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC – da Câmara dos Deputados, a Mesa da Câmara recebeu 3 (três) recursos contra a apreciação conclusiva do projeto de lei, sob a alegação de que, embora bem intencionado, criava uma exigência burocrática, alijando “empresas idôneas”, expressão cunhada no Recurso n. 229 de 2008, da licitação.²⁷⁴ Alegavam os deputados signatários que a necessidade de apresentação da referida certidão negativa de débito trabalhista representaria obstáculo à competitividade no procedimento licitatório, desvirtuando, ainda, a ação da Justiça do Trabalho, por impor-lhe um serviço meramente burocrático, alheio à função jurisdicional.

O texto, originalmente proposto pelo projeto de lei, foi emendado e modificado. Previa situações variadas em que deveria ser exigida a CNDT; estabelecia o conceito de débito trabalhista para fins de concessão da mencionada certidão – mantido pela Lei n. 12.440/2011; concedia prazo de validade reduzido, de 90 (noventa) dias; e determinava a possibilidade de emissão da certidão, pela Justiça do Trabalho, por meios eletrônicos:

Art. 642-A. É exigida a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, fornecida por órgão competente da Justiça do Trabalho, **nos seguintes casos:**

I – da empresa, individual ou coletiva:

- a) na contratação ou renovação de contrato com o Poder Público para fornecimento de bens ou serviços;**
- b) no recebimento de benefícios, ou incentivo fiscal, ou crédito concedidos pelo Poder Público, diretamente, ou através de seus agentes financeiros;**
- c) na alienação, ou na oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;**
- d) no registro, ou no arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou**

²⁷³ MENDES FILHO, Rubens M. **Projeto de Lei n. 7.077, de 19 de julho de 2002**. Acrescenta o Título VII-A ao Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT –, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=61614>. Acesso em: 30 ago.2009.

²⁷⁴ A Mesa recebeu ainda 2 (dois) requerimentos de retirada dos recursos mencionados. Ementa do Recurso n. 229, de 2008: Contra parecer conclusivo de comissões ao PL 7077/2002 (PLS 77/2002) que "Acrescenta o Título VII-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, e dá outras providências.

parcial, transformação, ou extinção de entidade ou sociedade comercial, ou civil e transferência de controle de cotas de sociedade de responsabilidade limitada;
II – do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis;
III – da pessoa física, nas hipóteses previstas nas alíneas a, b e c do inciso I deste artigo.

§ 1º Considera-se débito trabalhista, para efeito deste Título:

I - o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pelos Órgãos da Justiça do Trabalho, ou em acordos judiciais descumpridos, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, honorários, custas, emolumentos ou recolhimento determinado em lei;

II - o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho e de termo de acordo firmado perante Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º A prova de inexistência de débito deve ser exigida da empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências, filiais ou obras de construção civil, independentemente do local onde se encontrem.

§ 3º É dispensada a transcrição, em instrumento público ou particular, do inteiro teor do documento comprobatório de inexistência de débito trabalhista, bastando a referência ao seu número de série e data da emissão, bem como a guarda do documento comprobatório à disposição dos órgãos competentes.

§ 4º O documento comprobatório de inexistência de débito trabalhista poderá ser apresentado por cópia autenticada, dispensada a indicação de sua finalidade.

§ 5º **O prazo de validade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas é de 90 (noventa) dias, contado da data de sua emissão.**

§ 6º **É a Justiça do Trabalho autorizada a emitir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas através de meios eletrônicos, devendo, ainda, ser desenvolvido sistema de integração das informações constantes dos bancos de dados dos diversos Órgãos da Justiça do Trabalho.**

Art. 642-B. A prática de ato com inobservância do disposto no art. 642-A, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos (grifo nosso).²⁷⁵

Uma vez mais, a teoria bourdieusiana deve ser costurada ao contexto analisado, para perceber que a manutenção da correlação de forças e do capital específico tende a sustentar-se pelo posicionamento dos atores monopolizadores da situação vigente, legitimadora de interesses dominantes: “aqueles que, num estado determinado da relação de forças monopolizam (mais ou menos completamente) o capital específico, fundamento do poder ou da autoridade específica característica de um campo, tendem a estratégias de conservação”²⁷⁶. A criação da CNDT e a obrigatoriedade de apresentação em procedimentos licitatórios alterou o equilíbrio até então estabelecido, marcado pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela desproteção do trabalhador hipossuficiente envolvido no procedimento.

As argumentações, entretanto, não prosperaram, embora tenha havido alteração da proposta original, e prevaleceu, diante da arregimentação de forças e da resignificação de

²⁷⁵ MENDES FILHO, Rubens M. **Projeto de Lei n. 7.077, de 19 de julho de 2002**. Acrescenta o Título VII-A ao Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT –, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=61614>. Acesso em: 30 ago.2009.

²⁷⁶ BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 90.

posicionamentos estratégicos, na concepção de Bourdieu,²⁷⁷ a preocupação do legislador com a Administração Pública – responsabilizada pelos créditos trabalhistas, oriundos de contratos administrativos mal executados, mesmo após a declaração de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, conforme análise ao final deste capítulo – e, essencialmente, com a proteção jurídica do trabalhador, “compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho”,²⁷⁸ inclusive, quando fruto de um procedimento licitatório.

A Constituição Brasileira de 1988, dentre os princípios fundamentais estabelecidos no art.1º, apresenta o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intimamente ligados ao Direito do Trabalho. O texto constitucional definiu ainda, nos arts. 7º e 8º, os principais princípios constitucionais trabalhistas.²⁷⁹ Em sendo o Estado, como cita Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁸⁰ aquele que juridicamente encarna os interesses públicos, é nítida a função e responsabilidade da Administração Pública em tutelar os direitos trabalhistas, daquele cidadão hipossuficiente, o trabalhador, diante da ordem dada pelo constituinte e pelo legislador celetista.

O novo requisito, embutido no texto da Lei de Licitações, cumpre esse papel de tutela, exigindo dos licitantes, na fase de habilitação e, portanto, antes da contratação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, por meio da apresentação da Certidão Negativa de Débito Trabalhista, referida no art. 29, V da Lei n. 8.666/93, expedida nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.1.1 Certidão Negativa de Débito Trabalhista: Ponderações e Questionamentos

A Lei n. 12.440/2011 entrou em vigor, em janeiro de 2012, passando a CNDT a fazer parte do *modus operandi* da Justiça do Trabalho e da dinâmica dos procedimentos licitatórios, e já sofre ponderações em relação à sua aplicação. A certidão é concedida quando não constar, em nome do interessado, inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado, proferida pela Justiça do Trabalho, ou em acordos judiciais trabalhistas, ou ainda decorrentes de execução de acordos firmados perante o

²⁷⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

²⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.348.

²⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia, nos termos do art. 642-A, §1º da CLT.²⁸¹

Merece menção a condução meritória do Poder judiciário Trabalhista para a consolidação da estruturação operacional, necessária à emissão da referida certidão: promoveu-se a criação do Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas – BNDT –,²⁸² cuja base de dados é o parâmetro para lavratura da CNDT, e a regulamentação da certidão celetista/licitatória por meio da edição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Resolução Administrativa n. 1.470 de 24 de agosto de 2011.²⁸³

A mencionada Resolução Administrativa definiu, como parte da competência do Tribunal Superior do Trabalho, a expedição e regulamentação da CNDT – art. 10, §1º –, delegando essa atribuição, em situações excepcionais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e às Varas Trabalho, restando, as últimas, para além, com competência para gestão das informações inseridas ou alteradas no registro do BNDT – art. 2º, §2º.²⁸⁴

²⁸¹ Importante mencionar que Antônio Álvares da Silva já aludia à necessidade de criação do mencionado requisito, antes da edição da Lei n. 12.440/2011: “A exemplo do art. 27 da Lei n.8.036/90, que exige o ‘certificado de regularidade do FGTS’ para concorrência pública, obtenção de empréstimo público, favores creditícios e qualquer modificação na estrutura do empregador, inclusive extinção, uma lei deveria exigir para estas e quaisquer outras vantagens junto a órgãos públicos o mesmo certificado negativo de ações trabalhistas. Idêntico procedimento é adotado pela Lei n.8212/91 (Plano de Custeio da Previdência Social) que, no art. 47, exige a prova de inexistência de débito para uma série de finalidades, não só em relação à empresa, mas também quanto ao empregador, pessoa física ou jurídica. Por que não incluir entre tais condições a certidão negativa de reclamação trabalhista? Será que o trabalho humano, que a Constituição tanto valoriza e cujo crédito goza de privilégio nas classificações falimentares tributárias, não mereceria tais considerações?” SILVA, Antônio Álvares da. **Questões polêmicas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p.76.

²⁸² “Para atingir esse objetivo, foi realizado, no final do ano de 2011, um inventário processual de âmbito nacional, de modo a garantir que as informações de todos os processos trabalhistas em curso no Brasil fossem devidamente registradas no sistema eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho quando do início da vigência Lei 12.440/2011”. VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012, p. 176

²⁸³ “Em Minas Gerais, a expedição de certidão negativa, positiva ou de andamento de ações trabalhistas é disciplinada pelos arts. 46 a 57 do Provimento n. 1/2008, de 3 de abril de 2008, que institui o Provimento Geral Consolidado da Justiça do Trabalho da 3ª Região. [...] Visando à sistematização de normas procedimentais aplicáveis no âmbito das Varas do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, em 28 de outubro de 2008, foi editada a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho [...]. FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 127.

²⁸⁴ Art. 2º A inclusão, a alteração e a exclusão de dados no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas serão sempre precedidas de determinação judicial expressa, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º Na execução por Carta, caberá ao Juízo Deprecante a determinação de que trata o caput. (Alterado pelo Ato TST.GP nº 772/2011, de 13.12.2011)

§ 2º As alterações no BNDT decorrentes de decisão de Tribunal Regional do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho serão imediatamente comunicadas ao juízo de origem, a quem caberá a atualização. (Incluído pelo Ato TST.GP nº 772/2011, de 13.12.2011).

Art. 10. O sistema de expedição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas estará disponível ao público a partir de 4 (quatro) de janeiro de 2012.

A Certidão Negativa de Débito Trabalhista não será expedida quando detectado, em nome do solicitante, débito trabalhista, conceituado, pela Consolidação das Leis do Trabalho, mediante acréscimo da Lei n. 12.440/2011, em dois incisos:²⁸⁵

TÍTULO VII-A

(Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Art. 642-A. **É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

§ 1º **O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

I – o **inadimplemento** de obrigações estabelecidas em **sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho** ou em **acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei;** ou (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

II – o **inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

§ 2º Verificada a existência de **débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa,** será expedida **Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas** em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

§ 3º A CNDT certificará a empresa **em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

§ 4º O prazo de validade da CNDT é **de 180 (cento e oitenta) dias,** contado da data de sua emissão. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (grifo nosso).²⁸⁶

§ 1º A partir da data prevista no caput, os Tribunais Regionais do Trabalho e as Varas do Trabalho não emitirão certidão com a mesma finalidade e conteúdo da CNDT, salvo em caráter excepcional e urgente em que, após comprovada a emissão da certidão nacional pelo interessado, constatar-se que a informação pretendida ainda não está registrada no BNDT (art. 5º, § 2º, I). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1.470, de 24 agosto de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 803, 29 ago. 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 890, 4 jan. 2012. Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3.

²⁸⁵ De forma similar, dispõe a Resolução n. 1.470/2011:

Art. 1º É instituído o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, composto dos dados necessários à identificação das pessoas naturais e jurídicas, de direito público e privado, inadimplentes perante a Justiça do Trabalho quanto às obrigações:

I — estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado ou em acordos judiciais trabalhistas; ou

II — decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 1º É obrigatória a inclusão no BNDT do devedor que, devidamente cientificado, não pagar o débito ou descumprir obrigação de fazer ou não fazer, no prazo previsto em lei. (Redação dada pelo Ato TST.GP nº 001/2012, de 02.01.2012). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1.470, de 24 agosto de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 803, 29 ago. 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 890, 4 jan. 2012. Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3.

²⁸⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

O conceito de débito trabalhista, utilizado pelo texto celetista, necessita ser esmiuçado: prevê o inciso I do §1º do art. 642-A da CLT que deverá ser considerado débito trabalhista e, portanto, obstáculo à emissão da Certidão Negativa de Débito Trabalhista, o “inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado, proferida pela Justiça do Trabalho”²⁸⁷ – entendido o trânsito em julgado em perspectiva formal e material –, excluído o débito objeto de execução provisória, conforme regulamentação da Resolução Administrativa n. 1.470/2011 do TST.²⁸⁸

Qual o momento em que se transita em julgado a sentença condenatória? Entendo que, pelo menos para efeitos de uma melhor aplicação do Direito do Trabalho, ela se verifica tão logo se esgote o processo de conhecimento e os recursos a ele inerentes. Os recursos e impugnações da execução não mudam a condenação. Podem, no máximo modificar parcialmente alguns de seus aspectos: valor, extensão ou restrição da matéria que entrará no cálculo, forma da execução, etc. Portanto, a partir do fim do processo de conhecimento, a certidão pode ser expedida.²⁸⁹

Ainda no inciso I, incluiu o legislador, como parte do conceito de débito trabalhista, o inadimplemento de obrigações estabelecidas “em acordos judiciais descumpridos, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, honorários, custas, emolumentos ou recolhimento determinado em lei”.²⁹⁰ Os acordos judiciais²⁹¹ figuram entre as possibilidades do art. 642-A da CLT, dada a relevância consignada à conciliação pela sistemática do processo trabalhista, sendo equivalentes, em termos de geração de efeitos, à sentença, e

²⁸⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

²⁸⁸ Art. 1º [...]

§ 3º Não será inscrito no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas o devedor cujo débito é objeto de execução provisória. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1.470, de 24 agosto de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 803, 29 ago. 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 890, 4 jan. 2012. Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3. Sobre essa questão, merece menção o entendimento de Antônio Álvares da Silva, que considera inadequada a ressalva feita pela referida portaria, não sendo inscrito no BNDT o devedor cujo débito é objeto de execução provisória, considerando o autor que, na execução, a condenação não será alterada e, portanto, é certa. A inscrição no BNDT deveria ser imediata. SILVA, Antônio Álvares da. **Na vanguarda do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012.

²⁸⁹ SILVA, Antônio Álvares da. **Na vanguarda do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012, p. 86-87.

²⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

²⁹¹ Há debate doutrinário quanto à natureza do termo de conciliação, equiparando-o, uma primeira vertente, à sentença de mérito, em virtude da irrecorribilidade prevista no art. 831, parágrafo único, da CLT – vide Súmula 259 do TST – e uma segunda, a um ato processual de jurisdição voluntária, considerando não haver apreciação da lide pelo Poder Judiciário. Carlos Henrique Bezerra Leite cita que, para Elaine Nassif, seria a homologação de um negócio jurídico pelo juiz. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.669.

equiparados a títulos executivos judiciais, conforme disposição dos arts. 835 e 846, §1º também do texto celetista.

Em relação aos honorários, merece menção a ponderação feita por Isabela de Alcântara Fabiano e Luiz Otávio Linhares Renault, ao interpretarem a expressão de forma ampliativa, abrangendo tanto honorários periciais quanto advocatícios – quando fixados por comando jurisdicional – ressaltando, ainda, que a Instrução Normativa n. 27 do TST faz clara referência ao fato de que os honorários são devidos pela mera sucumbência, salvo nas lides decorrentes da relação de emprego.²⁹² O legislador, ao redigir o novo art. 642-A, deu especial ênfase aos “agregados da sentença”, nos termos de Antônio Álvares da Silva – valendo-se de expressão de Pontes de Miranda –, por serem nascidos da relação de trabalho.²⁹³

No inciso II, ressaltou-se, como débito, o “inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho e de termo de acordo firmado perante Comissão de Conciliação Prévia”,²⁹⁴ tendo sido reconhecidos a relevância e impacto, na praxis trabalhista cotidiana, das formas de resolução de conflitos extrajudiciais,²⁹⁵ equiparando-as às sentenças: conforme ressalta o art. 876 da CLT,²⁹⁶ títulos executivos extrajudiciais têm igual relevância, se comparados aos judiciais. O legislador seguiu a rota pós-moderna de reconhecimento e valorização das formas alternativas de resolução de conflitos.

Se os juízes devem desempenhar sua função tradicional, aplicando, moldando e adequando leis complicadas a situações diversas, com resultados justos, parece que os advogados, altamente habilitados e procedimentos altamente estruturados

²⁹² Art. 3º [...]

§ 3º Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n. 27, de 16 de fevereiro de 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 22 fev. 2005. Republicado no Diário da Justiça da União, 05 jul. 2005.

²⁹³ “Os recolhimentos previstos em lei são todos aqueles que devam constar da sentença por força de alguma norma que os preveja. Já foram praticamente enumerados anteriormente. Cite-se ainda o recolhimento do imposto de renda, multas aplicadas pelo juiz nos casos previstos, etc.” SILVA, Antônio Álvares da. **Na vanguarda do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012, p. 89.

²⁹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

²⁹⁵ Para Jorge Luiz Souto Maior, a adoção de soluções extrajudiciais para resolução de conflitos permite dar maior efetividade ao direito material trabalhista. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Soluções extrajudiciais dos conflitos individuais trabalhistas. **Jornal Trabalhista**, Brasília, Ed. Consulex, 31.01.2000, p. 5.

²⁹⁶ Art. 876 - As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo. (**Redação dada pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000**). BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

continuarão a ser essenciais. Por outro lado, torna-se necessário um sistema de solução de litígios mais ou menos paralelo [...].²⁹⁷

Em seu §2º, o art. 642-A da CLT dispõe ainda que, se os débitos trabalhistas estiverem garantidos por penhora suficiente – existindo, portanto, constrição judicial sobre valor que satisfaça integralmente a dívida – ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas, com efeito de negativa. Vale ressaltar que não existia, na versão original do Projeto de Lei n. 7.077/2002, menção à referida certidão positiva. Em relação à suspensão, importante mencionar que, como ressaltam Isabela de Alcântara Fabiano e Luiz Otávio Linhares Renault, as hipóteses dispostas no art. 265, I, II, III do CPC²⁹⁸ são aplicáveis, subsidiariamente, ao processo do trabalho, conforme disposição do art. 769 da CLT.

Conforme constata os autores, a oposição de exceção de incompetência relativa do juízo, suspeição ou impedimento suspendem a fase executiva; os embargos de terceiro, igualmente, suspendem, no todo ou em parte, o curso do processo principal, quando versarem sobre os bens apreendidos judicialmente, respectivamente, ou sobre apenas alguns deles. Ressaltam ainda que, em relação aos embargos do devedor, quando recebidos, normalmente, não suspendem o curso normal da execução, existindo, entretanto, corrente doutrinária entendendo pela aplicação dos arts. 475-M e 739-A do CPC ao processo do trabalho, ficando, portanto, a suspensão de execução, fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, a critério do juiz, conforme fundamento apontado pelo embargante.²⁹⁹

A Lei 6.830, de 23 de setembro de 1980, cujo art. 40, *caput*, tem aplicação no processo trabalhista, estabelece que “enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre

²⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

²⁹⁸ Art. 265. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

II - pela convenção das partes; ([Vide Lei nº 11.481, de 2007](#))

III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; [...]. BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 01 abr. 2012.

²⁹⁹ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 126-136.

os quais possa recair a penhora”³⁰⁰, o juiz suspenderá o curso da execução, definindo seus parágrafos que:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - **Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.**

§ 3º - **Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.**

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. [\(Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009\)](#) (grifo nosso).³⁰¹

Há autores que entendem ser o §2º do art. 642-A coerente com o padrão adotado por outras certidões negativas expedidas pelo Poder Público, mas inadequado quando se trata de garantir a devida eficácia das execuções trabalhistas: a possibilidade de obtenção de certidão equivalente à CNDT, “sem que haja o efetivo pagamento do crédito trabalhista possibilita a deturpação do instituto, permitindo que alguns réus venham a elaborar novas estratégias

³⁰⁰ BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

³⁰¹ BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 30 jan.2012. Apesar da previsão de arquivamento provisório contida no dispositivo supramencionado, o TRT da 3ª Região expediu, em 2004, o Provimento n. 02, dispondo sobre o arquivamento definitivo da execução trabalhista, interrompida há mais de 1 (um) ano, nas Varas Trabalhistas, e definindo que, nesses casos, seriam emitidas e enviadas ao credor certidão da dívida, de qualquer natureza. Entretanto, o mencionado provimento deixou de ter validade, após edição do Ato n. 17, de 09 de setembro de 2011, de competência do Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, determinando, a partir da decisão do Conselho Nacional de Justiça, proferida nos autos da Consulta nº 0000534-85.2011.2.00.0000, que “o arquivamento provisório do processo de execução, por não ter sido encontrado o devedor ou bens penhoráveis, corresponde à suspensão da execução de que tratam os artigos 40 da Lei nº 6.830/80 e 791, inciso III, do CPC”; e que “o arquivamento definitivo do processo de execução decorre da declaração, por sentença, da extinção da execução, pela verificação de uma das hipóteses contempladas nos incisos I, II e III do artigo 794 do CPC, por se achar exaurida a prestação jurisdicional”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ato GCGJT n. 017, de 09 de setembro de 2011. Elucida o significado das locuções “arquivamento provisório do processo de execução” e “arquivamento definitivo do processo de execução”, no âmbito do Judiciário do Trabalho, tendo como precedente a decisão do Conselho Nacional de Justiça, proferida nos autos da Consulta nº 0000534-85.2011.2.00.0000, e dá outras providências. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 10 set. 2011.

protelatórias”.³⁰² Rômulo Valentini cita, como exemplo, a adoção, por empresas de prestação, de cauções inidôneas ou utilização de requerimentos de suspensão meramente protelatórios, objetivando apenas a aquisição da mencionada certidão positiva para participação em procedimentos licitatórios.³⁰³

O §3º do art. 642-A, por sua vez, prevê que as informações constantes da CNDT atingirão todos os estabelecimentos, agências e filiais, em virtude da unidade organizativa que é inerente ao empreendimento e evitando, com essa medida, a criação de apenas alguns estabelecimentos, agências ou filiais idôneos somente para obtenção da CNDT. A previsão pode, ainda, “servir como um freio na já difundida prática de as empresas não manterem valores nas contas vinculadas aos CNPJs das filiais como forma de dificultar a penhora junto ao sistema Bacenjud”.³⁰⁴

O §4º, por fim, define o prazo de validade da certidão: 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da emissão. Para conferir graus de segurança jurídica ao instrumento, optou-se pela provisoriedade da certidão, em virtude do próprio dinamismo das atividades e práticas econômicas e sociais e da natureza do documento que, por ser forma de coerção indireta, possui a finalidade de persuadir o devedor a quitar o débito inadimplido, sendo necessário, portanto, o caráter de transitoriedade para estimular o devedor a alterar o “estado das coisas”.³⁰⁵

O Projeto de Lei n. 7.077/2002, que deu origem à Lei n. 12.440/2011, originariamente, previa prazo de validade de 90 (noventa) dias para a CNDT, período ampliado para 180 (cento e oitenta) dias no texto celetista, hoje em vigor. A ampliação é justificável quando observados os prazos padrão de validade das certidões negativas federais, mas deve ser analisado com cuidado quando se trata da efetivação de créditos alimentares, como o

³⁰² VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012, p. 177.

³⁰³ VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012.

³⁰⁴ VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012. Importante mencionar que o BacenJud é “um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições bancárias, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programa de A a Z: Bacenjud**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/bacenjud>. Acesso em: 12 mai. 2012.

³⁰⁵ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 126-136.

trabalhista, o que demandaria que a prova de quitação tivesse validade por prazo mais curto para evitar o uso de estratégias protelatórias.³⁰⁶

De qualquer maneira, a inovação legislativa foi meritória e muito bem-vinda, diante das dificuldades enfrentadas pela Administração Pública na contratação, via licitação, de empresas idôneas e adimplentes com suas obrigações trabalhistas, e em face do drama vivido pelos trabalhadores terceirizados que acabam por não receber o pagamento por direitos constitucionalmente tutelados. “É ilegal, amoral, ineficiente, improbo e totalmente contraproducente declarar uma pessoa – física ou jurídica – que, notoriamente, não cumpre os seus compromissos trabalhistas vencedora em uma licitação”.³⁰⁷

Age a Administração, conforme será abordado no capítulo seguinte, com culpa *in eligendo*, ao contratar licitante devedor de encargos trabalhistas – embora parte da doutrina seja contrária à aplicação desta modalidade de culpa ao Poder Público, acatando apenas a modalidade de culpa *in vigilando*, entendimento que não se coaduna com os pressupostos científicos desta pesquisa, como se verá adiante. Caracterizada a culpa, será a Administração, inclusive, a despeito da declaração de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010, responsabilizada subjetivamente.

O objetivo do legislador, com a edição da Lei n. 12.440/2011, segundo Lucas Rocha Furtado, foi conferir graus de segurança às contratações da Administração Pública e “ampliar os mecanismos de proteção aos direitos do trabalhador”:³⁰⁸ A alteração legislativa, portanto, além de evitar *dumping* econômico-social,³⁰⁹ reduz o volume de processos trabalhistas que inflam as prateleiras do Poder Judiciário Trabalhista.³¹⁰

Em notícia veiculada no site oficial do Tribunal Superior do Trabalho no dia 07/07/2011 consta que, de acordo com a Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho de 2010³¹¹, no ano de 2010 existia um saldo de 1,7 milhões de processos trabalhistas pendentes de execução. Ainda segundo esta notícia, estima-se que

³⁰⁶ VALENTINI, Rômulo Soares. Breves considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na "ação declaratória de constitucionalidade número 16" e seus efeitos sobre as demandas trabalhistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**: Belo Horizonte, v. 51, n. 82, p. 75-85, jul./dez. 2010.

³⁰⁷ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 126-136.

³⁰⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.204.

³⁰⁹ O conceito será detidamente trabalhado no capítulo 4.

³¹⁰ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 130.

³¹¹ Dados disponíveis para consulta no *site* <http://www.tst.jus.br>, no seguinte endereço eletrônico: http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2010/resumo_analitico.pdf. Acesso em 11 de julho de 2011.

somente neste ano de 2011 aproximadamente 855 mil novos casos adentraram a fase de execução, totalizando 2,6 milhões de processos trabalhistas pendentes de julgamento. Apenas 26,76% das execuções foram encerradas [...].³¹²

Antônio Álvares da Silva, de forma similar, reconhece o caráter meritório da introdução legislativa e seu impacto positivo na práxis processual trabalhista, entendendo que a Lei n. 12.440/2011 não tem natureza jurídica premial, por ter criado um requisito objetivo procedimental, no bojo na tramitação licitatória da Lei n. 8.666/93. Gerou, todavia, efeito premial,³¹³ por reconhecer, ao licitante, adimplente em relação a direitos trabalhistas, o direito subjetivo de participação em licitações públicas, privilegiando, portanto, a conduta positiva em detrimento da sonegação de direitos: “faz com que a empresa tenha mais vantagem em pagar do que em sonegar. Finalmente, o legislador privilegiou o crédito trabalhista para favorecer sua satisfação”.³¹⁴

A inovação é pertinente, pois a existência de passivo trabalhista vencido e não adimplido representa razoável indício de que a empresa não será capaz de executar satisfatoriamente o objeto do contrato, risco esse mitigado com a exigência da certidão. Além disso, a medida favorece a satisfação dos créditos trabalhistas, ao compelir as empresas interessadas em contratar com o Poder Público a quitarem as dívidas que poderão impedir a obtenção do documento.³¹⁵

O tema – exigência de documentação comprobatória de regularização trabalhista –, dada a sua atualidade, ainda demanda maturação, pautada por debates na doutrina, evolução jurisprudencial e desafios da práxis. Desdobramento espinhoso da questão, ainda não mencionado ou debatido pela doutrina e jurisprudência, é a possibilidade de aplicação do novo requisito à modalidade de licitação pregão. A pesquisa esbarrou nessa espécie de nó górdio, e análise detida sobre esse questionamento deve ser feita.

No entendimento de Maurício Godinho Delgado, a certidão negativa de débito trabalhista deve “subministrar qualquer contrato de terceirização [...], fazendo refluir a

³¹² VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012, p. 173.

³¹³ “Com efeito, a sistemática criada pela CNDT estabelece uma nova frente de combate para a morosidade processual que aflige a Justiça do Trabalho, por criar um novo instrumento capaz de impelir o devedor a realizar o cumprimento imediato da obrigação devida. Obviamente, o devedor não irá fazê-lo por benevolência, mas sim por necessidade de obter à CNDT, cuja expedição será necessária para a obtenção de determinados direitos que, por ora, se limitam à comprovação de requisito básico para fins de participação em licitações”. VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012, p. 176.

³¹⁴ SILVA, Antônio Álvares da. **Na vanguarda do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012, p. 82.

³¹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.204.

verdadeira epidemia de inadimplementos que tem caracterizado esse segmento [...]”,³¹⁶ posicionamento mais acertado. A indagação a respeito da extensão e aplicabilidade da exigência de regularidade trabalhista e, por conseguinte, da CNDT, surge pelo fato de o pregão – modalidade utilizada para contratação de serviços comuns, via terceirização, como analisado no capítulo anterior, foco das contratações de mão de obra, no bojo da Administração Pública – ser regido por lei diversa, não alterada pela Lei n. 12.440/2011.

A Lei n. 10.520/2002, instituidora do pregão, tem regramento específico em relação à fase de habilitação e à documentação exigida para essa finalidade, embora haja previsão, no art. 9º, de aplicação subsidiária da Lei de Licitações: “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.³¹⁷ E não sofreu, a mencionada lei, qualquer alteração que estabeleça, como requisito na fase de habilitação, a exigência de regularidade trabalhista:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação **regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais**, quando for o caso, com a comprovação de que atende às **exigências do edital** quanto à **habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira**; (grifo nosso)³¹⁸

E, igualmente, o Decreto n. 5.450/2005, no âmbito federal, e o Decreto n. 44.786/2008, na esfera estadual, mantiveram o texto originário, não adotando a CNDT dentre os documentos exigidos na fase de habilitação, respectivamente:

Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à **habilitação jurídica**;

II - à **qualificação técnica**;

III - à **qualificação econômico-financeira**;

IV - à **regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS**;

³¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.483.

³¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

V - à **regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais**, quando for o caso; e

VI - **ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do art. 78 da Lei no 8.666, de 1993.**³¹⁹

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral (grifo nosso).³²⁰

Art. 4 [...]

XIII - pré-qualificação de licitantes: é o procedimento auxiliar da licitação por meio do qual a Administração, mediante aviso de edital específico, convoca possíveis interessados a apresentarem **habilitação jurídica, técnica, econômica prova de regularidade fiscal**, bem como prova de **regularidade com a seguridade social** previamente ao certame para exame e deliberação, segundo critérios objetivos, restringindo-se a futura licitação aos pré-qualificados (grifo nosso).³²¹

Em verdade, diante da celeuma, é possível vislumbrar duas possibilidades de posicionamento: um primeiro, a favor da exigência da CNDT e, portanto, de comprovação da regularidade trabalhista também no pregão, mesmo sem inclusão textual da exigência na Lei n. 10.520/2002, sustentando-se na premissa de que almejou o legislador estabelecer o novo requisito para todas as modalidades de licitação, mesmo não promovendo alteração no texto da lei específica instituidora do pregão, considerado o regramento geral trazido pela Lei n. 8.666/93 e sua aplicação subsidiária à modalidade pregão.

E um segundo posicionamento, estruturado sob a égide do princípio da legalidade e da necessidade de manutenção da segurança jurídica, entendendo pela não possibilidade de interpretação ampliativa do dispositivo – art. 27 da Lei n. 8666/93 –, por extrapolar os limites da própria lei. Adotando-se esse posicionamento, mesmo que tenha sido intenção do legislador estender a exigência para a modalidade de licitação pregão, pela alteração da Lei n. 8.666/93, não seria possível aplicar a exigência de regularidade trabalhista e, por conseguinte,

³¹⁹ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. ([Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999](#)).

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³²⁰ BRASIL. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³²¹ MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov. 2011.

exigir-se a Certidão Negativa de Débito Trabalhista no pregão, dada a ausência de alteração legislativa na Lei n. 10.520/2002.

Por esse segundo entendimento, qualquer decreto referente ao pregão, seja federal ou estadual, deve ser interpretado e aplicado conforme disposições da Lei 10.520/2002. E, como a mencionada lei, em seu art. 4º, XIII, não menciona a CNDT, dentre as certidões aptas a serem exigidas na habilitação, não seria possível, portanto, exigí-la. Qualquer interpretação extensiva para incorporar a Certidão Negativa de Débito Trabalhista dentre os documentos exigíveis na habilitação, na modalidade de licitação pregão, por essa linha, seria ilegal e, até, inconstitucional, por estabelecer restrição de direitos, violando a segurança jurídica e outros direitos fundamentais. Por essa via, apenas com futura alteração legislativa da Lei n. 10.520/2002, será possível estabelecer a CNDT como requisito no pregão.

A impossibilidade se daria pelos motivos já expostos no início deste capítulo: em virtude da aplicação do princípio da legalidade – entendido, de forma retrógrada, como vinculação positiva à lei – não seria possível exigir-se, na fase de habilitação, qualquer documento que extrapolasse o rol taxativo disposto no texto legal. E, *in casu*, nem a Lei n. 10.520/2002, nem seus decretos regulamentadores, no âmbito federal e, especificamente, em Minas Gerais, previram, textualmente, a exigência de comprovação de regularidade trabalhista. Dessa forma, segundo esse entendimento, a exigência, sem previsão legal, feriria a necessária segurança jurídica.

A celeuma ainda gerará grande controvérsia na prática dos procedimentos, e muitas demandas judiciais serão ajuizadas, no sentido de impugnar procedimentos licitatórios que adotem o requisito na licitação modalidade pregão, sem a mencionada previsão legal, dado o entendimento da doutrina administrativista pela taxatividade relativa às exigências cabíveis na fase de habilitação. Entretanto, o primeiro posicionamento, que prima pela possibilidade de exigência da regularidade trabalhista também na fase de habilitação do pregão, mesmo sem a mencionada previsão legal, é o mais acertado.

A Lei n. 8.666/93, nos termos do art. 9º da Lei n. 10.520/2002, tem aplicação subsidiária à lei instituidora do pregão, tendo, portanto, *status* de lei geral. A definição de qual seria o limite da subsidiariedade e da generalidade da Lei de Licitações não é clara, mas seria mais acertado admitir que as exigências habilitatórias teriam caráter de natureza geral.

Nessa linha, os dispositivos que listam os requisitos exigíveis no certame, tanto na Lei n. 8.666/93, quanto na Lei n. 10.520/2002, apresentam redação distinta, e, portanto, escopos diversos: o art. 27 da Lei de Licitações traz, no caput, a expressão “exclusivamente”, deixando claro o caráter exaustivo do rol. O art. 4º, XIII da Lei n. 10.520/2002, por sua vez,

não apresenta a mesma expressão, permitindo interpretação ampliada, no sentido de que, além daqueles requisitos que estão lá fixados, outros, desde que previstos em lei e, notadamente, na Lei de Licitações, de caráter geral e aplicação subsidiária, poderiam ser albergados no certame.³²²

Ademais, à luz de uma interpretação teleológica da legislação e do objetivo primeiro do legislador, ao promover a alteração da Lei de Licitações, considerando os valores constitucionalmente tutelados que procurou preservar e o conceito densificado de interesse público,³²³ não parece razoável que o pregão, a modalidade mais utilizada, especialmente, por ser obrigatória, no plano federal e em Minas Gerais, para serviços comuns, não possa utilizar do instrumento de controle criado na Lei n. 8.666/93. A não adoção da CNDT na modalidade pregão, conforme será demonstrado no capítulo 4, com a descrição de relato de experiência, referente à tutela de direitos trabalhistas no procedimento licitatório, desconsidera tanto a hipossuficiência dos trabalhadores terceirizados quanto o próprio interesse da Administração Pública.

Por fim, não haveria, necessariamente, ao exigir-se a CNDT no pregão, violação ao princípio da segurança jurídica. A interação entre a Lei n. 10.520/2002 e a Lei n. 8.666/93 permite, juridicamente, a incorporação daquele requisito habilitatório. E, para além, o licitante, em uma ou outra situação, não será surpreendido pela exigência porquanto será de amplo e prévio conhecimento, já que veiculado no respectivo ato convocatório do certame. Ainda, considerando-se válida a aplicação subsidiária da Lei 8.666 no pregão, não há, para o licitante, eventual direito adquirido a se manter avaliado pelos critérios anteriormente existentes.³²⁴

Poderá o administrador, portanto, pela via do ato convocatório, exigir a comprovação da regularidade trabalhista, pautado pela alteração da Lei de Licitações – que impõe normas gerais sobre o procedimento –, na leitura constitucionalizada do dispositivo e na construção principiológica do ramo justralhista. É possível ainda invocar tratamento particularizado, conforme o caso concreto, sendo a contratação para prestação de serviços, envolvendo mão de obra, peculiar o suficiente impor a necessidade de requisição da mencionada certidão.

³²² Argumento explicitado pelo professor Marco Aurélio de Barcelos Silva, em entrevista realizada em 13 de abril de 2012. SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Entrevista**. Entrevistadora: Mila Batista Leite Corrêa da Costa. Belo Horizonte: por ferramenta virtual, 2012.

³²³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³²⁴ Argumento explicitado pelo professor Marco Aurélio de Barcelos Silva, em entrevista realizada em 13 de abril de 2012. SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Entrevista**. Entrevistadora: Mila Batista Leite Corrêa da Costa. Belo Horizonte: por ferramenta virtual, 2012.

A criação de um requisito contemplativo da exigência de regularidade trabalhista, na fase de habilitação, e, portanto, no momento de averiguação da capacidade executiva do licitante, em relação ao objeto da licitação, no bojo do procedimento da Lei n. 8.666/93, sempre foi de grande necessidade, propugnado desde a incipiência da presente pesquisa.

A proteção dos trabalhadores terceirizados, cujos direitos trabalhistas – alimentares, por conseguinte –, permaneciam inadimplidos, mesmo após a realização de procedimento licitatório, calcado no regramento pormenorizado da Lei de Licitações, era negligenciada pela contratação de licitante inapto a honrar, durante a execução do contrato administrativo, o objeto acordado.

O descumprimento, pela via do inadimplemento de créditos trabalhistas por parte do empregador, do contrato administrativo celebrado com a Administração Pública para prestação de serviços – realizados por mão de obra pouco qualificada, a baixos salários –, torna o trabalhador terceirizado ainda mais vulnerável e hipossuficiente, especialmente quando não são os encargos trabalhistas inadimplidos assumidos pela Administração, a partir da hermenêutica do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, conforme será apresentado a seguir.

A inexistência de requisito de averiguação da regularidade trabalhista, ainda na habilitação, e, portanto, no procedimento, para a escolha do licitante mais apto a executar o objeto do contrato, agravava a negligência em relação à tutela dos direitos trabalhistas. A detecção de passivo trabalhista pré-licitatório é forte indício de inaptidão para a execução de um contrato de prestação de serviços que envolva mão de obra, ampliando, sobremaneira, o risco para o Poder Público e, nomeadamente, para os próprios trabalhadores, a assunção de compromisso com licitante descumpridor contumaz de direitos trabalhistas.

Em meio ao narrado *étât de choses*, a criação do requisito de constatação da regularidade trabalhista e, por acréscimo, do seu instrumento de aferição, a bem-vinda Certidão Negativa de Débito Trabalhista, não anula as possibilidades de realização de contratos administrativos fraudados por licitantes de má-fé ou de escolhas equivocadas ao final do procedimento, mesmo com a adoção de todo o minucioso *iter* procedimental, previsto na Lei n. 8.666/93 e na Lei n. 10.520/2002, mas reduz, com muita precisão: esmiuçamento do passado devedor do licitante oferece mostras de conduta ao Poder Público contratante.

Para além, a CNDT traz, em seu bojo, como já mencionado por Antônio Álvares da Silva, um caráter premial e, especialmente, pedagógico, proporcionando a construção de esteios de comportamento trabalhista dignificante, exercendo a Administração Pública e o Poder Judiciário Trabalhista, cada qual em seu espaço estruturante, sustentados por seus objetivos e estratégias dominantes, “controle civilizatório”, como bem definido por Maurício

Godinho Delgado, do procedimento licitatório, da formação e execução do contrato administrativo – a CNDT também é exigida durante a execução – e do tratamento dispensado ao trabalhador, cerne de todo o debate.

A exigência de regularidade trabalhista, instrumentalizada pela CNDT, por fim, favorece o adimplemento de saldos trabalhistas devedores, por estimular empresas que pretendem contratar com o Poder Público a quitar seus respectivos débitos. Toda medida com capacidade de redução de assunção de riscos, tanto para a Administração quanto para o trabalhador hipossuficiente, é meritória e deve ser acatada.

A alteração legislativa, reformadora do art. 27 da Lei de Licitações – responsável pela definição dos requisitos exigíveis no procedimento licitatório –, para inclusão da necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, representou verdadeira mudança de paradigma na forma de tratamento dado à questão trabalhista, pautada pela sustentabilidade, construída a partir da atuação concertada de atores fundamentais na composição desse “campo”, no sentido bourdieusiano: Poder Legislativo, autor da alteração textual do dispositivo em comento; a Administração Pública, de qualquer dos Poderes, responsável pela implementação do procedimento licitatório; e o Poder Judiciário Trabalhista, emissor da mencionada Certidão, instrumentalização da exigência de comprovação de regularidade trabalhista por parte do licitante.

2.2 Controle Fiscalizatório e Sinuosidades

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

(Maurício Godinho Delgado)³²⁵

Em relação ao tema execução, fiscalização e extinção dos contratos administrativos, nesta seção, serão abordadas as questões relevantes para o recorte proposto pela investigação, não sendo mencionados, portanto, tópicos caros ao Direito Administrativo, mas não para a pesquisa, como o regramento especial para recebimento do objeto dos contratos administrativos, realização de testes para verificação da qualidade da prestação, dentro outros.

³²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 435.

Os princípios norteadores do Direito Administrativo, em especial, o pressuposto da supremacia do interesse público, impõem, à Administração Pública, a necessidade de atuação proativa em relação ao controle e fiscalização das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, durante a execução e após finalização dos termos do contrato, devendo o Poder Público, portanto, agir preventivamente, em prol do interesse público, do erário – em virtude de eventual responsabilização da Administração por prejuízos causados – e do objeto do contrato, *in casu*, mão de obra terceirizada para prestação de serviços.

A prerrogativa fiscalizatória da Administração Pública é estabelecida pela Lei de Licitações, nos arts. 58, III e 67:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - **fiscalizar-lhes a execução;**

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 (grifo nosso).³²⁶

Em verdade, mais que prerrogativa, a fiscalização da execução do contrato caracteriza-se como poder-dever, sendo necessária a designação, pela Administração, conforme texto legal supramencionado, de representante para acompanhar e relatar eventuais falhas de execução, cabendo à autoridade competente, nos termos da Lei n. 8.666/93, determinar a aplicação de penalidades ou reter o pagamento a ser realizado, conforme a infração cometida. Importante mencionar, contudo, que a ausência ou má-fiscalização não eximem o contratado de suas responsabilidades em relação à Administração Pública: ao contratado, por sua vez, cabe, conforme disposto no art. 68 da Lei n. 8.666/93,³²⁷ designar preposto para representá-lo

³²⁶ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³²⁷ Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

perante a Administração, para exercer funções similares às do gestor designado pela contratante.³²⁸

Cumprе ressaltar que alguns autores, como Lucas Rocha Furtado, fazem distinção entre fiscal e gestor do contrato, não obstante ser facultativa a distinção das mencionadas funções. Para o autor, o fiscal do contrato tem a atribuição de verificação da execução escoreita do avençado, legitimando os pagamentos realizados ao contratado e orientando as autoridades em relação à necessidade de aplicação de penalidades, quando for o caso. O gestor do contrato, por sua vez, é responsável pelas tratativas com o contratado, sugerindo pactuações ou alterações no curso da execução.

A Lei de Licitações prevê, inclusive, a possibilidade de terceirização da função de fiscalização – terceirização dentro da terceirização –, quando a contratação de empresa fiscalizadora deverá ser precedida de procedimento licitatório – licitação dentro da licitação –, sendo admitida a contratação direta, se preenchidos os pressupostos legais previstos no art. 25, II da Lei n. 8.666/93.³²⁹

[...] cumpre à Administração Pública fiscalizar o procedimento licitatório de terceirização, no ato da contratação e na fase de execução, máxime no que tange à regularidade trabalhista e fiscal. Se por sua omissão culposa resultar dano, todo aquele que por ação ou omissão causar dano, comete ato ilícito e deve reparar (art. 37, XXI, CF e arts. 27, IV, 58, III e 67 *caput* e §1º da Lei 8.666/93 e art. 186 CC.³³⁰

O tema relativo à fiscalização da execução contratual ganha relevo quando analisados os mecanismos e impactos da responsabilização da Administração Pública por encargos inadimplidos pelo contratado. A Lei n. 8.666/93 possui dispositivo que, por longo período, provocou celeuma e acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais, dada a polêmica e contraste em relação a disposições outras da própria lei e do ordenamento jurídico pátrio. Trata-se do art. 71 da Lei de Licitações, disciplinador da responsabilidade do contratado pelos encargos decorrentes da execução do contrato:

³²⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³²⁹ Art. 25. É **inexigível** a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a **contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei**, de natureza singular, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (grifo nosso). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³³⁰ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011, p. 41.

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. [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

§ 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. \(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#) (grifo nosso).³³¹

O texto legal transfere, portanto, quando da celebração do contrato, todo e qualquer ônus relativo à responsabilidade pelos encargos decorrentes da execução: “ao ser apresentada a proposta pelo licitante, ele, portanto, irá fazer incluir em seu preço todos os encargos, de toda e qualquer natureza”.³³² A lei apenas autoriza a assunção, pela Administração Pública, de encargos previdenciários, nítida discriminação feita pelo legislador.

Diante da disparidade, o Tribunal Superior do Trabalho alterou, no ano 2000, a redação do item IV da Súmula n. 331, de 1993,³³³ visando a atenuar a discrepância, ao incluir também o Poder Público na hipótese de responsabilização subsidiária pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, quando da constatação de culpa *in vigilando*, conforme será analisado no capítulo seguinte.

Contudo, todo o debate ganhou proeminência com a decisão, em 2010, do Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 16 –, ajuizada, pelo governador do Distrito Federal, em face do §1º do art. 71 da Lei 8.666/93, em virtude da existência do posicionamento do TST, firmado no mencionado item IV da Súmula n. 331, que permitia a responsabilização subsidiária da Administração Pública em relação a débitos trabalhistas não adimplidos pelo empregador, quando houvesse contratação relativa a terceirização de serviços.

³³¹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³³² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.435.

³³³ IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 set. 2000. Seção 1, p. 290. Republicado no Diário da Justiça da União, 19 set. 2000, Seção 1, p. 304. Republicado no Diário da Justiça da União, 20 set. 2000, Seção 1, p. 258.

Para o Supremo, somente poderá a Administração Pública ser responsabilizada quando ficar constatada, diante do caso concreto, culpa *in vigilando*, por negligência, imprudência ou imperícia, por parte do Poder Público, na fiscalização da execução do contrato. Nesses termos, diante do posicionamento do STF pela constitucionalidade do mencionado dispositivo e possível responsabilização da Administração, quando houver comprovação de fiscalização deficitária, o debate em torno de mecanismos e definições fiscalizatórias ganha relevo, especialmente, pela inserção do item V na Súmula n. 331, conforme se verá adiante:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.³³⁴

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diante da decisão do STF, na ADC n. 16, absorvida pela Súmula n. 331 do TST, em seu item V, a deve a Administração Pública tomar algumas medidas assecuratórias para preservação do interesse público, do erário e do próprio trabalhador. Sugere a autora a inserção, nos instrumentos convocatórios e nos contratos, de cláusula que ressalte, com clareza, à empresa contratada, o disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/93, e a aplicação de penalidades por seu descumprimento, sem prejuízo da rescisão contratual, prevista no art. 78, I e II da Lei de Licitações,³³⁵ para que, como licitante e, *a posteriori*, contratada, tome as devidas precauções e cuidados no sentido de manter o saneamento de suas obrigações, especialmente, as trabalhistas, objeto de análise desta pesquisa.

Sugere ainda, a autora, que a Administração, durante a fiscalização da execução do contrato administrativo, verifique, com acuidade, o cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais, aplicando as penalidades pertinentes em caso de descumprimento. Para essa finalidade, faz-se de suma relevância a exigência de atualização da Certidão Negativa de Débito Trabalhista, a cada 180 (cento e oitenta) dias, como forma de controle de quitação de eventuais débitos trabalhistas, conceituados, como visto, pela CLT.³³⁶

³³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 738, 27 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 4-24. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 739, 30 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 740, 31 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

³³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

De forma similar, Flávio Amaral Garcia propõe alternativas fiscalizatórias, com o intuito de salvaguardar a Administração Pública de eventuais responsabilizações, e que, por conseguinte, preservam o próprio trabalhador:³³⁷

1. Prestação periódica de contas: faz-se necessário incluir, nos atos convocatórios e contratos, cláusulas instituindo a obrigatoriedade de prestação de contas periódicas relativas às obrigações trabalhistas – pode ser realizada por meio da apresentação renovada da CNDT, como mencionado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro –,³³⁸ sendo essencial, segundo o autor, definir quais seriam as verbas trabalhistas objeto da fiscalização, mediante análise de especialista em Direito do Trabalho, especialmente, quando envolver o contrato a fiscalização de quantidade elevada de empregados;
2. Cláusula de retenção: todos os contratos devem prever, ocorrido o inadimplemento, cláusula que permita ao tomador de serviços, *in casu*, ao Poder Público, reter a remuneração do contratado, com o intuito de resguardar o patrimônio público, quando consolidada eventual condenação subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas inadimplidos;
3. Impedimento de participação em novas licitações: as empresas prestadoras de serviços que, reiteradamente, descumprirem obrigações trabalhistas, devem ser penalizadas com a não participação em novos procedimentos licitatórios, aplicando-se – após cumprimento do devido processo administrativo, garantido o contraditório, ampla defesa e proporcionalidade, com fundamentação no art. 88, III da Lei n. 8.666/93 – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos ou, com fulcro no inciso IV do artigo supra, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público;
4. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: a aplicação das penalidades, previstas em lei, poderia incidir, conforme demanda do caso concreto, sobre o sócio da empresa contratada, com o intuito, extremamente pertinente, de evitar que as mesmas pessoas físicas iniciem nova atividade com outra razão social, fato muito comum, conforme dados levantados pelo Ministério Público do Trabalho, entre empresas do ramo de asseio e limpeza, e não sejam penalizadas, prejudicando, como o usual,

³³⁷ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.340-341.

³³⁸ A última edição da obra “Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas”, do mencionado autor, foi publicada em 19 de março de 2010, anterior, portanto, à criação da Certidão Negativa de Débito Trabalhista, instituída pela Lei n. 12.440, de 07 de julho de 2011.

inúmeros trabalhadores e a própria Administração Pública, que não recebe a prestação do serviço, por ser, normalmente, interrompido, e ainda sofre condenação subsidiária em relação aos encargos trabalhistas, responsabilidade que, nesses casos, deixa de ser meramente subsidiária, em virtude do desaparecimento da empresa contratada;

5. Seguro relativo à responsabilização por encargos trabalhistas: cogita o autor, por fim, a previsão de um seguro para essa modalidade de responsabilidade, o que geraria aumento dos preços ofertados e diminuição da competitividade, mas que funcionaria como garantidor do Poder Público e, por conseguinte, de forma especial, do trabalhador.

Além das instrumentalizações acima citadas, sugere Luiz Edgar Ferraz de Oliveira ainda medida mais gravosa: a transferência de responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado não apenas à Administração Pública, mas também ao administrador, responsável pela ausência ou falha de fiscalização, “como forma de ressarcimento aos cofres públicos”,³³⁹ o que seria difícil, considerando que, de maneira geral, as falhas são sistêmicas, envolvendo questões procedimentais ou atos concatenados imbricados, sendo difícil determinar a responsabilidade de um agente público.

Para Lucas Rocha Furtado, deve, portanto, o Poder Público exigir do contratado – conforme previsão expressa no instrumento convocatório da licitação e no contrato administrativo firmado – a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas firmadas para pagamento das faturas.³⁴⁰

Adotadas medidas preventivas e de controle, *a priori*, na escolha do licitante vencedor apto a contratar com a Administração e, igualmente, durante a fiscalização da execução contratual, reduz-se o risco de responsabilização subsidiária do Poder Público, pela Justiça do Trabalho, diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas e,³⁴¹ igualmente, de transferência de prejuízos e danos ao trabalhador, que empregou sua força de trabalho na prestação de serviços.

³³⁹ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 29-34./2011, p. 31.

³⁴⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁴¹ Salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, diante da nova decisão do STF, na ADC n. 16, declarando a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93 – conforme análise detida no capítulo seguinte -, caso a Administração Pública adote medidas preventivas e assecuratórias durante a fiscalização do contrato, mesmo que ocorra inadimplência do contratado, não poderá ser o Poder Público condenado pelo Poder Judiciário, ensejando a possibilidade de reclamação administrativa ao STF. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

2.3 Controle Judicial: Créditos Trabalhistas e Responsabilidade

Há algo muito atraente na ideia de que qualquer pessoa, em qualquer lugar no mundo, independentemente de nacionalidade, local de domicílio, cor, classe, casta ou comunidade, possui alguns direitos básicos que os outros devem respeitar. (Amartya Sen)³⁴²

A extinção do contrato pela conclusão ou execução de seu objeto, conforme cita Lucas Rocha Furtado, é a regra e “ocorre de pleno direito quando as partes cumprem integralmente todas as cláusulas do ajuste”.³⁴³ O cumprimento recíproco, portanto, das prestações contratuais, extingue o contrato e todos os encargos e obrigações dele derivadas, embora seja relevante destacar que o contratado é obrigado a responder pelo que foi avençado.

Outra hipótese de extinção do contrato é a expiração do prazo de vigência, sendo legalmente vedada, pelo art. 57, §3º, da Lei de Licitações, a celebração de contratos por prazo indeterminado, ficando restrita a duração dos contratos à vigência dos créditos orçamentários, nos termos do *caput* do supramencionado artigo – guardadas as exceções previstas no mesmo dispositivo.³⁴⁴ Finalmente, pode o contrato ser extinto pela via da rescisão, mencionada nos arts. 78 e 79 da Lei n. 8.666/93, sendo 3 (três) as categorias:³⁴⁵

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
I - determinada por **ato unilateral e escrito da Administração**, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
II - **amigável**, por **acordo entre as partes**, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

³⁴² SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Prêmio Nobel. São Paulo: Cia das Letras, 2011, p. 390.

³⁴³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁴⁴ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³⁴⁵ Há ainda a extinção do contrato pela via da anulação, que encontra fundamento no art. 59 da Lei n. 8.666/93, quando ausentes pressupostos de validade. Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

III - judicial, nos termos da legislação (grifo nosso).³⁴⁶

Para Lucas Rocha Furtado e Marçal Justen Filho, não pode o contrato ampliar as hipóteses de rescisão para além daquelas estabelecidas em lei.³⁴⁷ A primeira hipótese legal, a rescisão unilateral, é uma das prerrogativas atribuídas pelo regime administrativo à Administração Pública, podendo ocorrer tanto por inadimplência do contratado quanto por interesse público, desde que haja motivação. A segunda hipótese, a rescisão a amigável, ocorre quando há confluência entre interesse público e privado em prol da rescisão, fazendo-se necessária a justificativa, pela Administração Pública, em face do seu papel de tutela do interesse público. Finalmente, em relação à terceira e última hipótese, referente à rescisão judicial, o art. 78 da Lei n. 8.666/93, nos incisos XIII a XVI, prevê as hipóteses em que há rescisão por culpa da própria Administração:

Art. 78 [...]

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;³⁴⁸

As hipóteses de rescisão por culpa da Administração Pública mencionadas autorizam o contratado a propor ação judicial para declarar a extinção contratual. No caso dos incisos I a

³⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³⁴⁷ Vide FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010 e JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

³⁴⁸ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

XII, XVII e XVIII, o texto legal prevê possibilidades de garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado, “dotando a Administração de instrumentos que possibilitem rescindir o respectivo contrato no interesse público”.³⁴⁹

Art. 78. [...]:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. [\(Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999\)](#)³⁵⁰

A proposição de um “controle civilizatório” *a posteriori* – considerando já terem sido abordados o controle *a priori*, realizado no momento da implementação do procedimento licitatório, e o controle durante a execução contratual, pela via da fiscalização – seria aquele implementado após a extinção do contrato, por meio da judicialização de demandas. É um controle, portanto, judicial, quando o Poder Judiciário, provocado por qualquer das partes ou pelo trabalhador, lesado pelo inadimplemento de obrigações decorrentes do contrato de

³⁴⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 490. Os incisos XIII a XVI, cuja análise não é necessária ao recorte estabelecido para a pesquisa, para Lucas Rocha Furtado, objetivam resguardar o particular de eventual abuso de poder por parte da Administração Pública

³⁵⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

trabalho firmado entre Administração Pública e empresa contratada via licitação, analisa a questão posta. Usualmente, as demandas envolvendo inadimplência em contratos administrativos são levadas ao Judiciário pelo próprio trabalhador ou por Ações Civis Públicas ou Coletivas, propostas pelo Ministério Público do Trabalho. Há também ajuizamento de ações pela empresa contratada e pela própria Administração Pública, envolvendo questões contratuais, direito de regresso e inadimplência.

O controle sobre o adimplemento de encargos trabalhistas, após extinção do contrato – extinção ocorrida por qualquer via, desde que presentes débitos de natureza trabalhista – é tema delicado, como já exposto, *en passant*, na seção anterior, em virtude da clara disposição legal que isenta a Administração Pública por qualquer débito de cunho trabalhista, fiscal e comercial inadimplido. A atuação judicializada é cerceada pela previsão de que a Administração pode ser responsabilizada somente pelos encargos previdenciários, diretamente vinculados ao contrato de prestação de serviços efetivado após realização de licitação, assumidos e não pagos pela empresa contratada, excluídos os encargos trabalhistas, cerceamento que foi amenizado pela decisão do STF na ADC n. 16.

A Lei de Licitações, em seu art. 66,³⁵¹ define que o contrato administrativo gera obrigações para ambos: Poder Público e contratado. Nessa linha, a Lei n. 8.666/93, no art. 70:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Em relação, especificamente, às obrigações trabalhistas, o §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, conforme já mencionado, estabelece que “a inadimplência do contratado, [...] não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]”,³⁵² disposição que sempre suscitou acalorado debate na doutrina e jurisprudência, enquanto tramitava, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Constitucionalidade de n. 16, que objetivava a declaração de constitucionalidade do supratranscrito artigo.

³⁵¹ Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial. BRASIL. Decreto n. 4.342, de 23 de agosto de 2002. Altera dispositivos do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4342.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³⁵² BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

O debate é complexo e tornou-se pauta da doutrina e jurisprudência devido à decisão do STF que, hoje, impacta em inúmeros processos em tramitação no Poder Judiciário trabalhista, com reflexos de relevo para o erário e para a esfera jurídica e patrimonial do trabalhador prejudicado pela inadimplência da empresa contratada. Diante da complexidade e necessidade de aprofundamento, o controle judicial e a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas serão tratados com mais vagar no capítulo seguinte.

2.4 Síntese do Capítulo

A terceirização trabalhista é conceituada a partir da dissociação entre a relação econômica de trabalho e a relação justralhista que lhe seria correspondente, criando uma relação “trilateralmente” construída entre os atores no “campo” licitação. No âmbito administrativista, terceirização implica contratação do trabalho de terceiros, pelo tomador de serviço – a Administração Pública –, mediante procedimento licitatório, para desempenho de atividades-meio: no caso do recorte proposto, para celebração de contrato administrativo de prestação de serviços.

Diante do quadro terceirizante, observado no bojo da esfera pública, dado o pano de fundo de estruturação do modo de produção capitalista, propugna-se pelo controle dignificante do procedimento e do contrato administrativo que lhe é inerente, do ponto de vista dos direitos do trabalhador, executor último da prestação de serviços. Faz-se necessária a realização de controle prévio – no procedimento licitatório; concomitante – durante a execução e fiscalização do contrato; e, finalmente, após cumprimento ou rescisão – quando, eventualmente, demandas são ajuizadas no Poder Judiciário, e discute-se a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos.

Nessa guisa, a criação, em 2011, na Lei de Licitações, de requisito comprobatório da regularidade trabalhista, na fase de habilitação, representou grande inovação legislativa, meritória e muito bem-vinda, para auxílio no controle prévio, diante das dificuldades enfrentadas pela Administração Pública, na contratação, via licitação, de empresas idôneas e adimplentes em relação às suas obrigações trabalhistas, prejudicando trabalhadores em contratações futuras.

Os principais desafios e soluções, para a inclusão da tutela de direitos trabalhistas, no procedimento licitatório e na fiscalização da execução contratual, necessitam ser pontuados, com o intuito de preservar a dignidade do trabalhador, envolvido, indiretamente, na trama licitatória, e garantir a máxima efetividade do texto constitucional.

CAPÍTULO 3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CULPA, RESPONSABILIDADE E ENCARGOS DO TRABALHADOR

Não por coincidência a construção da democracia ocidental fez-se em sintonia com a construção do próprio Direito do Trabalho, atingindo seu clímax com o período de incorporação constitucional dos direitos fundamentais do trabalho, no pós-guerra, na Europa Ocidental.
(Maurício Godinho Delgado)³⁵³

Nas seções anteriores, foram abordados pressupostos importantes para a análise deste capítulo: fez-se a contextualização do instituto da licitação e dos encaminhamentos dados ao seu regramento no cenário democrático pós-moderno, tendo sido esmiuçado o procedimento, suas fases, aplicações e divergências – na Lei n. 8.666/93 e Lei n. 10.520/2002 –, para apreciação da temática envolvendo a tutela dos direitos trabalhistas imersos no bojo da licitação. Formas de controle civilizatório – na habilitação e durante e após a execução do contrato – foram mencionadas e sugeridas, sempre à luz da tutela da regularidade trabalhista, para proteção do trabalhador e da própria Administração Pública, tutora do interesse público, conceito jurídico indeterminado que será abordado no capítulo 5.

Neste capítulo, passa-se ao tratamento de assunto polêmico e de grande relevo para a atualidade do debate: a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, quando da inadimplência pelo contratado, sob o enfoque da evolução jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho e suas principais súmulas sobre o tema – Súmula n. 256/86 e n. 331/93 –; da disposição legal inserta no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93; e da nova hermenêutica jurisprudencializada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão emblemática da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, com decisão proferida, em 24 de novembro de 2010, que provocou desarranjos e acomodações na doutrina e na jurisprudência e ainda a alteração da importante Súmula n. 331.

3.1 Terceirização e Responsabilidade: Tratamento Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho

Valorizar o trabalho humano diz respeito a todas as situações em que haja mais trabalho, entenda-se, mais postos de trabalho, mais oferta de trabalho, mas também, àquelas situações em que haja *melhor trabalho*, nesta expressão se acomodando

³⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, v. 70, n. 06, jun. 2006, p.3.

todas as alterações fáticas que repercutam positivamente na própria pessoa do trabalhador.
(Lafayette Petter).³⁵⁴

A doutrina e jurisprudência trabalhistas, em relação ao polêmico tema “terceirização”, sustentam-se na premissa de que a Constituição da República de 1988 estabelece limites à encampação terceirizante das atividades laborais, travando importante debate e intensa atividade hermenêutica em torno dos impactos e peias da terceirização, diante da lacuna legislativa relativa ao tema.³⁵⁵

Por força da jurisprudência sedimentada pelo Poder Judiciário Trabalhista,³⁵⁶ a terceirização é cerceada, restringindo-se somente a hipóteses de contratação de atividade-meio, prevendo, como sanção ao descumprimento deste preceito, o reconhecimento da existência de vínculo empregatício entre tomador de serviços e trabalhador, vedado o reconhecimento quando for a Administração Pública a tomadora de serviços, nos termos da determinação constitucional inserta no art. 37, II e §2º da CR/88,³⁵⁷ embora possa “responder subsidiariamente pelos encargos sociais da empresa contratada [...]”.³⁵⁸

³⁵⁴ PETTER, Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 155.

³⁵⁵ Merece menção a tramitação do Projeto de Lei do Senado n. 172/2011. PINHEIRO, Walter de Freitas. **Projeto de Lei do Senado n. 172**, de 14 de abril de 2011. Proíbe a prestação de atividades de natureza permanente da Administração por trabalhador contratado por empresa interposta ou cooperativa de trabalho e modifica o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983 e a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em: 06 mai.2012. A proposta proíbe a administração pública de recrutar trabalhadores por meio de empresas interpostas ou cooperativa de trabalho, estabelecendo como exceções obras, serviços de natureza eventual e coleta e processamento de lixo reciclável, unicamente no caso de existência de cooperativa formada em benefício dos trabalhadores. “No pronunciamento em Plenário, Walter Pinheiro citou denúncias de trabalho escravo ou degradante em obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em Jirau e Santo Antônio, em Rondônia, e do Programa Minha Casa, Minha Vida em Campinas (SP)”, alegando que o governo federal tem responsabilidade sobre o assunto por ter a obrigação legal de fiscalizar as condições de trabalho, embora quem dirija o empreendimento seja a empreiteira contratada, argumentando, ainda que empreiteiras vencem licitações e, *a posteriori*, fatiam a empreitada, transferindo a execução para outras empresas. SENADO. **Walter Pinheiro quer proibir terceirização no serviço público**. Notícia. 15 abr. 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/walter-pinheiro-quer-proibir-terceirizacao-no-servico-publico.aspx>. Acesso em 20 mai. 2011. Sobre denúncias de trabalho escravo e degradante no PAC, ver também: BOCCHINI, Bruno. MP flagra trabalho degradante em obras do PAC no interior de SP. **Agência Brasil**. Brasília, 12 abr. 2011. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2011-04-12/ministerio-publico-flagra-trabalho-degradante-em-obras-do-pac-no-interior-de-sao-paulo>. Acesso em: 30 abr. 2011.

³⁵⁶ Importante mencionar a realização, pelo Tribunal Superior do Trabalho, entre os dias 4 e 5 de outubro de 2011, da primeira audiência pública de sua história, cujo tema escolhido foi a terceirização de mão de obra, “objeto de cerca de cinco mil recursos atualmente em tramitação no TST [...] A legalidade ou ilegalidade da terceirização levanta inúmeras questões, com sérias repercussões nas relações individuais e coletivas de trabalho, e as decisões judiciais a respeito do tema têm notórios impactos econômicos e sociais”. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Audiência pública: terceirização**. 13 out. 2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php. Acesso em: 20 out. 2011.

³⁵⁷ 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (**Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998**) [...]

Os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórios da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), da *valorização do trabalho e especialmente do emprego* (art. 1º, III, combinado com art. 170, *caput*), da busca de *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), do objetivo de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV).³⁵⁹

Ainda em período anterior à promulgação da Constituição de 1988, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento bastante limitativo das hipóteses de terceirização, na Súmula n.256, em 1986, mantendo, como regra geral, o padrão bilateral clássico instituído pelo texto celetista:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.³⁶⁰

Diante da previsão sumular, qualquer empenho terceirizante que extrapolasse as hipóteses previstas nas Leis n. 6.019/74 ou n. 7.102/83, já mencionadas em capítulo anterior, seria tipificado como ilícito, estabelecendo-se, por conseguinte, o vínculo de emprego padrão com o efetivo tomador de serviços. O objetivo era evitar a burla a direitos sociais garantidos ao trabalhador. “Esse tipo de contrato é visto como uma espécie de *marchandage*, em que o objeto é o próprio trabalho humano. Daí o repúdio da Justiça do Trabalho, que só aceitava a terceirização para atender a necessidades transitórias do tomador de serviços”.³⁶¹

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

[...]

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

³⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 356.

³⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

³⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). **Diário de Justiça**, Brasília, 30 set. 1986.

³⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 356. Para Márcio Túlio Viana, a terceirização, “do ponto de vista dos trabalhadores, só traz desvantagens. Em vez de aumentar, reduz postos de trabalho. Dobra a carga de subordinação. Pulveriza a ação coletiva. Destroí o sentimento de classe. Degrada as condições de higiene e segurança. E, de quebra, reduz salários”. VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA 3ª REGIÃO (coord.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 164.

Alguns embates, entretanto, surgiram a partir da não previsão, pela supratranscrita súmula, de algumas hipóteses já previstas no ordenamento – como as exceções dispostas no art. 10 do Decreto-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/60, já mencionadas no capítulo 1 – e da vedação trazida pelo texto constitucional de 1988, de admissão de trabalhadores pela Administração sem concurso público – art. 37, II e §2º da CR/88. Em 1993, portanto, promoveu-se a revisão da mencionada súmula, com a edição da Súmula n. 331, que representou a incorporação de demandas e críticas postas à súmula anterior, absorvendo as hipóteses de terceirização previstas no Decreto-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70 – conservação e limpeza e atividades-meio – e prevendo a distinção entre terceirização lícita e ilícita.

A Súmula n. 331 foi a culminação, nos termos de José Roberto Freire Pimenta, de acirrado debate interno ao Tribunal e uma “espécie de solução de compromisso entre as diversas corrente de pensamento então existentes nesta Corte”,³⁶² que se dividiam entre o grupo que demonstrava preocupação com os efeitos da terceirização sobre a principiologia trabalhista, sendo favoráveis à mantença da Súmula n. 256, e a facção que defendia a modernização do Direito do Trabalho, conforme os ditames da realidade.

O consenso gerado foi firmado no texto sumular:

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 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.³⁶³

³⁶² PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.199.

³⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 23, de 17 de dezembro de 1993. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1993.

Em breve resenha histórica, diante da licitude atribuída à terceirização das atividades-meio, o inciso IV representou uma contrapartida essencial para impedir que a terceirização se transformasse em instrumento de precarização e desproteção de trabalhadores terceirizados, assegurando tutela “patrimonial a esses por meio da atribuição, ao tomador de seus serviços, de responsabilidade subsidiária pelo adimplemento de seus direitos trabalhistas que não tenham sido satisfeitos por seu empregador”.³⁶⁴ Somente foi possível compor consensos, para a edição da Súmula n. 331, pela via do estabelecimento das seguintes premissas:

- a) os serviços objeto de terceirização, a serem desenvolvidos no âmbito da tomadora e sob as vistas dessa, devem ser necessariamente *especializados*;
- b) esses serviços devem estar *ligados à atividade-meio da tomadora*, ou seja, devem ser serviços de apoio ou complementares aos de sua finalidade;
- c) quando o fornecedor de mão de obra não tiver idoneidade econômico-financeira para cumprir suas obrigações trabalhistas para com seus empregados terceirizados, *a tomadora de seus serviços deverá responder subsidiariamente por estas obrigações por culpa extracontratual* decorrente de sua culpa *in eligendo* e *in vigilando* e em direta aplicação do princípio da proteção ao trabalhador e da teoria do risco.³⁶⁵

A última condição, estabelecida no item IV, foi absolutamente necessária para a aprovação do cancelamento da Súmula n. 256, como forma de evitar a precarização da condição do trabalhador. Limitava-se o item, entretanto, a responsabilizar subsidiariamente apenas empresas privadas em lides trabalhistas, sendo imune, até então, a Administração Pública, à responsabilização civil. Foi suscitado incidente de uniformização de jurisprudência, na 4ª turma do TST, pelo Ministro Moura França, com o intuito de ampliar o entendimento do item IV, para também encampar o Poder Público. Segundo Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, a Comissão de Jurisprudência do Tribunal emitiu parecer sugerindo duas propostas de redação:

1ª Alternativa:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

2ª Alternativa:

³⁶⁴ PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

³⁶⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 199.

IV – Exceto quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.³⁶⁶

A matéria foi colocada em votação e, a despeito de parecer contrário do Ministério Público, a primeira alternativa foi acolhida, com pequenas alterações de redação, passando a abranger, portanto, a partir da edição da Resolução n. 96/2000, os órgãos da Administração Direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).³⁶⁷

A ementa do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, relativo à responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento do contratado em relação aos encargos trabalhistas, apesar da disposição legal prevista no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, transparece o posicionamento majoritário do Tribunal, que ensejou a nova redação do item IV:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, dentre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*,

³⁶⁶ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 29-34, /2011, p. 30.

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 set. 2000. Seção 1, p. 290. Republicado no Diário da Justiça da União, 19 set. 2000, Seção 1, p. 304. Republicado no Diário da Justiça da União, 20 set. 2000, Seção 1, p. 258.

a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo 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 ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, 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 causar danos a terceiro. 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 (grifo nosso).³⁶⁸

Não foi proclamada, no julgamento unânime pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, a expressa inconstitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, embora, no entendimento de José Roberto Freire Pimenta, seja necessário reconhecer que um dos fundamentos principais foi a aplicação do §6º do art. 37 da Constituição da República de 1988, o que ensejava responsabilização objetiva da Administração Pública.³⁶⁹

Em relação à construção conceitual, esboçada na Súmula, a respeito da terceirização lícita e ilícita, a doutrina trabalhista faz relevante distinção, mantendo-se, como regramento geral, a adoção do formato bilateral clássico da relação empregatícia, prevista no texto celetista. As situações-tipo, adotando nomenclatura utilizada por Maurício Godinho Delgado, de terceirização lícita estão, hoje, arroladas na Súmula n. 331, quais sejam: situações empresariais que autorizem utilização de trabalho temporário, conforme determinação da Lei n. 6.019/74, relativas a “necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa”³⁷⁰ (item I); atividades de vigilância, nos termos da Lei n. 7.102/83 (item III); atividades de conservação e limpeza (item III); e, por fim, serviços especializados relacionados à atividade-meio do tomador (item III),³⁷¹ ressaltando-se que

³⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. IUJ-RR-297751/1996. Rel. Min. Milton de Moura França. **Diário da Justiça**, Brasília, 20 out. 2000.

³⁶⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

³⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 449.

³⁷¹ Define a Instrução Normativa n. 3, de 1º de setembro de 1997, do Ministério do Trabalho e Emprego, empresa de prestação de serviços a terceiros, em seu art. 2º, como aquela destinada a “realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui esta última”. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Instrução Normativa n. 3, de 1º de setembro de 1997. Dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário. **Diário da União**, Brasília, 02 set. 1997.

todas essas hipóteses estabelecidas pelo item III são condicionadas à inexistência de pessoalidade e subordinação direta.

A ressalva feita pela Súmula em relação à necessária ausência de pessoalidade e subordinação direta foi uma forma de excluir qualquer possibilidade de utilização fraudulenta do instituto, admitindo-se somente a contratação de prestação de serviços entre empresas em que a terceirizante responde pela direção dos serviços prestados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A súmula, em relação a essa determinação específica, objetivava evitar que o trabalhador fosse convertido em mercadoria: “o trabalhador terceirizado pode ser substituído por outro no local da prestação de serviços. [...] o trabalhador não pode estar sujeito ao poder diretivo do tomador”.³⁷²

Nessa guisa, a terceirização lícita está compassada com a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e, em contraposição, a ilícita corresponde à modalidade que não preenche os requisitos nela estabelecidos, implicando, nesse último caso, formação de vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços e responsabilização solidária – art. 9º da CLT e 942 do CC.³⁷³

A distinção e construção hermenêutica conceitual acerca das definições de atividade-meio e atividade-fim, por seu turno, remontam à década de 80 e 90, embasada, na terminologia empregada pelo Decreto-Lei n. 200/67 e pela Lei 5.645/70. Maurício Godinho Delgado conceitua atividade-fim e atividade-meio como:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as *funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, [...] contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico*. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, *atividades-meio* são aquelas *funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu*

³⁷² SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 59-66, 2011, p.61.

³⁷³ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

*posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.*³⁷⁴

Diante das definições da Súmula n. 331, portanto, excluídas as quatro possibilidades citadas, a atividade terceirizante será considerada ilícita, enquadrando-se na definição clássica de relação de emprego, caracterizada pelos arts. 2º e 3º da CLT,³⁷⁵ definida pela prestação não eventual de serviços onerosos, pessoais e mediante subordinação por pessoa física.³⁷⁶ Como mencionado, a sanção imposta pelo texto sumular, nos casos de terceirização ilícita, mantendo o efeito previsto pela Súmula n. 256, é a desconsideração do vínculo de emprego com o empregador aparente, reconhecendo-o em relação ao tomador de serviços e incidindo, sobre o contrato de trabalho, por conseguinte, as parcelas antes desconsideradas diante da desnaturação da relação.

Entretanto, em casos que envolvem a Administração Pública como tomadora de serviços, a impossibilidade de reconhecimento do vínculo como sanção e correção do *status quo*, conforme determinação constitucional, prevista no art. 37, II da CR/88, enseja a aplicação do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 383 da Seção de Dissídios Individuais I – SDI-I – do TST: “Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011”.³⁷⁷

Há questionamento na doutrina envolvendo a extensão da aplicabilidade do texto da Orientação jurisprudencial supratranscrita, mantendo-se tendência majoritária a não extensão

³⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.450. No entendimento de Mauro Schiavi não há consenso, na doutrina e jurisprudência, sobre os conceitos de atividade-meio e atividade-fim. Cita como exemplos de atividade-meio conservação e limpeza, vigilância, operadores de elevador, auditoria, serviços de contabilidade, assistência jurídica, dentre outras. SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 59-66, 2011.

³⁷⁵ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

³⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

³⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383 da Seção de Dissídios Individuais I. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 27 mai. 2011.

do direito de isonomia aos casos de terceirização lícita. Maurício Godinho Delgado apresenta posicionamento crítico em relação a esse entendimento, pautando-se por construções hermenêuticas e legais italianas, por entender que, em situações de licitude da atividade terceirizante, “o padrão remuneratório da empresa tomadora não se comunicaria com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados postos a serviço dessa mesma tomadora”,³⁷⁸ transformando a terceirização, na opinião do autor, em instrumento de aviltamento da força de trabalho.

Para o autor, diante da implementação de atividades terceirizantes pela Administração Pública, dada a vedação constitucional referente ao concurso público, assentamentos e divergências na doutrina são gerados, configurando-se 3 (três) correntes interpretativas: uma primeira, assentada na ideia de que, sendo ilícita a terceirização, não há que se falar em pagamento de diferença de direitos aos trabalhadores, dada a ilicitude da própria contratação;³⁷⁹ uma segunda, pautada pela tentativa de se evitar danos gravosos ao trabalhador prejudicado, admite a possibilidade de reconhecimento de vínculo diretamente entre obreiro e Administração Pública, a despeito da previsão do art. 37, II da CR/88; e terceira corrente, equidistante em relação às duas anteriormente mencionadas, que não admite a possibilidade de reconhecimento do vínculo, dando a necessária eficácia à exigência constitucional de realização de concurso público, mas que garante a isonomia, prescrita pela OJ n. 383, para que o trabalhador terceirizado tenha reconhecida a equivalência em relação a todas as verbas trabalhistas aplicáveis à função exercida no bojo da Administração por empregado público, “sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal [...]”.³⁸⁰

A entidade terceirizante ou empregador formal, na linha concebida pela terceira corrente, responderia, *a priori*, pela comunicação remuneratória imposta pela proposta isonômica e, *a posteriori*, subsidiariamente, pelas mesmas verbas, responderia o tomador de serviços (Administração Pública), conforme autorização do item IV da Súmula n. 331. Contudo, em 24 de novembro de 2010, importante arcabouço hermenêutico – novo marco regulatório – foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Foi proposta, pelo Governador do Distrito Federal, objetivando a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, em virtude da aplicação do referido item IV da Súmula n. 331 do TST, prevendo a responsabilização da Administração Pública

³⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.453.

³⁷⁹ O autor considera que essa corrente favorece o infrator, que se beneficiaria da prática de sua própria ilicitude. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

³⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 458.

em caso de inadimplemento do contratado em relação às obrigações trabalhistas – havendo participação do Poder Público na relação processual no título executivo judicial –, em face da literalidade do mencionado dispositivo da Lei de Licitações.

O STF, em sessão plenária, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, não afastando, todavia, “a possibilidade de ser examinado pelo TST, em cada caso concreto, se a inadimplência do contratado teve como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante”.³⁸¹ A responsabilização da Administração Pública, em relação ao inadimplemento trabalhista da empresa, portanto, não é objetiva, sendo necessária a aferição de culpa *in vigilando* na fiscalização do “correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa tomadora de serviços”.³⁸²

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existia um conflito meramente aparente entre o item IV da Súmula n. 331 e o §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.³⁸³ Para a autora, o suposto embate era falso, considerando que a Súmula fazia menção ao fornecimento de mão de obra, enquanto o dispositivo da Lei de Licitações referia-se a contratos regidos pela própria lei, não existindo menção à cessão de mão de obra. O conflito surgiu, ensejando a proposição da ADC n. 16, segundo a autora, “em decorrência da forma pela qual a Justiça do Trabalho vinha aplicando o item IV da Súmula, estendendo-o a praticamente todos os tipos de contratos administrativos”.³⁸⁴

Na linha do posicionamento adotado pelo STF, no mencionado julgamento, o TST alterou a Súmula n. 331, em seu item IV, afastando a responsabilidade objetiva do Estado, acrescentando ainda os itens V e VI, nos termos seguintes:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

³⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 358.

³⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.447.

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 359.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.³⁸⁵

O item V, acrescido, em 2011, foi arquitetado na literalidade do julgado do STF, no sentido de considerar necessária a comprovação, nos autos, da conduta culposa da Administração Pública, essencialmente, em relação à fiscalização do cumprimento das atribuições trabalhistas impostas à empresa terceirizante, o que ensejaria omissão culposa: culpa *in vigilando*.

3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16: Posicionamentos Jurisprudenciais e Doutrinários Anteriores à Decisão do Supremo Tribunal Federal

Existem certezas humanas fundamentais que não podem ser logicamente demonstradas e também são pouco evidentes. Produtos humanos fundamentais, como a retórica, a poesia, a história e a própria prudência que regula a vida prática, não se baseiam em verdades do tipo matemático.
(Giambattista Vico)³⁸⁶.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2010, na ADC n. 16, correspondeu a verdadeira consolidação de paradigma, em longa trajetória de vigência da Lei n. 8.666/93: 17 (dezessete) anos de indefinição hermenêutica, diante da intensa e longa discussão relativa à constitucionalidade do §1º do art.71 da Lei de Licitações que, dentre outras disposições, estabelece, como já referido nos capítulos anteriores, que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]”.

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 1995](#))
§ 2º A **Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato**, nos termos do [art.](#)

³⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 738, 27 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 4-24. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 739, 30 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 740, 31 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20.

³⁸⁶ VICO, Giambattista. **Princípio de (uma) ciência nova: acerca da natureza comum das nações**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.VI-XXIV, p.XI.

[31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. \(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#) (grifo nosso).³⁸⁷

Até a mencionada decisão, a despeito das divergências jurisprudenciais, a posição do Supremo estava sendo desfavorável à Administração Pública, em relação à arguição de violação da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CR/88,³⁸⁸ pelo item IV da Súmula n. 331, e por decisões dos órgãos fracionários da Justiça do Trabalho, que “se limitavam a aplicá-lo de forma automática, em recursos extraordinários (e correspondentes agravos de instrumento) e em reclamações que haviam apresentado contra as decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais trabalhistas”.³⁸⁹

O STF pautava-se por dois argumentos para o afastamento da arguição: não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 71, §1º da Lei de Licitações pelo item IV da Súmula n. 331; e mesmo tendo havido implicitamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, por meio de condenações à Administração Pública, proferidas em processos trabalhistas, não teria existido, no entendimento do STF, ofensa à exigência de “reserva de plenário”, estabelecida pelo art. 97 da CR/88, considerando que a decisão do julgamento de uniformização de jurisprudência, que deu origem à nova redação do item IV, em 2000, foi proferida pelo Pleno do TST e por unanimidade.

Existia, entretanto, grande divergência, no controle difuso de constitucionalidade, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADC n. 16, norteando julgados em ambos os sentidos – pela constitucionalidade e inconstitucionalidade do dispositivo, conforme a fundamentação arrematada. É possível mencionar 4 (quatro) correntes doutrinárias principais – ressaltando que há variações nascidas da conjunção entre elas – construídas em torno do dispositivo da Lei de Licitações: a primeira refutava a aplicação do mencionado artigo, em virtude de sua inconstitucionalidade; a segunda, no outro extremo, primava pela isenção de responsabilização do ente público pelo inadimplemento das obrigações

³⁸⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³⁸⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

³⁸⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.201.

trabalhistas, considerando-se a literalidade do mencionado dispositivo;³⁹⁰ a terceira defendia a responsabilização objetiva, sem qualquer aferição de culpa, sustentada no §6º do art. 37 da CR/88 ou no Código Civil brasileiro; e a quarta e última, equidistante em relação às anteriores, também reconhecia a responsabilização da Administração pelos encargos trabalhistas não adimplidos pelo contratado, mas na modalidade subsidiária, em razão da existência de culpa *in eligendo* e *in vigilando* do Poder Público, pautada pela aplicação de dispositivos civilistas.

Na guisa da primeira corrente, decisões variadas propugnavam pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações, sustentadas no princípio da isonomia, dada a responsabilização do particular por danos gerados em caso de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, e na constitucionalização do valor social trabalho, em contraste com a isenção de responsabilidade apregoada pela Lei n. 8.666/93:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI 8.666/93. A Constituição Federal de 1988 considera o trabalho um valor social e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV). Esse princípio fundamental deve ser observado na ordem econômica (art. 170) e na ordem social (art. 193). O artigo 71, da Lei n. 8.666/93, ao excluir qualquer responsabilidade da Administração Pública em caso de inadimplência de encargos trabalhistas, é manifestamente inconstitucional, pois se o particular responde pelos danos causados por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, o Estado, que tem como finalidade precípua a realização do bem comum, deve ser equiparado às demais empresas tomadoras da iniciativa privada, como forma de garantia efetiva aos direitos dos trabalhadores. Aplica-se à espécie o Enunciado n. 331, IV, do C. TST.³⁹¹

Antônio Álvares da Silva entende ser possível reputar o §1º do art. 71 inconstitucional, dado seu caráter “injusto, atécnico e arbitrário”, ferindo vários princípios jurídicos, no entendimento do autor, referentes à necessidade de indenização quando da ocorrência de dano e de cumprimento de obrigações jurídicas assumidas pelo devedor.³⁹² Nessa linha, vide decisão, do TRT da 3ª Região:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ENTE PÚBLICO INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA Lei 8.666/93 Não prospera a invocação, pelo ente público, no intuito de elidir a sua responsabilidade subsidiária do art. 71 da Lei 8.666/93, **por ser este inconstitucional, na medida em que**

³⁹⁰ ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 67-74, 2011.

³⁹¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT/SP – 02980257987 - RO. Rel. Des. Sonia Maria Prince Franzini. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 18 jun. 1999.

³⁹² SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2011.

privilegia a administração pública, em afronta ao disposto no parágrafo 6º do art. 37 da CR/88 (grifo nosso).³⁹³

Na perspectiva da segunda corrente, Flávio Amaral Garcia preceitua que o entendimento firmado pelo TST, no item IV da súmula em análise, antes da alteração redacional promovida em 2011, não se coadunava com o ordenamento jurídico pátrio, em razão da expressa disposição do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93. Para o autor, o comando legal é claro no sentido de excluir, de modo expreso, qualquer responsabilidade da Administração Pública em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, quando da inadimplência pelo contratado, “ainda que originados por força do contrato administrativo”,³⁹⁴ lembrando que a Lei de Licitações define, em seu art. 6º, inciso XI, a abrangência do termo Administração Pública: “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.³⁹⁵

Na mesma linha, Marçal Justen Filho já ressaltava, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, a partir da literalidade do art. 71 da Lei de Licitações, a inexistência de responsabilidade da Administração por encargos pessoais do contratado, alegando que a Administração Pública não deveria ser transformada em devedora solidária ou subsidiária diante dos credores do contratado. “Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor [...]”,³⁹⁶ considerando inapropriada a orientação jurisprudencial trabalhista, conformada pela Súmula n. 331, por estar, à época, incompatibilizada com a disciplina legal e por gerar imenso passivo para o Poder Público.

Na linha da terceira corrente, parte da doutrina e da jurisprudência posicionava-se pela responsabilização objetiva e solidária da Administração Pública, sem aferição de culpa, pautada pelo §6º do art. 37 da CR/88. No entendimento de Maurício Godinho Delgado, a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes está inculpada, há

³⁹³ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO-18774/99. Rel. Convocada Taísa Maria M. de Lima. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 mai. 2000, p.21.

³⁹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.336.

³⁹⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

³⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.815.

décadas, na história das constituições brasileiras, mantido pela Carta de 1988, embora o autor considerasse inconstitucional, até a pronúncia do STF, “o privilégio de isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações”.³⁹⁷ Nesse sentido, decisão do TRT da 2ª Região:

TERCEIRIZAÇÃO. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO ENTRE O TOMADOR E A EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO-DE-OBRA OU DE SERVIÇOS (ART. 932, III, CC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO TOMADOR PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO-DE-OBRA OU DE SERVIÇOS (ART. 937, 933 E 942, CC). 1. Por primeiro, não se olvide que a Constituição Federal traz os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como epicentro dos fundamentos da República (art. 1º, III e IV da CF/88). 2. Some-se que o ordenamento jurídico trabalhista já prevê a responsabilidade solidária do tomador na hipótese de contratação de trabalhador temporário (art. 16 da Lei 6019/74), bem como para os fins de recolhimento do FGTS (artigos 15, parágrafo 1º e 23 da Lei 8036/90) e das contribuições previdenciárias art. 23 da Lei 8212/91) e, quanto às obrigações relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho (Portaria 3214/78, na NR 4, itens 4.5, 4.5.1 e 4.5.2). 3. Agregue-se que, em matéria de responsabilidade, o novo Código Civil alterou a sistemática. Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186) adotou, também, a responsabilidade objetiva, fundada nas teorias: do risco criado, do risco da atividade, do risco do empreendimento, do risco profissional e do risco proveito. Pela teoria do risco proveito ou do risco benefício, todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício deve suportar a responsabilidade pelos danos causados. Assim, aquele que terceiriza serviços e tira proveito dos serviços prestados pelos trabalhadores terceirizados não terceiriza as suas responsabilidades. 4. A relação estabelecida entre o tomador e a empresa fornecedora de mão-de-obra configura uma relação preposição necessária a desencadear a responsabilidade objetiva e solidária. O primeiro é o tomador do serviço e a segunda é fornecedora que atua como preposta em relação ao trabalhador terceirizado que presta o serviço que é aproveitado. 5. O tomador de serviços ao fazer a opção pela terceirização assume a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, CC) por fato de terceiro (art. 932, III, CC) de forma solidária (art. 933 e 942, CC) tendo em vista a teoria do risco do empreendimento e do risco proveito. Referidos dispositivos civilistas são aplicáveis à terceirização ex vi do art. 8º da CLT. 6. **Por outro lado, a Lei 8.666/93, em seu artigo 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, ao revés, apenas alija o Poder Público da responsabilidade direta. A exegese da exclusão total de qualquer responsabilidade estatal não se compatibiliza com os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade humana** (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal) e com o caráter tuitivo do Direito do Trabalho.³⁹⁸

Diante de vasta divergência jurisprudencial, inclusive, foi proposta uma consolidação de “Diretrizes de Ação”, no 1º Encontro de Magistrados do Foro da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, com o intuito de uniformizar entendimentos e procedimentos para

³⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Solidariedade e subsidiariedade e a responsabilização trabalhista. In: **Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, Consulex, nov./1995, p. 51.

³⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT/SP - 00451200808902007 - RO - Ac. 4ªT [20100238550](#). Rel. Ivani Contini Bramante. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 09 abr. 2010.

aprimoramento da prestação jurisdicional, constando, dentre elas, a Diretriz n. 35, relativa ao tema.

Deverá ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência do TRT/MG a proposta de edição de súmula compatibilizando a interpretação do artigo 71 da Lei de Licitações com a responsabilidade do ente público, por se tratar de responsabilidade objetiva na condição de terceiro, nos moldes do Código Civil.³⁹⁹

A iniciativa da Primeira Instância da Justiça do Trabalho, em Minas Gerais, no sentido de consolidar uniformizações, lastreadas, como cita Antônio Álvares da Silva, na razoável duração do processo e na efetividade dos direitos sociais,⁴⁰⁰ foi iniciativa oportuna e ensejou o debate acerca do posicionamento da Justiça do Trabalho, em relação à responsabilização da Administração Pública por créditos trabalhistas inadimplidos, nos termos do questionado e alardeado §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

A mencionada Diretriz n. 35 recomendava que houvesse, com fundamento nos arts. 138, §2º e 140 do Regimento Interno⁴⁰¹ do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – TRT – e na Súmula Vinculante n. 10 do STF,⁴⁰² provocação da Comissão de Jurisprudência do mencionado Tribunal para que a questão fosse pacificada no sentido adotado pela posição majoritária do TRT.⁴⁰³ Muitos julgados caminhavam pela trilha da inconstitucionalidade do art.71 da Lei 8.666/93, sem, entretanto, nenhum respaldo formal, conforme exigência do

³⁹⁹ SINGESPA/TRT3. **Diretriz de Ação**. DA35/RP10. 2010. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/singespa/diretrizes/gerais_2010.htm. Acesso em: 11 set. 2011.

⁴⁰⁰ SILVA, Antônio Álvares da. Introdução. In: SILVA, Antônio Álvares da; NUNES, Leonardo Silva (coord.). **Diretrizes de Ação** - dos juízes do trabalho de Belo Horizonte: comentários e aplicação. Belo Horizonte: RTM, 2011, p. 13.

⁴⁰¹ Art. 138. A inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público será proclamada, desde que obtida a maioria absoluta dos Desembargadores do Tribunal.

§ 1º A decisão vinculará o julgamento do feito que lhe deu origem.

§ 2º Em se alcançando a maioria absoluta dos Desembargadores, a matéria será objeto de súmula.

§ 3º As decisões que reconhecerem ou não a relevância da arguição, bem como a decisão final do Tribunal Pleno, são irrecuráveis nesta fase, sem prejuízo dos recursos próprios e cabíveis no processo em que se originou a arguição incidental.

Art. 140. A uniformização da jurisprudência do Tribunal, mediante interpretação do direito sobre o qual exista iterativa, atual e relevante divergência na Corte, de competência do Tribunal Pleno, reger-se-á pelas disposições contidas nos artigos de 476 a 479 do Código de Processo Civil e neste Regimento.

Parágrafo único. As partes, no prazo de recurso ou das contra-razões, e o Ministério Público do Trabalho, ao emitir parecer, poderão suscitar o incidente, comprovando divergências já configuradas, ainda que da mesma Turma.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. Regimento Interno. Aprovado pela Resolução Administrativa TRT3/STPOE nº 180, de 15 de dezembro de 2006. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 20 dez. 2006.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 2008, p.1.

⁴⁰³ COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna B. Diretrizes de Ação 33 a 40. In: SILVA, Antônio Álvares da; NUNES, Leonardo Silva (coord.). **Diretrizes de Ação** - dos juízes do trabalho de Belo Horizonte: comentários e aplicação. Belo Horizonte: RTM, 2011.

art.97 da Constituição de 1988, o que gerava a proposição de inúmeras Reclamações por descumprimento da Súmula Vinculante n. 10.

Considerando, portanto, à época, a inexistência de decisão do STF relativa à constitucionalidade ou não do dispositivo, a posição majoritária do TRT da 3ª Região assentava entendimento no mesmo viés do item IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com redação dada pela Resolução n. 96/2000, anterior à reformulação de 2011. Entendia o TST, naquele momento, existir responsabilidade do tomador de serviços, inclusive, da própria Administração Pública, quanto aos débitos trabalhistas não quitados pela empresa contratada para a prestação de serviços: foi uma maneira encontrada, pela Justiça do Trabalho, de responsabilizar a Administração Pública pela conduta culposa na escolha errônea do licitante vencedor no procedimento licitatório e pela inadimplência fiscalizatória durante a execução do contrato administrativo.

A teorização proposta pela Diretriz n. 35, acatada como importante vertente jurisprudencial, afirmava ser o trabalhador terceiro na relação: a licitação geraria uma relação contratual entre a empresa prestadora de serviços e o ente público tomador de serviços, sendo, portanto, o trabalhador, terceiro diante da mencionada relação, de natureza administrativa, disciplinada pelo contrato administrativo. Nessa linha de raciocínio, o §1º do art.71 da Lei n. 8.666/93 seria aplicável à relação administrativa nascida da licitação, limitando, contudo, a responsabilização da Administração Pública em relação ao crédito trabalhista somente no bojo do contrato bilateral em que estava envolvida.

Por conseguinte, a relação estabelecida entre o tomador de serviços, *in casu*, o Poder Público, e o trabalhador, terceiro de boa-fé não remunerado pelo serviço prestado, não teria natureza contratual, mas sim aquiliana, nascida da responsabilidade objetiva extracontratual prevista no art.186 Código Civil de 2002.⁴⁰⁴ A relação jurídica existente, portanto, entre a Administração Pública e o trabalhador seria diversa daquela regulada pela Lei de Licitações e, portanto, pelo §1º do art.71. Nessa linha, decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E ART. 71 DA LEI 8.666/93. A Administração Pública tem o dever de fiscalizar o cumprimento dos contratos por ela firmados (inciso XXI e parágrafo 6º, artigo 37, CF), inclusive para verificar a integral satisfação das obrigações do trabalho assalariado, pois foi beneficiária direta dos serviços prestados. A

⁴⁰⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

responsabilidade subsidiária decorre tanto do disposto na lei comum (culpa contratual), quanto do entendimento do item IV Súmula 331/ TST, calcado nas regras do artigo 9º e 444 da legislação consolidada. Este dever imposto à Administração Pública é razão suficiente para afastar a incidência do §1º, art. 71 da Lei 8.666/93 como forma de excluir a responsabilidade subsidiária do ente público. As regras do Direito do Trabalho, neste aspecto, constituem norma de ordem pública, por exemplo, o artigo 9º CLT, em pleno vigor, que também configura regra especial e prevalece sobre a geral, segundo os princípios de hermenêutica. Vale ressaltar que a citada Lei de Licitações tem como âmbito de aplicação a relação entre a Administração Pública e seus contratados, e não diz respeito ao trabalhador, que vende a sua força de trabalho, mão de obra da qual a Administração Pública se beneficia. **Em verdade, o art. 71 da Lei 8.666/93 não é oponível ao trabalhador. Daí porque, a responsabilidade subsidiária de ente público não passa pela declaração da constitucionalidade ou não do art. 71 da Lei 8.666/93 e não envolve a invocação de ofensa à Súmula 10 do STF. Não se trata de declarar a constitucionalidade ou não daquele artigo e nem de lhe negar vigência. Além disto, a questão envolve exercício de hermenêutica jurídica para que o diploma legal conte com a interpretação que melhor se coaduna com todo o ordenamento jurídico.** Dentro desta perspectiva, ressalte-se que o referido art. 71 da Lei 8666/93 se justifica diante de outro dispositivo do mesmo diploma legal, inc. IV, art. 80, que confere ao ente público o dever de reter os créditos devidos à empresa com quem contrata, até o limite dos prejuízos causados. **Assim, a interpretação do art. 71 deve ser feita em conjunto com todo o teor do diploma legal e não de forma isolada. E também a sua interpretação à luz da Constituição que traz como princípio o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano. Tudo isto não implica negar a aplicação do art. 71, mas interpretá-lo de forma lógico-sistemática.**⁴⁰⁵ (Processo: 0042500-51.2009.5.03.0101RO; Data de Publicação: 24.02.2010-DEJT-pág. 148; ao Julgador: Décima Turma; Relator: Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal) (grifo nosso).

Finalmente, embora fosse o último posicionamento mencionado, imputando a responsabilização objetiva à Administração Pública, fortemente adotado pela jurisprudência trabalhista, havia ainda uma quarta e última corrente, equidistante em relação às anteriores, que também reconhecia a responsabilização do Poder Público pelos encargos trabalhistas não adimplidos pelo contratado, mas na modalidade subsidiária, em razão da existência de culpa *in eligendo* e *in vigilando* na contratação ou fiscalização da execução contratual, respectivamente. Também nesse sentido, decisão do TRT da 3ª Região:

EMENTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - O entendimento jurisprudencial, cristalizado no item IV do enunciado 331 do C. TST, é no sentido de atribuir responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços, quando há inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, hipótese da qual não se afasta a Administração Pública direta ou indireta. A responsabilidade, em casos tais, decorre tanto da culpa "in eligendo" quanto da "in vigilando" da contratante, em face das obrigações inadimplidas pela empresa que elegeu como prestadora de serviços. A disposição do parágrafo 1-o do art. 71 da Lei 8.666/93 não pode ser interpretada como forma de excluir qualquer responsabilidade da Administração Pública, pois tal não se

⁴⁰⁵ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo: 0042500-51.2009.5.03.0101RO. Rel. Márcio Flávio Salem Vidigal. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 10 fev. 2010.

compatibiliza com a natureza tuitiva do Direito do Trabalho. Entende-se que a disposição legal afasta a responsabilidade direta da Administração, o que não obsta a sua responsabilidade de forma subsidiária. Isto se justifica, ante a finalidade de salvaguarda da satisfação do crédito operário, considerando-se que, na verdade, o tomador dos serviços é quem se beneficia da força laborativa despendida pelo empregado. Tal princípio encontra-se em perfeita harmonia com o da valorização do trabalho humano, erigido pela Carta Magna substrato da ordem econômica e o seu primado, base da ordem social (artigos 170 e 193 da C.F.).⁴⁰⁶

A despeito da miríade de posicionamentos adotados pelos tribunais regionais e varas do trabalho, a partir da redação antiga do item IV da Súmula n. 331 do TST, não pretendeu o texto sumular declarar a inconstitucionalidade do mencionado §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93. Não houve análise da constitucionalidade, conforme se depreende da leitura do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, que deu origem ao referido item IV, tendo o Tribunal Superior do Trabalho conferido ao dispositivo da Lei de Licitações interpretação, em seu entendimento, consoante a moralidade administrativa e os ditames trabalhistas constitucionalizados, embora haja entendimento divergente quanto à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal pela Súmula n. 331.⁴⁰⁷

3.3 Lei de Licitações: Responsabilidade Subsidiária e a Nova Hermenêutica do Supremo

Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”.
(Pierre Bourdieu)⁴⁰⁸

Como já mencionado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, no bojo da ADC n. 16, dispositivo legal de grande impacto na doutrina e jurisprudência norteadoras da Justiça Comum – Federal e Estadual – e, essencialmente, da Justiça do Trabalho, dada a redação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O assunto e a repercussão da decisão, envoltos por longos anos de debate, gerariam tanto impacto na esfera de atuação de todos os atores envolvidos no “campo” “licitação/terceirização/trabalhador/Administração Pública” que a União e os

⁴⁰⁶ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo: [00198-2003-082-03-00-7-RO](https://trt3.jus.br/proc/00198-2003-082-03-00-7-RO). Rel. Denise Alves Horta. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 out. 2003, p. 24.

⁴⁰⁷ “A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – com sua visão paternalista – firmou orientação no sentido de que a Lei nº 8.666/93 é inconstitucional por omissão, por não ter indicado, à semelhança do que fez com os encargos previdenciários, a responsabilidade da Administração Pública contratante pelos encargos trabalhistas do contratado igualmente surgidos em razão de contratos celebrados pelo poder público”. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 438.

⁴⁰⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 213.

governos da maioria dos Estados e Municípios solicitaram adesão à mencionada ADC, como *amicus curiae*.⁴⁰⁹

Objetivava o proponente a declaração de que a Administração Pública não estaria submetida ao item IV da Súmula n. 331, diante da literalidade do mencionado §1º do art. 71. Alegava o Governo do Distrito Federal, na petição inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade, retaliação, por parte do Poder Judiciário, em especial, do TST, ao dispositivo da Lei de Licitações, ao negar vigência ao comando legal pela aplicação da Súmula n. 331.

A ADC n. 16 foi ajuizada, em 2007. O relator, ainda naquele ano, negou pedido liminar, alegando complexidade da matéria para ensejar decisão individual. Na sessão de novembro de 2010, preliminarmente, conheceu-se da ação, por restar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial em torno da constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações, carecendo a questão de pronunciamento do Supremo.

O ministro Cezar Peluso, relator, votou pelo arquivamento da matéria, considerando o autor “carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de agir”⁴¹⁰, por não existir, em seu entendimento, controvérsia a ser julgada, considerando não ter o TST declarado a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo na Súmula n. 331. A ministra Cármen Lúcia, entretanto, divergiu, pronunciando-se pelo conhecimento e análise de mérito da matéria, defendendo a existência de controvérsia diante da elevada quantidade de ações e Reclamações levadas ao STF, ensejada por decisões dos Regionais trabalhistas – muitas considerando o dispositivo em comento inconstitucional – e do próprio TST, sustentadas na referida Súmula.

O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, enfatizou que os precedentes do TST estariam sustentados no §6º do art. 37 da CR/88⁴¹¹ e no §2º do art. 2º da CLT,⁴¹² atribuindo

⁴⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada)** Notícia. 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>. Acesso em: 25 nov. 2010.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. ADC n. 16 – DF. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 dez. 2010.

⁴¹¹ Art. 37 [...]

§ 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.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

⁴¹² Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

responsabilidade, portanto, objetiva ao Poder Público, de forma equivocada porque, conforme determinação do dispositivo constitucional, não haveria ato de agente público gerando prejuízo a terceiros prestadores do serviço. Além disso, o pressuposto de solidariedade, previsto no art. 2º da CLT, depreenderia direção, controle, ou administração da empresa, o que não ocorre no caso do Poder Público, salientando ainda, a Ministra Cármen Lúcia, que o art. 37, §6º menciona responsabilidade objetiva extracontratual,⁴¹³ não se aplicando à modalidade contratual estabelecida pela Lei de licitações. O ministro Ayres Britto foi voto vencido, merecendo destaque sua argumentação:

Improcedente a arguição. Considero a norma constitucional pelo seguinte: a **Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública.** Ela exauriu. São três: **concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto.** A **Constituição não falou de terceirização.** Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, **é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador de serviço que é a Administração.** E **é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição.** Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, **que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa** (grifo nosso)⁴¹⁴

À época, afirmou Cezar Peluso que o presidente do Tribunal Superior do Trabalho havia declarado, em relação ao assunto, que o Tribunal trabalhista reconhecia a responsabilidade da Administração pautada por fatos, não tendo analisado a constitucionalidade do disposto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, entendendo Peluso, portanto, que o TST vinha reconhecendo a responsabilização do Poder Público em situações de omissão culposa da Administração, perante o dever, imposto ao Poder Público, de aferição da idoneidade e cumprimento de compromissos do contratado, durante fiscalização da execução do contrato.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 610. 22 a 26 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3>. Acesso em: 30 nov. 2010.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. ADC n. 16 – DF. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 dez. 2010.

A decisão, por maioria, portanto, declarou a constitucionalidade do art. 71, §1^a da Lei n. 8.666/93, entendendo, quanto ao mérito, que a mera inadimplência do contratado não transferiria para a Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das obrigações: não poderia o TST, com base no item IV da Súmula n. 331, responsabilizar, genericamente, a Administração Pública, tendo de analisar, caso a caso, a existência de culpa do órgão/entidade pública contratante no processo fiscalizatório:

EMENTA: 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.

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.⁴¹⁵

Diante do entendimento firmado pela decisão, várias Reclamações, ajuizadas, no Supremo, contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho, sustentadas na Súmula n. 331, dentre elas, duas muito citadas pela doutrina e pelos informativos n. 563 e 585 da própria Suprema Corte, foram providas pelo Plenário: as Reclamações n. 7.517 e 8.150, e todas demais com a mesma causa de pedir, foram julgadas procedentes.

O Plenário proveu os dois agravos regimentais interpostos contra decisões que denegaram seguimento a reclamações ajuizadas contra acórdãos do TST, apontando ofensa à Súmula Vinculante n. 10 e ao art. 97 da CR/88, já citado. Sustentou nos julgamentos que “o Tribunal *a quo*, ao invocar o Enunciado 331, IV, do TST, teria afastado a aplicação do art. 71,

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. ADC n. 16 – DF. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 dez. 2010.

responsabilidade pela inadimplência trabalhista à Administração Pública, demonstrando tratamento de natureza discriminatória do legislador em relação aos §§1º e 2º do mesmo art.71, ao privilegiar o crédito previdenciário em detrimento do crédito trabalhista, com a previsão de responsabilização solidária do Poder Público pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato e, em contrapartida, a não responsabilização pelos encargos trabalhistas – e ainda fiscais e comerciais.

A obrigação de recolher encargos previdenciários é do contratado: caso não o faça, poderá ser a Administração Pública responsabilizada. A existência de débito previdenciário é impedimento para a celebração de qualquer contrato com a Administração Pública Direta e Indireta, nos termos do art. 195, §3º e art. 29 da Lei n. 8.666/93, citados no capítulo anterior, e, caso nasça, durante a vigência do contrato, enseja a rescisão, conforme disposição do art. 55, XIII da Lei de Licitações.⁴²⁰

A respeito da distinção feita pela lei entre créditos trabalhistas e previdenciários, vide decisão do Tribunal Regional da 2ª Região, que conclui serem os créditos trabalhistas privilegiados em relação aos previdenciários, o que justificaria a responsabilização solidária da Administração Pública:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LEI [8.666/93](#). A responsabilização do Poder Público, como devedor subsidiário, não significa afastar a incidência do [§ 1º](#) do art. [71](#) da Lei [8.666/93](#). Tal dispositivo apenas veda a transferência de encargos trabalhistas à Administração Pública quando inadimplente o devedor principal. A subsidiariedade não se confunde com a transferência da responsabilidade vedada pelo dispositivo legal em questão. O responsável pelo débito continua a ser a empresa prestadora de serviços; a Administração Pública é mera devedora subsidiária. **Entendimento diverso retiraria o sentido do § 2º do mesmo art. 71, segundo o qual a Administração Pública responde solidariamente pelos créditos previdenciários. Ora, se responde por tais créditos, com mais razão responderá pelos trabalhistas, os quais, de natureza privilegiada, preferem àqueles** (grifo nosso).⁴²¹

No entendimento de Maurício Godinho Delgado, a culpa da Administração Pública em relação aos encargos trabalhistas é presumida, dado o dever legal de fiscalização imposto ao tomador de serviços quanto “ao cumprimento de obrigações constitucionais, legais e

⁴²⁰ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁴²¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT/SP – 00099200903602005 – RO – AC 1ª T 20100691409. Rel. Wilson Fernandes. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2010.

contratuais trabalhistas pelo prestador de serviços, obrigações em geral vinculadas a direitos fundamentais da pessoa humana [...]”.⁴²² Entende, inclusive, que, mesmo não considerada a presunção da culpa, a Administração Pública, como tomadora de serviços, detém o ônus processual de comprovar “zelo e exação quanto ao adimplemento de seu dever fiscalizatório (art. 818 CLT; art. 333, II, CPC)”.⁴²³ Como beneficiária direta do trabalho despendido, em caso de inadimplência das contraprestações trabalhistas devidas, deveria ser responsabilizada, nessa perspectiva, sob pena de comprometimento do caráter alimentar do crédito trabalhista e subversão teleológica do Direito do Trabalho.⁴²⁴

Para Maria José Bigueti Rebello, imputar a responsabilidade objetiva à Administração, à luz do art. 37, §6º da Constituição não é mais possível, conforme entendimento esboçado por Cármen Lúcia, no julgamento da ADC n. 16. O dispositivo constitucional, embora consagre a responsabilização objetiva do Estado, refere-se a situações de extracontratualidade, não podendo ser estendida às relações contratuais nascidas do procedimento licitatório. Ademais, a responsabilidade objetiva restringe-se aos danos causados ao particular no exercício de atividades públicas, atividades essenciais que não podem ser equiparadas aos serviços terceirizados pela Administração Pública, vinculados a atividades-meio,⁴²⁵ como já mencionado.

Entende Sérgio Pinto Martins, inclusive, mesmo tendo interpretação ampliada da responsabilidade objetiva do §6º do art. 37, considerando-a aplicável a obrigações trabalhistas, que o dispositivo constitucional somente pode ser aplicado à prestação de serviços públicos, não sendo o caso dos serviços privados terceirizados.⁴²⁶ A terceirização não se equipara, para tal finalidade, às concessões e permissões do serviço público.

Maria José Bigueti Rebello defende que o melhor argumento para responsabilização do ente público, se fosse possível atribuir responsabilidade objetiva, seria a violação ao princípio da isonomia, considerando que o particular responde subsidiariamente em caso de terceirização lícita, e, solidariamente, quando se tratar de terceirização ilícita, conforme

⁴²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 458-459.

⁴²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 459.

⁴²⁴ Para Luciano Coelho, a não responsabilização da Administração poderá gerar um passivo de inúmeras ações trabalhistas inadimplidas, contrariando as determinações do Conselho Nacional de Justiça em relação ao equacionamento das execuções, “com reflexos sociais gravosos na medida em que milhares de trabalhadores poderão não receber seus créditos, trazendo desprestígio e descrédito para a justiça do trabalho”. COELHO, Luciano Augusto de Toledo Coelho. **Artigo 71 da Lei 8666/93 e a terceirização de atividade essencial do Estado**. 30 nov. 2010. Disponível em: http://ww1.anamatra.org.br/003/00301015.asp?ttCD_CHAVE=128008. Acesso em: 15 dez. 2010.

⁴²⁵ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011.

⁴²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

determinação jurisprudencial, além de ferir o princípio da moralidade, por não ser ético, no entendimento da autora, que a Administração Pública se esquivou de saldar dívidas de “trabalhadores que disponibilizaram sua força de trabalho em seu favor”.⁴²⁷

Antero Arantes Martins⁴²⁸, por seu turno, defende o item IV da Súmula n. 331 do TST, na forma da redação anterior ao julgamento da ADC n. 16, alegando que o referido texto construiu a interpretação, em torno art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, arremetido na culpa *in vigilando*, a partir da costura com outros dispositivos infraconstitucionais, inclusive, da própria Lei de Licitações – art. 29, IV e 67.⁴²⁹

Entende o autor, inclusive, ser possível constatar, além da modalidade de culpa *in vigilando*, a culpa *in eligendo*, não podendo ser afastada pela simples alegação de realização de procedimento licitatório pelo ente público, citando algumas situações em que poderia ocorrer a responsabilização da Administração Pública, mesmo tendo sido realizada, fielmente, a licitação: quando a administração pública terceirizar contratação de mão de obra em atividade não autorizada pelo ordenamento, não realizando concurso público para preenchimento de cargos efetivos necessários à realização de sua atividade essencial, como definido pelo art. 37, II da CR/88;⁴³⁰ quando for adotada modalidade inadequada de terceirização, ferindo disposição da Lei n. 8.666/93, como no caso da contratação de ser prestação de serviços comuns, em que se exige, por disposição de lei e de decreto, a utilização da modalidade pregão; quando houver desatenção em relação às exigências estatuídas para habilitação do candidato à licitação, conforme determina o rol do art. 27 da Lei de Licitações.

⁴²⁷ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011, p.53.

⁴²⁸ MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º da Lei 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 43-48, 2011.

⁴²⁹ Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [\(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)
[...]

IV - 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. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

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 anotar 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. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁴³⁰ MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º da Lei 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 43-48, 2011.

O posicionamento do autor é corroborado pela presente pesquisa, cujo foco inicial era – e foi ampliado, *a posteriori* – exatamente a necessidade de tratamento acurado da fase de habilitação, para evitar que a Administração, agindo com culpa *in eligendo*, no momento da contratação, via procedimento licitatório, gerasse prejuízos à mão de obra terceirizada e ao erário ao escolher erroneamente o licitante mais capacitado para a assunção das responsabilidades contratuais. O caso concreto narrado no capítulo seguinte demonstrará, com muita clareza, como a ausência, à época, de requisito, na habilitação, de comprovação de regularidade trabalhista foi danosa para a Administração e para a coletividade de trabalhadores envolvidos pela contratação, devendo, para além da previsão legal, o órgão ou entidade, promovedor da licitação, não apenas exigir a documentação prevista em lei, mas avaliá-la com cuidado para evitar possíveis fraudes.

Ainda no mérito da culpa *in eligendo*, em relação à possibilidade de contratação de serviços, mediante terceirização, pela Administração, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, de modo similar à conceituação proposta pelo ramo justralhista e pela Súmula n. 331 do TST, guardadas as peculiaridades das atividades administrativas e do orçamento público, firmou tese no sentido de se discernir atividade-meio e atividade-fim, ressaltar a vedação de terceirização violadora do dispositivo constitucional do art. 37, II, que institui o princípio do concurso público e definir parâmetros para inclusão de gastos com pessoal nas determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal:

EMENTA: CONSULTA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS - TERCEIRIZAÇÃO - ATRIBUIÇÃO A TERCEIROS DE ATIVIDADES-FIM - VEDAÇÃO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - ATRIBUIÇÃO A TERCEIROS DE ATIVIDADES-MEIO - POSSIBILIDADE - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA, DESDE QUE INEXISTENTE NO QUADRO DE PESSOAL CARGO CORRESPONDENTE À ATIVIDADE TERCEIRIZADA - DESPESA COM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA: INTEGRAM GASTOS COM PESSOAL, SE CARACTERIZADA SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - RESUMO DA TESE REITERADAMENTE ADOTADA. Resumo de tese adotada por esta Corte, sintetizada no parecer emitido na Consulta de n. 783098: [...] Os entes federativos têm suas competências materiais estabelecidas na Constituição da República, as quais, infraconstitucionalmente, são cometidas a órgãos, entes e cargos que compõem a Administração Pública, podendo, assim, ser entendidas como finalidades institucionais dos entes que as detêm, denominadas, portanto, atividades-fim, atos jurídicos ou de império, que consubstanciam manifestação do poder estatal, sob inafastável regime jurídico administrativo. Tais competências (atividades-fim**) podem ser classificadas, segundo lição de Hely Lopes Meirelles, como **serviços públicos próprios ou impróprios. Enquanto aqueles consubstanciam atividades típicas de Estado, e, por isso, absolutamente indelegáveis (ex.: poder de polícia, definição de políticas, etc.); estes caracterizam serviços de interesse comum, que, embora relevantes, podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou, indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização (ex.: serviços de telecomunicações, energia elétrica, transporte, etc.), mas não por meio de terceirização.** [...] Este raciocínio se transporta para o Direito Administrativo, pois,**

no âmbito do serviço público, a terceirização, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas, e, por isso, exclusivas do Estado, não pode servir de instrumento à violação do princípio do concurso público (CR/88, art. 37, II). Conforme ensina Luciano Ferraz: As atividades materiais podem ser realizadas por intermédio da contratação de pessoal por interposta pessoa; já as atividades jurídicas e os atos que possuem carga de autoridade não podem ser objeto dessa execução indireta, porque aqueles atos devem ser praticados por servidores públicos [...]. **Quando a atividade a ser desempenhada por terceirizado for atividade-fim, a terceirização está vedada; quando houver correspondência entre a atividade desempenhada pelo terceirizado e os cargos existentes na estrutura do órgão ou entidade, a terceirização também está vedada.** [...] com respaldo nos ensinamentos do administrativista mineiro e de Jacoby Fernandes, importante enfatizar que a correta condução do processo de terceirização de atividades deve levar em conta as atividades definidas como específicas no quadro de pessoal de cada ente ou órgão, em obediência ao princípio da legalidade. Isso porque, de fato, no âmbito da Administração Pública, uma atividade, ainda que de natureza nitidamente acessória, que tenha suas atribuições elencadas na lei que instituiu o quadro de pessoal da entidade ou órgão, não pode ser preenchida, licitamente, mediante terceirização. [...] **Integram os gastos com pessoal, para os fins da CR/88 e da LRF, as despesas com terceirização de mão-de-obra para o exercício de atividades que se destinam à substituição de servidores, nos contornos definidos nesta consulta, a despeito de tais contratações serem ilícitas, sem prejuízo das demais searas de responsabilidade (civil, trabalhista, penal etc.)** (grifo nosso).⁴³¹

Fixou entendimento, o Tribunal mineiro, portanto, no sentido de vedar a terceirização, pelo Poder Público, de suas finalidades institucionais, definidas como atividades-fim consubstanciadoras da manifestação do poder estatal e, portanto, regidas, inevitavelmente, pelo regime jurídico administrativo. Serviços públicos próprios ou impróprios, adotando-se a classificação proposta por Hely Lopes Meirelles,⁴³² não podem, em nenhuma hipótese, sofrer terceirização: os primeiros devem ser, obrigatoriamente, prestados diretamente pelo Estado, sendo indelegáveis; os segundos, entretanto, podem ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado, cabendo hipótese de concessão, permissão ou autorização, mas nunca de terceirização.

Estatui a tese adotada pela Corte mineira que o mesmo raciocínio, aplicado para a hermenêutica dos serviços públicos, deve ser aplicado para o Direito Administrativo: utilizando-se da construção de Luciano Ferraz, estabelece que atividades materiais podem ser terceirizadas e atividades jurídicas ou atos dotados de autoridade, não podem ser objeto de execução indireta,⁴³³ não sendo terceirizáveis as atividades-fim e, igualmente, as atividades

⁴³¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo n. 837.660. Rel. Cons. Mauri Torres. **Diário Oficial de Contas**, Belo Horizonte, 24 fev. 2012, p. 25-26.

⁴³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁴³³ FERRAZ, Luciano. Função administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez. 2006 - jan. 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 16 abr. 2012.

que apresentarem correspondência com cargos existentes na estrutura administrativa do órgão ou entidade, defendendo-se o primado do princípio da legalidade.

O Tribunal de Contas Estadual finaliza a tese definindo que, para a conceituação de “gastos com pessoal”, conforme previsão constitucional e da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, já mencionada, no capítulo anterior, – serão computadas as despesas com terceirização de atividades substitutivas de servidores, independentemente da ilicitude da contratação e sem prejuízo de responsabilização nas demais esferas.

A licitação, no entendimento de José Cretella Júnior,⁴³⁴ restringe o arbítrio do administrador, afasta a ilegalidade e põe a salvo a moralidade pública. Entretanto, de fato, sua realização, por si só, não é sinônimo de segurança jurídica e garantia de procedimento emoldurado pelos ditames da lei, do interesse público e da moralidade: age a Administração com culpa *in eligendo* ao contratar licitante inidôneo, por inadequação a qualquer dos critérios de aferição cuidadosamente redigidos no art. 27 da Lei n.8.666/93. Nesse sentido, também gravita o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme trecho do acórdão do processo TST-RR-492000-44.2006.5.12.0014, em que argumenta o relator:

O procedimento licitatório é previsto na Constituição Federal, regra geral, como requisito para a contratação de serviços pela Administração Pública; todavia, esse tipo de seleção não tem o condão, por si só, de excluir a responsabilidade do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo do contratado.⁴³⁵

Em relação à culpa *in vigilando*, não há questionamentos, embora houvesse, antes da decisão do STF, doutrina defensora da inexistência do dever de fiscalizar, posto que o art. 67 da Lei n. 8.666/93 faria menção à fiscalização da execução da prestação de serviços em si, não se estendendo ao controle sobre o pagamento ou não de obrigações trabalhistas. A tese, entretanto, está em desuso. Se, na sistemática dos arts. 28 a 30 da Lei n. 8.666/93, há preocupação com o esmiuçamento da documentação necessária e obrigatória para apresentação, é de se supor que houve vigorosa preocupação do legislador em prol da permanência da regularidade, constatada na contratação, durante a vigência do contrato administrativo.

O próprio art. 55, XII da Lei de Licitações, já transcrito, menciona a obrigatoriedade de adoção de cláusula contratual contendo a necessidade de manutenção, pelo contratado,

⁴³⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-492000-44.2006.5.12.0014. Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 01 out. 2010.

durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, sendo, por óbvio, necessária a fiscalização efetiva e cogente do Poder Público para cumprimento da mencionada cláusula.

Para além, em relação aos encargos trabalhistas, legitimados em direitos sociais constitucionalmente garantidos ao trabalhador, a própria principiologia da Constituição de 1988 preleciona a obrigação do Estado de aferição e fiscalização do cumprimento por parte do contratado, buscando-se evitar eventuais danos ao erário, pela possível responsabilização subsidiária da Administração Pública, e aos trabalhadores, principais prejudicados pelo inadimplemento.

Cumpre considerar também que é obrigação do Estado ser o primeiro e principal guardião da Constituição, e, portanto, aos seus entes públicos contratantes, impõe-se a observância de que a Carta Magna, em seus artigos 1º, IV, 170 e 193, elegeu a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica e social, mais uma razão que fundamenta o seu dever de exigir e fiscalizar o integral respeito de todas as obrigações trabalhistas por parte da contratada que lhe presta serviços.⁴³⁶

Após a decisão do STF, a responsabilidade subjetiva foi consolidada e será aferida, diante do caso concreto, em face da fiscalização insuficiente realizada pela Administração Pública, oriunda do dever de gestão da execução dos contratos administrativos de prestação de serviços, celebrados por meio de licitação. Nesse sentido, inclusive, decisão do Tribunal Superior do Trabalho, acatando a decisão do Supremo em relação à constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *CULPA IN VIGILANDO*. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com a Súmula nº 331, IV, desta Corte Superior, que tem por fundamento principalmente a responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa *in vigilando* (arts. 186 e 927 do Código Civil). Isso porque os arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo com base na interpretação

⁴³⁶ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região*, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011, p.55.

sistemática, em conjunto com as normas infraconstitucionais citadas acima. 2. LIMITES DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Regional não emitiu tese explícita acerca do tema, tampouco foi instado a se manifestar a esse respeito, Incidência da Súmula 297 do TST. 3. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ISONOMIA SALARIAL. A decisão recorrida está em harmonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na OJ nº 383 da SBDI-1/TST. Óbice do art. 896, § 4º, desta Corte. Agravo de instrumento conhecido e não provido.⁴³⁷

No entendimento de Maria José Bigueti Rebello, trata-se da responsabilidade subjetiva, prevista no art. 186 do Código Civil,⁴³⁸ mas que demanda inversão do ônus da prova, considerando ser a Administração Pública, e não o empregado terceirizado, a detentora da documentação comprobatória da licitude da contratação e da fiscalização da empresa terceirizada. A omissão no dever de fiscalizar geraria, portanto, culpa *in vigilando*, nos moldes do art. 186 do CC e, por conseguinte, a obrigação de reparar,⁴³⁹ nos termos do art. 927 do CC.⁴⁴⁰

Ainda com fulcro no documento civilista, argumenta José Affonso Dallegrave Neto que o art. 932, III do CC utiliza o termo empregador e comitente, de onde se extrairia a possibilidade de inclusão, no termo, da tomadora de serviços, que poderia ser responsabilizada pelos atos de seus prepostos, entendidos, nesse contexto, como as prestadoras de serviços.⁴⁴¹

A decisão da Suprema Corte, portanto, ao consagrar a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública diante da constatação de culpa, em cada caso concreto, foi acertada, nos termos de Mauro Schiavi, por uma série de argumentos: garantia de solvabilidade dos créditos trabalhistas, pautada pelos princípios da melhoria da condição social do trabalhador, moralidade e impessoalidade da Administração; aplicação da teoria da responsabilidade civil pela culpa *in vigilando*, considerando ser a licitação apenas instrumento capaz de selecionar a melhor proposta, fazendo-se necessária e urgente a fiscalização, pelo Poder Público, durante a execução do contrato (art. 67 da Lei n. 8.666/93) –

⁴³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST-AIRR-1825-07.2010.5.18.0000**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 18 fev. 2011.

⁴³⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁴³⁹ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011, p.54.

⁴⁴⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁴⁴¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

considera o autor, ainda, que a Administração, com o exercício de sua atividade, gerou danos ao trabalhador (arts. 186, 927, 932, III, 933 e 942, parágrafo único, todos do Código Civil); possibilidade de exercício de direito de regresso, caso responsabilizada a Administração Pública pelos créditos trabalhistas, contra a empresa contratada inadimplente, dotada de maior capacidade processual, se comparada com o trabalhador, hipossuficiente; aplicação do princípio da aptidão para a prova no sistema processual trabalhista, cabendo ao Poder Público comprovar, em cada caso concreto, a efetivação periódica da fiscalização durante a execução do contrato, não contribuindo, por conseguinte, para o inadimplemento dos encargos trabalhistas.⁴⁴² Nesse sentido, novo julgado do TST:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido.⁴⁴³

Salienta o autor que a Administração Pública, ao optar pela terceirização da prestação de determinados serviços, fazendo uso de trabalhadores contratados por empresa interposta, via CLT, “deve se sujeitar às normas do Direito Privado quanto às responsabilidades civil e trabalhista, uma vez que, segundo já sedimentado em Doutrina, neste caso, a Administração se despe do seu Poder de Império”.⁴⁴⁴

Ivani Contini Bramante, suscita, ainda, outra possibilidade interpretativa diferenciada acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 16, calcada nas construções conceituais do neoconstitucionalismo. Segundo a autora, existem dois tipos de declaração de constitucionalidade – *in abstracto* e *in concreto* – e a declaração em abstrato, no controle concentrado, como a ocorrida no bojo da ADC n. 16, não impede que se declare a

⁴⁴² SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 59-66, 2011, p.64.

⁴⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-153040/2007-0083-15. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. **Diário de Justiça Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 27 jan. 2011.

⁴⁴⁴ SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 59-66, 2011, p.64.

inconstitucionalidade do mesmo ato normativo, pela via do controle difuso, no caso concreto, considerando os muitos sentidos da norma e as variadas possibilidades de exceções.

O texto infraconstitucional de determinada norma, no entendimento da autora, pode ser confrontado com outros dispositivos constitucionais: “o confronto *abstrato* entre o texto da lei e a Constituição não condiciona, necessariamente, todos e quaisquer casos que envolvam sua aplicação”.⁴⁴⁵ Significa dizer, em conclusão, que os efeitos vinculantes da ação declaratória de constitucionalidade ficam restritos aos argumentos e pressupostos “determinantes da decisão proferida em sede de controle abstrato, em um dado sentido da norma. Ainda, deve ser levado em conta as razões de excepcionalidade e as circunstâncias particulares não previstas pela própria norma.”⁴⁴⁶

A derrota da Súmula n. 331 do TST, portanto, nos termos da autora, seria aparente, podendo o Judiciário Trabalhista, sustentado nas considerações neoconstitucionalistas acima tecidas – o sentido da norma constitucional não pode ser apreendido a partir de seu enunciado abstrato – e na própria abertura dada pela decisão do Supremo, julgar, em cada caso concreto, apurando a responsabilidade do Poder Público e as peculiaridades de cada demanda.

A decisão do STF impõe à Justiça do Trabalho um novo *modus operandi*, recomposição de correlação de forças para pensar o “campo”, as demandas postas e suas peculiaridades. Vide decisões do Tribunal Superior do Trabalho após julgamento da ADC n. 16:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇO - ENTIDADE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA -IN VIGILANDO-. ISONOMIA SALARIAL. OJ 383, SBDI-1/TST. Na hipótese, o Regional consignou que a Reclamante foi contratada por intermédio de empresa terceirizada e passou a laborar como caixa, percebendo, contudo, remuneração inferior aos empregados da CEF que exerciam as mesmas funções. É entendimento desta Corte que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Trata-se de aplicação analógica do art. 12, -a-, da Lei 6.019, de 03.01.1974 (OJ 383, SDI-1/TST). Noutro norte, **as entidades estatais têm responsabilidade subsidiária pelas dívidas previdenciárias e trabalhistas das empresas terceirizantes que contratam, nos casos em que desponta sua culpa -in vigilando-, quanto ao cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa terceirizante contratada. É, portanto, constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93**

⁴⁴⁵ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011, p.37.

⁴⁴⁶ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011, p.37.

(ADC 16, julgada pelo STF em 24.11.2010), não implicando, porém, naturalmente, óbice ao exame da culpa na fiscalização do contrato terceirizado. Evidenciada essa culpa nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista nos arts. 186 e 927, -caput-, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Assim, em face dos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula 126/TST) (grifo nosso).⁴⁴⁷

A estratégia, em sentido bourdieusiano, deve pautar-se pela costura do pensar sistemático com o raciocínio tópico: o ponto de partida torna-se o próprio problema, o caso concreto, o caso a caso, como mencionou o próprio presidente do STF, à época, privilegiando-se, assim, “a indução em contraponto à dedução⁴⁴⁸ e o preenchimento de cada recorte de realidade com a necessária ponderação, responsabilização e, por conseguinte, dignidade. Das relações travadas no “campo”, é possível criar-se um *habitus* e novas formas de aprendizagem.

Essa imperfeição de todo sistema de justiça, a parte inevitável de arbitrariedade que contém, deve sempre estar presente na mente de quem quiser aplicar suas mais extremas consequências. [...] Mas todo sistema normativo imperfeito, para ser moralmente irrepreensível, deveria aquecer-se no contato de valores mais imediatos e mais espontâneos. Todo sistema de justiça não deveria perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça.⁴⁴⁹

Houve declaração de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 pela Suprema Corte brasileira, com efeito *erga omnes*, agindo dentro de sua esfera de competência, como tutora da Constituição, cabendo aos demais atores do “campo” jurídico, insertos dentro da hierarquia que lhe peculiariza, acatar a decisão, com todos os seus efeitos, suas perfeições e imperfeições, implementando suas doses de “justiça” ao cotidiano do caso a caso. As soluções devem pautar-se, nesse sentido, pelas possibilidades, orientadas pelo problema e não pela norma: “Se você analisa cuidadosamente uma norma jurídica, verá que ela é um enunciado condicionado que se refere ao fato” (tradução nossa).⁴⁵⁰ O foco deve fincar-se nas premissas e não nas conclusões.

⁴⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-71240-34.2009.5.13.0006. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. **DEJT**, Brasília, 09 dez. 2010.

⁴⁴⁸ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Theodor Viehweg e a redescoberta da tópica** - breves considerações sobre a tópica e o raciocínio jurídico. 2010. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42351>. Acesso em 13 ago. 2011.

⁴⁴⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.197.

⁴⁵⁰ “If you scrutinize a legal rule, you will see that it is a conditional statement referring to facts”. FRANK, Jerome. Facts are Guesses. In **Courts on Trial**: Myth and Reality in American Justice., 1973, p.14.

Em análise ideal, a melhor alternativa ainda é a acuidade da Administração no tratamento de seus contratos administrativos: antes – na licitação –, durante a execução e após a finalização do contrato, para resguardar o patrimônio público e os próprios trabalhadores de eventuais desdobramentos. Deve a Administração fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo licitante vencedor/contratado por meio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS, apresentação renovada da CNDT e outros instrumentos afins abordados no capítulo anterior. O princípio da boa administração é preceito do princípio da moralidade, que exige da Administração comportamento, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁴⁵¹ não apenas lícito, mas conforme a moral, bons costumes, princípios da justiça, equidade e honestidade.

Mais que acuidade por parte da Administração, a arregimentação ideal do “campo” pressupõe atuação não fraudulenta do licitante vencedor, movido pela boa-fé e pela legalidade do procedimento, leitura constitucionalizada do procedimento pelo Poder Público, Poder Judiciário, Tribunais de Contas e Ministério Público – em todos os seus ramos – e ressignificação do próprio papel do Estado à luz de princípios fundantes da ordem jurídica pós-moderna.

Em verdade, a ação da Administração não pode mais desconsiderar, em nenhum momento, a eficiência – melhor utilização possível dos escassos recursos públicos – [...], mas deverá dar a mesma importância à eficácia – atingimento mais completo da meta colimada – e à efetividade, porque a base sobre a qual se sustenta a própria razão de ser da Administração: o real atendimento das necessidades coletivas, enfim, do interesse público [...]⁴⁵².

O princípio da eficiência necessita ser conjugado com a efetividade do interesse tutelado e com uma concepção sustentável de licitação, voltada para a prevenção de danos, democratização do procedimento e olhar multifacetado para direitos tutelados, devendo ser os direitos trabalhistas parâmetros de efetividade a serem alcançados na licitação e, essencialmente, no contrato administrativo, sob o ponto de vista teleológico do negócio jurídico.

A Jurisprudência, por essa perspectiva – tanto no sentido de doutrina assentada por decisões judiciais, como no sentido de Ciência do Direito – terá papel fundamental, nesse “campo” específico, após a decisão do Supremo, que manteve a literalidade da Lei de

⁴⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴⁵² BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2005, p.18.

Licitações e sua *mens legis* – reflexo do contexto neoliberal, em que foi editada a lei, marcado pela retração, recomposição do sistema produtivo e enxugamento do Estado, nos anos 90.

Entretanto, ao autorizar a responsabilização do ente público pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, diante da constatação de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações dessa natureza, o STF atribuiu ao juiz novo lugar simbólico na arregimentação do “campo”, no embate de forças e interesses, devendo, caso a caso, com o olhar sempre atento para o conteúdo de justiça necessário à decisão judicial, construir trechos de um denso texto jurídico sobre a questão.⁴⁵³

Nos termos de Clifford Geertz,⁴⁵⁴ a realidade deve ser percebida como um texto a ser interpretado,⁴⁵⁵ buscando-se decifrar, compreender e sopesar os fenômenos históricos, culturais e sociais – são símbolos a serem decifrados – e o papel das formas simbólicas (arte, religião, ideologia, leis, moralidade, senso comum).⁴⁵⁶ O juiz será chamado a interpretar o recorte de realidade em torno da culpa, diante de cada caso concreto, sopesar e construir, a partir do norteamento dado pelo pronunciamento da Suprema Corte, a respeito da interpretação da Lei de Licitações, da nova redação da Súmula n. 331 do TST, das provas dos autos e dos conceitos consolidados pela doutrina trabalhista e administrativista de terceirização, guardadas as peculiaridades do regime jurídico administrativo a que está submetida a Administração, soluções de equilíbrio, ponderação e assentamento.

A decisão do Supremo, por um lado, representa o resgate do “juiz social” e do “processo à flor da prova”, nos termos da jurisprudência consolidada por Luiz Otávio Linhares Renault, ganhando proeminência, no cenário da discussão da responsabilização da Administração Pública, sua atuação, sua leitura do processo e da prova: é o juiz o ator, no sentido bourdieusiano, incrustado na “quina” do sistema, quem sente e transpira o processo e a produção probatória, considerando que “uma parte do processo vem das ruas – contaminando, por todos os lados, o corpo cheio de poros da Justiça”.⁴⁵⁷

⁴⁵³ “[...] Cada época, cada vida, de cada actor, acrescentam um capítulo a essa obra (a bem dizer sem autor) [...]”. ABEL, Olivier. *Justiça e Mal*. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. **A justiça e o mal**, Trad. Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999, p.101.

⁴⁵⁴ GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

⁴⁵⁵ Para Ricoeur a interpretação “é o trabalho de pensamento que consiste em decifrar o sentido oculto do sentido aparente, em desdobrar os níveis de significação implicados na significação literal. Guardo assim a referência inicial à exegese, isto é, à interpretação dos sentidos ocultos. Símbolo e interpretação tornam-se, assim, conceitos correlativos”. RICOEUR, Paul. **O Conflito das Interpretações**. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

⁴⁵⁶ Para maior detalhamento, ver COSTA, Mila Batista L. C. **Science of Law and Anthropology: Methodology of Otherness**. 2011. Xxv World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy - 25th IVR World Congress.

⁴⁵⁷ VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, M. Túlio (coord). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000, p. 259.

EMENTA: PROCESSO DO TRABALHO – FREUD DA CIÊNCIA PROCESSUAL – PROCESSO CIVIL – LACAN DA CIÊNCIA PROCESSUAL - ANSIEDADE E FRUSTRAÇÃO - MEDOS E MITOS – SÍMBOLOS ALÉM DA METÁFORA: *SINS E NÃOS* - COMO LIDAR COM ESSES SENTIMENTOS? **JUIZ SOCIAL DO TRABALHO E PROCESSO À FLOR DA PROVA - EFICÁCIA MATERIAL QUE “UM MURO ALTO PROÍBE”- SONHO, DESEJO E REALIDADE** – Quando se fala de **acesso à Justiça** não se pretende designar nada, absolutamente nada mais do que um serviço público colocado à disposição do cidadão, que paga os seus impostos e que deseja um resultado célere, eficaz e útil do processo, instrumento apto para a solução das controvérsias, sob o monopólio do Estado Democrático de Direito. No entanto, **da mesma forma que se luta por um acesso digno à Justiça, deve-se lutar também por uma saída digna – sonhos e realidades, o que não significa necessariamente ganhar a demanda.** A questão é outra: eficiência não metaforizada. Certo, quem tem razão deve obter êxito, embora isso nem sempre aconteça. **O processo é técnica jurídica**, alicerçado em sólidas bases científicas, **adstrita a solução do litígio a vários fatores, alguns deles alheios à vontade do Estado, bem como ao juiz sem espelho.** [...] A parte que utiliza o serviço público prestado pelo Poder Judiciário não merece ser dominada pela ansiedade, que, em um segundo momento, se torna uma frustração [...] **É indispensável retomar a simplicidade [...], reconhecendo-se ao juiz o efetivo poder de condução do processo. Sonho, desejo e realidade. Distâncias insuperáveis; diálogo impossível. Longe, lá longe, do outro lado, situa-se o resultado útil do processo, onde os olhos alcançam, mas onde as mãos do credor não conseguem atingir. Sonho que alimenta a frustração do empregado que trabalhou, não recebeu o que lhe era devido no momento oportuno e que tem de passar pela via-crúcis de um processo, olhando para o vazio [...]** (grifo nosso).⁴⁵⁸

Nesse sentido, inclusive, entende Marcos Nobre que, nos últimos 20 (vinte) anos, a produção de decisões e interpretações, construída por doutrinadores e, nomeadamente, pelas instâncias inferiores, no Brasil, foi extremamente significativa: “se é pacífico que cabe ao STF produzir uma imagem íntegra da CF, o material a que terá de recorrer para tanto foi forjado em grande medida pelos tribunais inferiores” que, segundo o autor, continuarão a disputar a interpretação da Constituição de 1988, seja qual for o entendimento construído pelo STF.⁴⁵⁹

Pensar soluções para a inadimplência de obrigações trabalhistas, no curso e após a execução do contrato administrativo de prestação de serviços, para resguardo do patrimônio público e de verbas alimentares da mão de obra empregada, e meios de quitação de direitos do trabalhador hipossuficiente, pela via do raciocínio tópico, significa construir fórmulas em concreto para se evitar precarização do trabalho: o raciocínio tópico, no sentido viehwegiano,⁴⁶⁰ propõe um olhar para o fato, e uma decisão judicial, mantendo-se permeável às nuances da realidade, contribui para a dignificação dessa mesma realidade.

⁴⁵⁸ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão. RO 00532-2009-087-03-00-0. Rel. Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. **Diário de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 18 dez. 2009.

⁴⁵⁹ NOBRE, Marcos. Indeterminação e Estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, nº 82, p.97-108, novembro 2008, p.106.

⁴⁶⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Editora UnB, 1979.

A proposta metodológica viehwegiana, legitimada na tópica, consiste densificar o raciocínio jurídico voltado para o problema e não para a norma, como demandado pelo novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal: “esse método consiste em partir de uma série de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência...”⁴⁶¹

Em diversas situações, inclusive e notadamente **nas hipóteses de colisão de normas e de direitos constitucionais, não será possível colher no sistema, em tese, a solução adequada: ela somente poderá ser formulada à vista dos elementos do caso concreto**, que permitam afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional. Ademais, **o resultado do processo interpretativo, seu impacto sobre a realidade não pode ser desconsiderado**: é preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional (grifo nosso).⁴⁶²

A solução, portanto, para a questão da leitura do art. 71, §1º da Lei de Licitações, que exclui a responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas do contratado, diante da autorização dada pelo Supremo Tribunal Federal para atuação da Justiça do Trabalho, é a própria decisão judicial, no sentido de verificar a culpa da Administração, no âmbito de sua atribuição fiscalizatória, em face do descumprimento de direitos fundamentais constitucionais.

A prática administrativa e o *iter* jurisprudencial dominante podem ser moldados por decisões judiciais reiteradas e pelo controle difuso de constitucionalidade – “a vinculatividade das decisões no controle de constitucionalidade, num dado sentido da norma, não descarta outros sentidos, à luz do modo final de aplicação do direito, no caso concreto” –,⁴⁶³ pautados por dimensões constitucionais de efetividade, mais condizentes com a realidade social do trabalhador envolvido na licitação e, por conseguinte, no contrato.⁴⁶⁴

Exemplo disso é a edição da própria Súmula n. 331, diante das demandas levadas ao TST: a Administração Pública permaneceu imune à responsabilidade civil, até a Resolução n. 23/93, que criou a referida súmula. Toda a discussão, debate e comoção gerados em torno do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, que suscitaram o pronunciamento do Supremo, nasceram da

⁴⁶¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000, p. 68.

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, p. 167-210, jul/dez/ 2003, p.172.

⁴⁶³ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011, p.37.

⁴⁶⁴ Para aprofundamento da análise pelo raciocínio tópico, vide SENA, Adriana G. O.; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. O procedimento licitatório: tratamento digno para as obrigações trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 57, p. 11-36, jul./dez. 2010.

Súmula n. 331, de um posicionamento e questionamento explicitado pelo texto sumular da Justiça do Trabalho, a partir de decisões provocativas e questionadoras das instâncias inferiores.

A declaração de constitucionalidade do mencionado dispositivo da Lei de Licitações, portanto, não “conseguiu desbotar a mensagem social da súmula do TST, que tem por pano de fundo a dignidade dos trabalhadores e o princípio da igualdade deles perante as leis sociais e previdenciárias”.⁴⁶⁵ Ao contrário, a decisão foi democrática, na medida em que deixou o texto aberto a interpretações e à discursividade do caso concreto, a despeito da declaração de constitucionalidade do artigo, e atribuiu lugar simbólico à Justiça do Trabalho na construção igualmente democrática da nova jurisprudência.

É possível reconhecer, pela técnica da ponderação, que o art. 71, §1º da Lei de Licitações pode ser conjugado, no caso concreto, “com outros fatores e normas, que trazem exceções, tais como as previstas no art. 37, XXI, CF, e arts. 27, IV, 58, III e 67, *caput* e §1º da Lei 8.666/93, e demais regras de responsabilidade civil encravadas no Código Civil”.⁴⁶⁶ Caberá aos juízes construir a nova hermenêutica. Novas Reclamações serão dirigidas ao STF, especialmente, quando condenatórias da Administração Pública e novas conformações serão (re)desenhadas: decisões razoáveis não correspondem ao mero subjetivismo ou paixão, mas a um outro tipo de racionalidade, que utiliza da técnica argumentativa e se define pelo consenso.⁴⁶⁷

Como define Pierre Bourdieu, como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico, “campo” por excelência, está em disputa a manutenção de forças e interesses de atores diversos, como no caso do texto inserto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93: “pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”.⁴⁶⁸

3.4 Síntese do Capítulo

A responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, quando da inadimplência pelo contratado, é assunto polêmico e de grande relevo para a atualidade do debate. A evolução jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho é pautada por duas

⁴⁶⁵ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 29-34, /2011, p. 31.

⁴⁶⁶ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011, p. 41.

⁴⁶⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito, 1999, p.189.

⁴⁶⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 213.

principais súmulas sobre o tema – Súmula n. 256/86 e n. 331/93. A doutrina e jurisprudência trabalhistas, em relação ao tratamento jurídico da terceirização, adotam concepção constitucionalizada, no sentido do estabelecimento de limites à encampação terceirizante das atividades laborais.

Nessa linha, a terceirização é cerceada, restrita somente a hipóteses de contratação de atividade-meio, prevendo, como sanção ao descumprimento deste preceito, o reconhecimento da existência de vínculo empregatício entre tomador de serviços e trabalhador, vedado o reconhecimento quando for a Administração Pública a tomadora de serviços, nos termos do texto constitucional, embora possa responder subsidiariamente, em casos de constatação de culpa pela má gestão fiscalizatória do contrato administrativo.

A Súmula n. 331 foi a culminação de longa contenda, alterada, entretanto, em 2011, após a consolidação de nova hermenêutica jurisprudencializada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão emblemática da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, acerca do §1º do art. 71 da Lei de Licitações. O marco novo regulatório, traçado pelo STF, demanda releituras e ressignificações, especialmente, dos magistrados, diante de cada caso concreto, acerca da possibilidade de responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, podendo ocorrer somente quando constatada a mencionada culpa *in vigilando*.

CAPÍTULO 4 LICITAÇÃO, CONTRATO ADMINISTRATIVO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SERVIÇOS COMUNS: PRECARIZAÇÃO

A vida cotidiana é a totalidade das atividades que caracterizam as reproduções singulares produtoras da possibilidade permanente da construção social.
(Agnès Heller)⁴⁶⁹

A presente pesquisa enquadra-se na definição de “pesquisa teórica”, de cunho qualitativo, normalmente adotada pela Ciência do Direito, com forte ênfase na “análise de conteúdo”, como procedimento metodológico, dado o objeto selecionado:⁴⁷⁰ “a análise de conteúdo tem grande relevo para a compreensão de legislações e suas conexões contextuais, bem como das jurisprudências”.⁴⁷¹ Entretanto, almejando costurar a teoria com entremeios de

⁴⁶⁹ HELLER, Agnès. **O cotidiano e a história**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 20.

⁴⁷⁰ Classificações propostas por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 105.

⁴⁷¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

realidade, optou-se por destinar o presente capítulo para a abordagem de uma experiência emblemática ocorrida, tratada pela mídia e por processos judiciais, como relato e ilustração do tema.

Nos capítulos anteriores, foram abordados o instituto da licitação – contextualizado e pensado como instituto democrático por excelência –; seu procedimento, legalmente regrado; e seus modos de controle, de forma a torná-lo, para além de democrático, efetivador de direitos, da Administração, como tutora do interesse público, e do trabalhador, hipossuficiente em qualquer relação trabalhista, inclusive, nos contratos administrativos, por serem executores da prestação de serviços contratada.

Neste capítulo, buscar-se-á apresentar dados relativos à uma experiência ocorrida em Minas Gerais, dada a repercussão na mídia e no Poder Judiciário. O objetivo da apresentação do recorte da realidade não é julgá-lo, mas vertê-lo em objeto de estudo como forma de ilustração de uma pequena realidade que se repete, cotidianamente, em outras pequenas realidades, da Administração e do trabalhador.

O caso é emblemático, acompanhado, pela autora da pesquisa, desde 2010, e resultou, infelizmente, nos conseqüências clássicas que envolvem terceirização: inadimplência de obrigações trabalhistas pela contratada e debate sobre a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, conforme amplamente discutido no capítulo anterior, por culpa *in vigilando*. Todo o desenrolar do longo e complexo problema que será narrado foi acompanhado por notícias, entrevistas com atores relevantes envolvidos – Ministério Público do Trabalho e a própria tomadora de serviços – e pelo acompanhamento processual das ações civis propostas. A escolha desse caso específico ocorreu, inclusive, por ter sido noticiado grande impacto na rotina dos trabalhadores terceirizados.

A presente pesquisa, que se propunha, na origem, a analisar formas de filtragem de licitantes descumpridores de direitos trabalhistas, teve início simultaneamente à eclosão do problema que será narrado e, por conseguinte, com repercussões na investigação: o objeto de pesquisa – diante da complexidade apresentada pelo caso e seus impactos – foi ampliado, passando a prever, como parte da pergunta e da hipótese, as formas de controle civilizatório passíveis de serem exercidas antes da contratação – na licitação, conforme previsão original –, durante a execução do contrato, em face do dever de fiscalização da Administração, e, finalmente, após encerramento do contrato, dado o debate acerca da responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, inadimplidos pelo contratado, diante da disposição legal do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, que prevê a isenção de responsabilidade, como já visto.

Ao longo do acompanhamento da evolução do caso que será descrito, consequências clássicas e rotineiras, nas demandas postas à Justiça do Trabalho, foram surgindo, envolvendo atores diversos na tentativa de composição do conflito: inadimplemento de direitos celetistas básicos, tentativas de mediação pelo Ministério Público do Trabalho, propositura de ações civis.

O mais interessante, para o caso e para a pesquisa, entremeada à rotina dos processos e tratativas que serão abordadas, foi a mudança, durante a análise, na legislação e na jurisprudência: o Supremo Tribunal Federal decidiu a polêmica acerca do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, na ADC n. 16, em novembro de 2010, e foi editada, em julho de 2011, a Lei n. 12.440/2011, que alterou a Lei de Licitações para incluir, no importante rol do ar. 27, a necessidade de apresentação de documentação comprobatória de regularidade trabalhista na fase de habilitação e para acrescentar o Título VII-A, na CLT, instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. As alterações mencionadas foram de extremo relevo para o enriquecimento do debate científico, doutrinário e jurisprudencial nesta pesquisa e para a construção de possibilidades de solução para o caso.

Os nomes da empresa contratada e da tomadora de serviços serão omitidos, em virtude da tramitação de feitos no Poder Judiciário, em especial, Recurso de Revista. Mas a omissão não gerará prejuízos para o entendimento do ocorrido e de suas implicações ou para exemplificação do problema debatido pela investigação, que é a proposta da utilização do recurso à descrição da realidade. Ao contrário, a omissão confere liberdade de análise ao pesquisador e aos leitores do caso narrado.

4.1 Licitação, Administração Pública e Empresa Prestadora de Serviços: Um Relacionamento Difícil

[...] estar fora do trabalho, no universo do capitalismo vigente, particularmente para a massa de trabalhadores e trabalhadoras (que totalizam mais de dois terços da humanidade) que vivem no chamado Terceiro Mundo, desprovidos completamente de instrumentos verdadeiros de seguridade social, significa uma *desefetivação, des-realização e brutalização* [...].⁴⁷²

Em maio de 2009, foi celebrado contrato administrativo, com vigência de 12 (doze) meses, entre a tomadora de serviços – Administração Pública – e o licitante vencedor, via procedimento licitatório, regulado pela Lei n. 8.666/93, pela Lei n. 10.520/2002 e pelo

⁴⁷² ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 177.

Decreto Estadual n. 44.786/2008, tendo sido utilizada a modalidade pregão eletrônico, em vista da contratação de prestação de serviços comuns,⁴⁷³ conforme conceituação apresentada no capítulo 1.

Tratava-se de contrato, com valor mensal de R\$190.000 (cento e noventa mil reais), cujo objeto era a prestação de serviços de limpeza, higienização e conservação, por m² (metro quadrado), a serem executados nas dependências da tomadora de serviços, com fornecimento, pela empresa contratada, de equipamentos e materiais necessários, conforme disposição contratual.

Em maio de 2010, exatamente um ano após a celebração do mencionado contrato, o sindicato dos empregados da categoria solicitou ao Ministério Público do Trabalho instauração de mediação, em virtude de comunicação feita pela tomadora ao sindicato, relatando a não quitação dos salários de centenas de trabalhadores, referente ao mês de abril de 2010, além do não recebimento, pelos trabalhadores, de aviso prévio, dada a previsão de finalização do contrato administrativo ao final daquele mês.

Logo após, ainda no mês de abril, a empresa contratada também solicitou ao MPT mediação, alegando que o atraso dos pagamentos decorria de problemas na emissão de certidões negativas pela Receita Federal,⁴⁷⁴ o que teria levado à retenção, pela tomadora, do pagamento mensal devido à empresa, acarretando, por conseguinte, a inadimplência das obrigações trabalhistas.

Diante dos fatos, decidiu o Ministério Público do Trabalho fazer convocação da mediação em representação contra a empresa contratada – convertida em Inquérito Civil –, com o intuito de investigar indícios de ilícitos trabalhistas levados ao MPT, considerando ser aquele o 4º (quarto) pedido de mediação envolvendo a empresa em menos de 6 (seis) meses, tendo sido 3 (três) deles motivados pelo não pagamento de verbas rescisórias a trabalhadores, em razão de rescisão de contrato de prestação de serviços entabulados com órgãos públicos. Havia, inclusive, além dos pedidos de mediação formulados à Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, na unidade de Belo Horizonte, requisição feita, em unidade de outro município, no interior do Estado, envolvendo também não quitação de verbas rescisórias de

⁴⁷³ O anexo, mencionado pelo § 1º do art. 3º do Decreto nº 44.786, de 18 de abril de 2008, compila toda a classificação, no âmbito do Estado de Minas Gerais, de bens e serviços comuns, nele incluídos os “Serviços de Limpeza e Conservação”. MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

⁴⁷⁴ De fato, em levantamento de processos, em nome da empresa contratada, realizado junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, embora não seja possível acessar o conteúdo, foi detectado elenco de processos relativos à emissão de certidão negativa referente a débitos tributários.

trabalhadores, com fulcro em contrato firmado com órgão público federal, apresentando a empresa a mesma justificativa aduzida no caso analisado, tendo havido, igualmente, abertura de representação contra a referida.

A despeito da instauração de Inquérito Civil, foi realizada audiência administrativa na PRT, em Belo Horizonte, com a presença de representantes da tomadora, do sindicato da categoria e da empresa contratada, com a proposição de acordo, referendado pelo MPT, almejando possibilitar a quitação dos salários dos trabalhadores, referentes aos meses de abril e maio de 2010 – aos salários não pagos de abril, juntaram-se os referentes ao mês de maio, durante toda essa movimentação. Restou estabelecido que a tomadora depositaria, em conta vinculada, indicada pela empregadora, os valores dos salários devidos aos mais de 120 (cento e vinte) trabalhadores envolvidos pelo contrato,⁴⁷⁵ descontando tais quantias de créditos retidos pela tomadora.

Na mesma audiência, ficou acordado que a empresa apresentaria ao MPT documentos contábeis demonstrativos da alegada dificuldade financeira – que teria ensejado tantos pedidos de mediação – documentos estes que nunca foram apresentados, conforme consta da petição inicial da Ação Civil Pública, que será abordada na seção a seguir. A empresa, nessa oportunidade, apresentou a listagem de tomadores com os quais mantinha vínculo contratual e ficou definido que iria requerer a rescisão amigável dos contratos remanescentes.

Em junho de 2010, após rescisão do contrato de prestação de serviços entre a tomadora do caso narrado e a empresa contratada, foi realizada nova audiência administrativa com as partes e o sindicato. Foi informado que a maioria dos trabalhadores seria incorporada à empresa sucessora, ressalvando-se que a contratada não havia fornecido a mencionada listagem de trabalhadores para possibilitar o repasse dos valores dos salários de maio de 2010 e que estaria pendente a verificação de créditos retidos pela tomadora para atestar se seriam suficientes para a quitação das rescisões contratuais dos trabalhadores dispensados.

Em nova audiência, ainda no mês de junho, restou constatado que os salários do mês de maio haviam sido pagos, mediante repasse da tomadora, conforme acordado, ficando designada nova reunião, nas dependências da tomadora, para análise das rescisões contratuais calculadas pela empregadora e definição do montante de repasse que ainda seria eventualmente devido à empresa contratada.

Na terceira audiência do mês de junho, a empresa comprometeu-se a enviar, naquele dia, arquivo eletrônico, ao banco designado, com os valores líquidos das rescisões que seriam

⁴⁷⁵ Conforme será demonstrado, não foi possível determinar o número exato de trabalhadores contratados e prejudicados.

quitadas, relacionados na planilha apresentada na reunião, e que totalizava um valor aproximado de R\$95.000,00 (noventa e cinco mil reais). Após a remessa do arquivo eletrônico, a tomadora de serviços faria o repasse dos valores ao banco para pagamento dos trabalhadores, a título de rescisão, mediante depósito na conta vinculada.

Ficou ainda designada a data, ao final do mês de junho, para entrega, nas dependências da tomadora, dos termos de rescisão contratual, com a presença da empresa empregadora e do sindicato da categoria, para conferência dos valores e homologação ou eventual ressalva de quantias pendentes. E, finalmente, foi estabelecida data, no início de julho daquele ano, para apresentação, ao MPT, de cópias das rescisões contratuais ou ressalvas eventualmente efetuadas, devendo ainda a tomadora apresentar, no prazo de 05 (cinco) dias após o recolhimento, as guias de FGTS quitadas.

Foi informado ao MPT, entretanto, escoado o prazo definido na audiência anterior, que a empresa teria enviado ao banco arquivo eletrônico diferente daquele acordado, constando nomes de outras pessoas e valores diversos, fato que levou vários trabalhadores à tentativa fracassada de saque de suas verbas rescisórias, surpreendidos pela ausência de depósitos ou valores bem inferiores aos constantes nos Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho – TRCT. O banco, informado pela tomadora da discrepância de nomes e valores, interrompeu o processamento do arquivo eletrônico remetido pela empresa, ficando definido que os valores ainda não sacados pelos trabalhadores ficariam bloqueados até decisão judicial.

Em julho, em virtude do ocorrido, foi designada nova audiência, em caráter de urgência. A empresa não compareceu e não foi possível notificá-la em nenhum endereço constante dos autos das mediações, dos cadastros da Receita Federal ou de buscas virtuais. Os patronos da empresa não compareceram, alegando que haviam sido intimados somente no dia da audiência via fax. A tomadora apresentou o comprovante de depósito, no valor acordado, em favor da empresa contratada, comprovando também os depósitos de FGTS, referentes aos meses de março, abril e maio de 2010. O sindicato estava de posse dos TRCT's confeccionadas pela empresa e alegou não comparecimento da referida, na data designada, como acordado, para homologação das rescisões. Nessa oportunidade, foram apresentados nomes de trabalhadores que poderiam prestar depoimento ao MPT para comprovação do alegado.

Alguns dias depois, em nova audiência, a empresa novamente não compareceu. Seus advogados apresentaram documento de renúncia e o sindicato entregou ao MPT os TRCT's para providências cabíveis, com exceção de apenas um, que teria sido entregue ao trabalhador por exigência dele. Foram ouvidos, na PRT, alguns trabalhadores, que confirmaram o não

recebimento das verbas rescisórias e que, ao contrário do que consta em suas rescisões, não teriam pedido demissão. Alegaram que, por disposição da empresa empregadora, somente os trabalhadores que entregassem carta manuscrita de demissão seriam incorporados pela empresa prestadora de serviços sucessora, contratada pela tomadora. Em seus depoimentos, afirmaram ter a empresa sustentado que não receberiam baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS – enquanto não fosse redigida a referida carta, conforme modelo feito pela própria para ser copiado pelos trabalhadores.

No dia seguinte à audiência, o banco enviou ao MPT o arquivo com a listagem dos beneficiados pelo depósito do tomador. A diferença entre o arquivo apresentando na audiência de junho e o arquivo enviado ao banco era gritante: no primeiro, constavam os nomes de 134 (cento e trinta e quatro) trabalhadores e o valor aproximado de R\$95.000,00 (noventa e cinco mil reais). Na segunda, havia 261 (duzentas e sessenta e uma) pessoas e o valor de quase R\$99.000,00 (noventa e nove mil reais) e boa parte desses novos nomes não constavam da relação antes acordada; e, quando havia coincidência de nomes, não existia correspondência de valores.

No documento original, uma empregada que deveria receber em torno de R\$905,00 (novecentos e cinco reais), no novo documento, apresentado pela empresa ao banco, receberia R\$0,01 (um centavo de real), fato semelhante ocorrido com vários trabalhadores. Em contrapartida, os nomes que não constavam na primeira lista receberiam valores elevados.

A empresa, em petição enviada ao MPT, alegou que todos os nomes apresentados como beneficiários eram empregados e que o motivo da divergência seria uma suposta danificação do arquivo eletrônico enviado ao banco. Entretanto, os nomes dos empregados que receberiam grandes quantias de depósito e que, segundo a empresa, seriam seus empregados, não constam de nenhuma lista apresentada pela própria empresa ao MPT em audiências anteriores. E ainda restou constatado que pelo menos duas das pessoas relacionadas como beneficiárias de altos valores eram próximas do sócio proprietário da empresa.

Diante dos fatos, a maioria dos trabalhadores não havia recebido qualquer valor a título de rescisão ou receberam valores inferiores a R\$1,00 (um real). Além dos trabalhadores constantes do acordo firmado entre tomadora e empresa, outros 19 (dezenove) empregados, que também prestavam serviços à tomadora, não receberam valores rescisórios. Alega a empresa que 10 (dez) trabalhadoras, dentre os 19 (dezenove) empregados mencionados, estavam grávidas e que os demais não teriam feito o pedido de demissão. As grávidas

deveriam, segundo a empresa, ajuizar ações na Justiça do Trabalho para pleitear rescisão indireta do contrato de trabalho.

A trajetória das mediações, realizadas pelo MPT, em casos envolvendo a empresa, construída a partir de entrevistas e levantamentos, realizados no Ministério Público do Trabalho, demonstra, má-fé. Somente na situação narrada, foram 07 (sete) encontros, dentre reuniões e audiências, sem solução para a questão. Em casos similares, mediados pelo Ministério Público do Trabalho, houve inadimplência em relação a saldos de salários e a rescisões em contratos com órgãos do Poder Judiciário, colégio público e universidades federais.

É necessário mencionar que a empresa tem um triste histórico de calote a trabalhadores, especialmente, no tocante às verbas rescisórias. O rol de ações trabalhistas ajuizadas contra a requerida, extraído do *site* do TRT [...] totalizava 410 (quatrocentos e dez) ações em 21/05/2010, para um período de 5 anos. Novo rol extraído do *site* do TRT, em 08/07/2010, [...] demonstra que o montante de ações trabalhistas já está em 528 ações.⁴⁷⁶

Para finalizar o rol de atitudes irregulares, decisões judiciais, proferidas em ações trabalhistas individuais, demonstram, conforme documentação comprobatória anexa à petição inicial da Ação civil Pública, ajuizada contra a empresa, nesse caso narrado, que era a mencionada empresa sucessora de outra com mesmo objeto social – prestação de serviço de limpeza, conservação convencional⁴⁷⁷ –, cuja conduta irregular também produziu centenas de ações trabalhistas.

4.2 Um Olhar sobre a Realidade: o Ministério Público do Trabalho e o Posicionamento do Poder Judiciário

[...] a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem-jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “*ordem jurídica justa*”.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ Informação retirada da petição inicial da Ação Civil Pública, proposta contra a empresa, pelo Ministério Público do Trabalho, no caso narrado.

⁴⁷⁷ Convém mencionar que, segundo consta do contrato social da empresa, seu objeto abarca inúmeras atividades, além da mencionada.

⁴⁷⁸ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

Entremeada às mediações e audiências realizadas, conforme descrito na seção anterior, em julho de 2010, ajuizou o Ministério Público do Trabalho Ação Cautelar Inominada, preparatória de Ação Civil Pública e Coletiva, com pedido de concessão de liminar *inaudita altera pars*, contra a empresa e o sócio proprietário. Os pedidos envolviam a responsabilização solidária dos réus, pelo pagamento dos débitos trabalhistas provenientes da prestação de trabalho, em especial, o pagamento das verbas trabalhistas decorrentes das rescisões de contratos não honradas; bloqueio *online*, por meio do Bacenjud, do saldo total das contas corrente e ativos financeiros, mantidos pelos réus, até o montante estimado pelo *parquet*, para quitação das verbas rescisórias dos trabalhadores que prestaram serviço ao tomador; indisponibilidade de bens imóveis, veículos, máquinas, equipamentos e semoventes, também em nome dos réus; e quebra de sigilo bancário.⁴⁷⁹ Solicitava ainda o Ministério Público do Trabalho expedição de ofício para que tomadora e banco responsável pela efetivação das transações disponibilizassem, em favor do juízo, eventuais créditos em poder de ambos.

Ainda em julho, Ministério Público do Trabalho e o sindicato da categoria propuseram Ação Civil Coletiva, com pedido de concessão de liminar, contra a empresa, o sócio proprietário e contra a Administração Pública, cujos pedidos liminares eram a responsabilização solidária dos primeiros réus pelo pagamento dos débitos trabalhistas, provenientes de prestação de trabalho, nomeadamente, das verbas trabalhistas devidas pelas rescisões de contrato, não honradas, dos trabalhadores que prestaram serviços à tomadora; a determinação, aos primeiros réus, para procederem às anotações de baixa nas CTPS's de todos os empregados, cujos contratos foram objeto de rescisão, conforme TRCT's juntados; e a entrega aos empregados das guias para obtenção do seguro-desemprego e guias para saque do FGTS; o pagamento dos saldos de salário e das verbas rescisórias não controvertidas, conforme acordo estabelecido entre as partes, em audiência administrativa; e multa decorrente de Convenção Coletiva de Trabalho – CCT –, em razão do atraso, no pagamento do salário de abril de 2010, quitado somente em maio de 2010.

Dentre os pedidos definitivos, constavam a requisição de declaração de nulidade dos pedidos de dispensa, considerando terem sido resultado de coação exercida sobre os trabalhadores, para ser declarada, pelo juízo, a dispensa sem justa causa a todos os empregados; do pagamento do saldo de salários e das verbas rescisórias devidas aos trabalhadores, conforme cálculos da petição inicial; da responsabilização subsidiária da 3º ré,

⁴⁷⁹ Para possibilitar a decretação de indisponibilidade, o MPT requereu providências destinadas a oficializar o Cartório de Registro de Imóveis, Departamento de Trânsito e Secretaria da Receita Federal.

a Administração Pública, pela integralidade do pagamento das verbas trabalhistas, diante das rescisões de contrato não honradas; e do pagamento da já mencionada multa.

Em seguida, a tomadora impetrou Mandado de Segurança contra ato do juiz da Vara do Trabalho que, ao julgar reclamação trabalhista de um dos trabalhadores terceirizados, ajuizada contra a empresa, determinou o depósito do valor da condenação, em favor do juízo, pela tomadora, retirado dos créditos retidos que seriam pagos à empresa. Alegava a tomadora ser dinheiro público a ela pertencente, especialmente porque o reclamante não constava na lista de trabalhadores que prestaram serviços à Administração Pública, mas entendeu o magistrado e, *a posteriori*, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao julgar o mencionado Mandado de Segurança, em março de 2011, que o valor não pertencia ao Poder Público, mas à empresa e que, portanto, poderia ser utilizado para pagar o trabalhador, constituindo-se espécie de pré-penhora por bloqueio.

Em agosto de 2010, propôs o Ministério Público do Trabalho Ação Civil Pública, também com pedido de concessão de liminar, contra a empresa e seu sócio proprietário, solicitando distribuição por dependência em relação à Ação Cautelar Inominada, ajuizada no mês anterior – a primeira das três ações movidas pelo *parquet*, no caso analisado –, tendo como pedidos, liminares e definitivos, a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados, na forma do art. 477 CLT,⁴⁸⁰ sob pena de pagamento de multa por rescisão irregularmente realizada, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT –; o pagamento dos salários até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do art. 459, §1º CLT,⁴⁸¹ ressalvada disposição mais benéfica, prevista em acordo individual ou instrumento normativo da categoria, sob pena de pagamento de multa por quitação extemporânea ou por ausência de quitação, reversível também ao Fundo de Amparo ao Trabalhador; e, por fim, que o sócio proprietário informasse ao juízo eventual participação societária, ou de outra ordem, em

⁴⁸⁰ Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. ([Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970](#)).

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

⁴⁸¹ Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido. ([Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989](#))

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

outras empresas ou empreendimentos, de modo a tornar possível a fiscalização do cumprimento das obrigações.

Em setembro de 2010, na audiência inicial da Ação Civil Coletiva, ausentes as reclamadas, ficou determinada a reunião do processo da Ação Civil Coletiva à Ação Cautelar Inominada. As liminares, de ambas as ações, foram revistas e deferidas pelo Juiz da Vara do Trabalho responsável pelos processos.

Conforme levantamento feito, no setor de andamento processual, do Poder Judiciário Trabalhista, em relação a todos os feitos gerados no caso em análise, a Ação Civil Pública foi primeiro sentenciada, em fevereiro de 2011, tendo transitado em julgado, diante da não oposição de recursos pelas partes, em setembro de 2011. Na sentença da referida ação, que requeria a cessação da conduta irregular da empresa e seu sócio proprietário, pela imposição de obrigações de fazer, objetivando evitar prejuízos a novos trabalhadores, o juiz julgou procedentes os pedidos, ausentes os réus durante toda a instrução processual. Foi aplicada, portanto, a revelia, nos termos do artigo 844 da CLT,⁴⁸² presumindo-se verdadeiros os fatos narrados na petição inicial.

Fundamentou o juiz sua decisão no fato de que houve comprovação suficiente nos autos em relação às tentativas realizadas pelo Ministério Público do Trabalho para regularização do pagamento dos salários e verbas rescisórias dos empregados da mencionada empresa, que ora se furtava das obrigações, embaraçando o procedimento, ora tornava-se ausente. Aduziu o magistrado que a alegação de dificuldades financeiras não se configura causa jurídica justificadora do descumprimento de obrigações trabalhistas, nascidas do contrato de trabalho, sob pena de transferência ao empregado do risco da atividade. Finalizou a decisão concluindo que interpretação sistemática do texto constitucional não deixa dúvidas quanto ao direito do empregado de receber seus salários e ter as verbas rescisórias corretamente quitadas, gerando a inadimplência injustificado retrocesso na efetivação de direitos sociais.

Foram a empresa e seu sócio proprietário condenados, portanto, nos autos da Ação Civil Pública, com trânsito em julgado, à rescisão dos contratos de trabalho dos empregados, na forma do art. 477 CLT, sob pena de pagamento de multa por rescisão irregularmente realizada ou não quitada, reversível ao FAT; ao pagamento dos salários até o 5º (quinto) dia

⁴⁸² Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do art. 459, §1ºCLT, ressalvada disposição mais benéfica prevista em acordo individual ou instrumento normativo da categoria, sob pena de pagamento de multa por quitação extemporânea ou por ausência de quitação, reversível também ao FAT; e, à concessão de informações ao juízo, no caso do segundo réu, de eventual participação societária ou de outra ordem em outras empresas ou empreendimentos, de modo a tornar possível a fiscalização do cumprimento das obrigações.

Em junho de 2011, o mesmo magistrado sentenciou nos autos da Ação Civil Coletiva, proposta pelo Ministério Público do Trabalho e pelo sindicato da categoria, reunida à Ação Cautelar Inominada, ajuizada pelo MPT. A empresa, primeira reclamada, e seu sócio, segundo reclamado, não compareceram para apresentação de defesa, aplicando-se-lhes pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato. A Administração Pública apresentou defesa, alegando a não possibilidade de responsabilização subsidiária, à luz do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, por ter realizado procedimento licitatório e ter agido com prudência, requerendo, nesse sentido, a improcedência da ação.

O magistrado, na sentença, tornou definitiva a decisão referente aos pedidos liminares, julgando parcialmente procedentes os pedidos constantes da petição inicial: realização do Bacenjud, para bloqueio, considerando futuro arresto, de quantias financeiras em nome da primeira e do segundo reclamados, até o limite do valor da causa determinado pelo Ministério Público do Trabalho; realização de Renajud,⁴⁸³ com registro de impedimento de transferência de veículos em nome de ambos os réus; expedição de ofícios aos Cartórios de Registro de Imóveis para envio de certidão de bens imóveis de propriedade de ambos; consulta à Receita Federal, por meio do Infojud,⁴⁸⁴ para investigação de outros bens; disponibilização, ao juízo, pela tomadora e pelo banco, envolvido nas transações, dos créditos da empresa, eventualmente em seu poder; anotação, pelos primeiros réus, de baixa nas CTPS's de todos os empregados, cujos contratos foram objeto de rescisão; também pelos réus, entrega das guias do seguro desemprego e das guias para saque do FGTS, no código 01, aos empregados dispensados; o pagamento do saldo de salário e das verbas rescisórias e de multa constante em

⁴⁸³ “O Renajud é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). A ferramenta eletrônica permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), de ordens judiciais de restrições de veículos — inclusive registro de penhora — de pessoas condenadas em ações judiciais”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programas de A a Z:** Renajud. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/renajud>. Acesso em: 12 mai. 2012.

⁴⁸⁴ Resultado de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Receita Federal, o Programa Infojud (Sistema de Informações ao Judiciário) é um serviço oferecido unicamente aos magistrados (e servidores por eles autorizados), que tem como objetivo atender às solicitações feitas pelo Poder Judiciário à Receita Federal. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programas de A a Z:** Infojud. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/pg-infojud>. Acesso em: 12 mai. 2012.

Convenção Coletiva de Trabalho, pelo atraso no pagamento de salário. Por fim, indeferiu magistrado o pedido de publicação de editais para eventuais interessados, conforme solicitação do MPT.

Em relação à responsabilização subsidiária da Administração Pública, pugnada pelos autores, com sustentação na aplicação da Súmula n. 331 do TST, o magistrado considerou o pedido procedente. Em sua fundamentação, alegou que o Poder Público, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, em relação à constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, na ADC n. 16, permanece sendo responsabilizado subsidiariamente por encargos trabalhistas, se demonstrada a negligência na contratação ou na fiscalização do cumprimento das obrigações. Entendeu o juiz, diante do caso concreto, que havia farta prova documental comprobatória da fiscalização precária, exercida pela tomadora, tendo a Administração Pública conhecimento do histórico de inadimplência da empresa e da existência de outros procedimentos fiscalizatórios, relativos a outros órgãos e entidades públicos, instaurados contra a mesma empresa, antes do rompimento contratual.⁴⁸⁵

Em julho de 2011, foram interpostos Embargos de Declaração, por autor e réu: a tomadora de serviços alegou omissão, obscuridade ou contradição quanto à isenção do pagamento de custas, conforme determinação da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; à inadmissibilidade de uma ação coletiva versar sobre FGTS; e à inaplicabilidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93. O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, opôs embargos de declaração aduzindo omissão da sentença em relação à declaração de nulidade dos pedidos de dispensa feitos pelos trabalhadores, considerada a existência de coação, requerendo ainda que houvesse manifestação sobre o pedido de publicidade da ação. Na decisão dos embargos, declarou o magistrado serem procedentes apenas para isentar a tomadora de serviços das custas processuais. Quanto às demais alegações, tanto da tomadora quanto do Ministério Público do Trabalho, foram consideradas improcedentes.

Em outubro de 2011, foi interposto Recurso Ordinário – RO –, sendo ambos recorrentes – Ministério Público do Trabalho e Administração Pública –, tendo sido proferida decisão pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em fevereiro de 2012. A tomadora, em sede de RO, reiterou a ausência de responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas, em virtude da decisão proferida pelo STF, na ADC n. 16, ao declarar a constitucionalidade o §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, alegando, inclusive, não ser caso de responsabilidade subjetiva e que não houve comprovação de culpa. Questionou ainda a forma

⁴⁸⁵ Alegou a tomadora de serviços, entretanto, desconhecimento do histórico narrado.

adotada para o cômputo da atualização monetária e juros em relação à Administração Pública e aduziu ser inadmissível ação coletiva versando sobre FGTS e obrigação previdenciária.

O *parquet*, por sua vez, reiterou os pedidos não acatados pelo magistrado e a necessidade de publicação editalícia, na forma dos arts. 94 e 104 da Lei 8.078/90.⁴⁸⁶ Alegou o MPT ainda nulidade dos pedidos de dispensa por coação, propugnando pela consignação, nas TRCT's, de dispensa sem justa causa, para que fosse possível o pagamento de saldos de salário e de todas as verbas rescisórias decorrentes do rompimento contratual.

O recurso foi conhecido. Em relação à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, o Tribunal Regional do Trabalho, diante da posição assumida pelo STF e da dicção do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/93, fundamentando sua decisão no princípio da segurança jurídica, declarou a absolvição do ente público, provendo o recurso ordinário da tomadora, prejudicado o exame das demais questões suscitadas no apelo.

Entendeu o Tribunal ser irrelevante a *nomem juris* adotada, se ação civil pública ou ação civil coletiva, por tratarem ambas da defesa de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, sendo de extrema importância, contudo, a documentação apresentada de fraude à legislação do trabalho, pela contratação de empregados por intermédio de interposta pessoa, que se encontrava em local não sabido, prejudicando, sobremaneira, uma coletividade de trabalhadores que despenderam energia, forneceram sua mão de obra, para consecução de um trabalho que não foi remunerado. Defendeu o acórdão que toda a sociedade foi prejudicada pela ocorrência de fraude, nos termos do art. 9º da CLT, aos mais essenciais direitos sociais, desde a assinatura da Carteira de Trabalho ao recolhimento do FGTS.

Julgou o TRT procedente o pedido do Ministério Público do Trabalho, por considerar haver elementos endoprocessuais comprobatórios do vício de vontade, reconhecendo, inclusive, lesão a direitos individuais homogêneos: a empresa prejudicou todos os seus empregados, que teriam direitos individuais a reclamar, sendo possível e cabível, portanto, a defesa coletiva, tendo por guarida o fato de ser única origem da lesão – os contratos de prestação de serviços firmados entre a empresa e a Administração Pública. Reconheceu o

⁴⁸⁶ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

tribunal, portanto, omissão da sentença nesse quesito, conforme fundamentado pelo Ministério Público do Trabalho, nos Embargos de Declaração. Quanto ao pedido de expedição de publicação editalícia para que eventuais interessados pudessem agregar-se à ação, manteve o TRT a sentença, indeferindo por entender inócuo, diante do caso analisado.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, portanto, deu provimento ao pedido da Administração Pública de absolvição pela responsabilidade subsidiária, reconhecida pela sentença, relativa aos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa, e, igualmente, deu provimento ao pedido do *parquet* para declarar a nulidade dos pedidos de dispensa, determinando que os TRCT's consignassem dispensa sem justa causa para pagamento à exação de todas as verbas rescisórias e saldos salariais devidos aos trabalhadores.

A decisão ensejou a proposição, pelo Ministério Público do Trabalho, de Recurso de Revista, que se encontra em fase de análise de admissibilidade. Até a finalização da presente pesquisa, não será possível acompanhar o julgamento do recurso, para análise do desfecho do caso abordado.

Em levantamento feito em outros órgãos do Poder Judiciário, em relação à Justiça Estadual, não houve desdobramentos do caso. Na Justiça Federal, como já mencionado, há tramitação de feito relacionado à expedição de certidão negativa de débito tributário.

4.3 Desafios da Experiência: Delineamentos Possíveis

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.
(Sérgio Pinto Martins)⁴⁸⁷

O tema terceirização é, por si só, de extrema complexidade, dadas as nuances de cada caso, a ausência de definições legais precisas em torno da questão e das graves implicações que transporta para os meandros do Direito do Trabalho. Quando infiltrada no bojo de atividades administrativas, mesclando direitos trabalhistas às peculiaridades do regime jurídico administrativo, marcado, essencialmente, por prerrogativas e limitações da Administração Pública, diante da tutela do interesse público, a terceirização ganha contornos ainda mais imbricados.

⁴⁸⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Órgãos e entidades públicos têm, conforme já aduzido em capítulos anteriores, e excepcionadas raras situações, o dever constitucionalmente disciplinado de licitar. Diante da imposição constitucional, o procedimento licitatório sofre regramento por leis ordinárias – Lei n. 8.666/93 e Lei n. 10.520/2002 –, que necessita ser rigorosamente implementado, sob pena de nulidade do procedimento. Diante da construção legislativa, das conformações da doutrina e construções jurisprudenciais, o tema responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas não adimplidos pelo contratado revela-se extremamente polêmico.

Como já analisado, a dicção do §2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 define a responsabilização solidária da Administração pelos encargos previdenciários não adimplidos pelo contratado, resultantes da execução do contrato, deixando clara, entretanto, o §1º do mesmo artigo, a isenção de responsabilidade no caso de créditos trabalhistas, fazendo diferenciação injustificada o legislador de 1993.

Entretanto, desde a edição da Súmula n. 331, vinha a Justiça do Trabalho condenando a Administração ao pagamento de encargos trabalhistas quando da inadimplência da empresa contratada, até a decisão do STF, em novembro de 2010, que declarou a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei de Licitações, o que tem levado o Poder Judiciário Trabalhista a analisar, diante do caso concreto, a culpa do ente público na fiscalização da execução do contrato, aplicando a modalidade de responsabilização subjetiva.

O tema, portanto, diante de tantas nuances e peculiaridades, é polêmico. A terceirização, dado o contexto pós-moderno e a estruturação do sistema produtivo capitalista, conforme análise no capítulo seguinte, é irreversível, presente, inclusive, no seio da Administração Pública. E os contornos, estabelecidos ao esforço de responsabilização do ente público, são fundamentais para as conformações da seara justralhista às implicações da práxis.

Os efeitos apresentados pelo recorte de realidade proposto, com a narrativa do caso selecionado, não são exceção, mas rotina, individualizada em inúmeras reclamações trabalhistas espalhadas por diversas varas do trabalho: a empresa contratada, após realização do procedimento licitatório, celebra contrato e, durante a execução, torna-se inadimplente e se oculta, deixando inúmeros trabalhadores sem as garantias mínimas constitucionalmente asseguradas.

O Judiciário trabalhista passou a conviver com a cruel situação de ver as empresas prestadoras de serviços, principalmente as ligadas à limpeza e conservação, cerrarem suas portas assim que se encerrava o contrato com a tomadora de serviços, e

deixarem a mão-de-obra utilizada na consecução destes trabalhos ao total desamparo sem a satisfação dos direitos trabalhistas.⁴⁸⁸

4.3.1 *Alternativas de Controle Diante do Caso Concreto*

Após apresentação das nuances do caso concreto, é possível vislumbrar algumas possibilidades de controle, para proteção de direitos do trabalhador terceirizado e do patrimônio público. Como demonstrado no capítulo 2, diante da decisão do STF, na ADC n. 16, cujas ponderações foram absorvidas pela Súmula n. 331 do TST, em seu item V, muitos autores do ramo administrativista apregoam a necessidade de adoção de medidas assecuratórias, pela Administração Pública, para preservação do patrimônio público – mais que proteção ao erário, a presente pesquisa propõe proteção ao trabalhador e à coletividade. Como determina o próprio Tribunal de Contas da União:

Primeiramente, é necessário esclarecer que pelo art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, inexistente responsabilidade da Administração por encargos e dívidas pessoais do contratado. Entretanto, na prática, ou seja, na resolução dos casos concretos, a Justiça do Trabalho tem proferido decisões contrárias à Administração Pública, responsabilizando-a subsidiariamente, com fundamento no inciso IV da Súmula nº 331 do TST, in verbis... **Existem várias formas possíveis de proteger a Administração Pública em face de eventual responsabilidade subsidiária**, como exemplo: a) confecção de edital prevendo que – além da contratada recolher todos os encargos trabalhistas devidos aos empregados – comprove, mediante solicitação, os recolhimentos devidos, sob pena de poder ter seus pagamentos futuros bloqueados até a regularização de possíveis falhas; b) realização de fiscalização detalhada, no tocante aos encargos trabalhistas mais relevantes; c) acompanhamento aos dissídios coletivos; entre outras. Inclusive o TCU recomenda algumas dessas práticas (grifo nosso).⁴⁸⁹

Sugere Maria Sylvia Zanella Di Pietro a inserção, no instrumento convocatório e no contrato administrativo, de cláusula que ressalte, com clareza, à empresa contratada, o disposto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, e a possibilidade de aplicação de penalidades por seu descumprimento, sem prejuízo da rescisão contratual, conforme previsão do art. 78, I e II da Lei de Licitações, transcrito no capítulo 2, com o intuito de incutir, na empresa contratada, desde a licitação, a imprescindibilidade da adoção de soluções preventivas, no

⁴⁸⁸ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011, p.51.

⁴⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2090/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 dez. 2005.

sentido de manter o saneamento de suas obrigações trabalhistas,⁴⁹⁰ objeto de análise desta investigação.

Ao se verificar o termo de contrato celebrado entre a tomadora de serviços do caso narrado e a empresa contratada, vê-se que as medidas sugeridas foram adotadas pela Administração Pública,⁴⁹¹ não tendo sido suficientes para evitar o desencadeamento de prejuízos aos trabalhadores e ao próprio Poder Público, envolvido em mediações do Ministério Público do Trabalho, ações judiciais e, apesar de absolvido em 2ª instância, condenado à responsabilidade subsidiária em 1ª instância, com possibilidade de nova condenação pelo Tribunal Superior do Trabalho, a depender do conteúdo do Recurso de Revista, ainda em processamento.

Flávio Amaral Garcia propõe alternativas fiscalizatórias, como o impedimento de participação em novas licitações,⁴⁹² embora haja previsão legal para aplicação da medida. Inclusive, no curso de tantas mediações envolvendo a referida empresa, houve, em virtude de conduta irregular, durante execução de contrato celebrado com outro órgão público, declaração de impedimento da empresa para participação em novas licitações, com publicação no Diário Oficial. As empresas prestadoras de serviços que, reiteradamente, não quitam encargos trabalhistas, necessitam ser penalizadas com a não participação em novos procedimentos licitatórios, conforme previsão do art. 88, III da Lei n. 8.666/93. Após a realização do devido processo administrativo, garantido o contraditório, ampla defesa e proporcionalidade, deve ser aplicada suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratação com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos ou, com fulcro no inciso IV do artigo supramencionado, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público.

Outra medida sugerida pelo autor é a aplicação da “Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica”, de modo que as penalidades, impostas pela Lei de Licitações, possam incidir também sobre o sócio da empresa contratada,⁴⁹³ buscando-se evitar que as mesmas pessoas físicas iniciem nova atividade com outra razão social e não sejam penalizadas, prejudicando novos trabalhadores terceirizados e a própria Administração Pública, que não

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁹¹ Previa o contrato: “o pessoal a ser empregado na prestação de serviço não terá qualquer vínculo empregatício com a contratante, sendo de responsabilidade da contratada o pagamento de todos os tributos e cargos trabalhistas e previdenciários decorrentes das relações de trabalho, bem como o cumprimento das convenções, acordos ou dissídios coletivos da categoria e de todos os dispositivos legais pertinentes”.

⁴⁹² GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁹³ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

recebe a prestação do serviço, interrompido pela inadimplência, e ainda sofre condenação subsidiária em relação aos encargos trabalhistas, responsabilidade que, nesses casos, deixa de ser meramente subsidiária pelo desaparecimento da empresa contratada, como no caso narrado. A aplicação da mencionada teoria na seara licitatória – comum no ramo do Direito Empresarial – é bastante meritória, caso implique controle e restrição da atuação de sócios envolvidos em inadimplementos trabalhistas em outros empreendimentos.

Há autores que sugerem, como Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, de outro lado, a condenação, para além da Administração, também do agente/administrador público “responsável” pela ausência ou falha na fiscalização, transferindo à sua esfera patrimonial a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, aplicada ao Poder Público, como forma de ressarcimento ao erário.⁴⁹⁴ Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional – conceitua improbidade administrativa, em seus arts. 9º, 10 e 11.⁴⁹⁵

São atos de improbidade administrativa⁴⁹⁶ aqueles que importem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário e/ou atentem contra os princípios da administração pública,

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 29-34./2011.

⁴⁹⁵ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente [...];

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente [...];

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...]. BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁴⁹⁶ A lei define a abrangência dos atos de improbidade: “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”. BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

podendo a conduta do agente público,⁴⁹⁷ que contribua para a ausência ou falha de fiscalização na execução do contrato administrativo, enquadrar-se em um ou mais das três definições dadas, configurando, portanto, improbidade administrativa e a consequente responsabilização do agente, conforme apuração em procedimento cabível, e atuação do Ministério Público Estadual ou Federal, conforme o caso.

Entretanto, a transferência ao administrador público da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas inadimplidos torna-se medida temerária na medida em que, além de ser complexa a tarefa de definir a carga de responsabilidade de cada agente envolvido, a existência de previsão de responsabilização do causador de dano ao erário, na Lei de Improbidade Administrativa, pode ensejar *bis in idem*, ou seja, dupla condenação do agente considerado responsável pela má fiscalização.

Alternativa também suscitada por Flávio Amaral Garcia seria a realização de um seguro para garantia de eventual responsabilização da Administração Pública por encargos trabalhistas.⁴⁹⁸ A Lei de Licitações já prevê, em seu art. 6º, VII, a possibilidade de adoção, pela Administração Pública, de Seguro-garantia,⁴⁹⁹ como forma de certificação do cumprimento das obrigações assumidas pela empresa contratada.

A tomadora de serviços, no caso narrado, inclusive, optou pela exigência de garantia, com expressa previsão contratual, no valor de 5% (cinco por cento) do preço global máximo estimado pelo contrato, como determina a Lei n. 8.666/93, autorizando a contratada a optar por qualquer das modalidades previstas no art. 56, §1º da Lei de Licitações, com devolução prevista após a execução do contrato, o que não ocorreu em virtude da inadimplência da empresa, detectada no bojo da relação contratual.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, **poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.**

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

⁴⁹⁷ Lembrando que o art. 2º da Lei n. 8.429/92 determina o conceito de agente público para os efeitos da lei: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁴⁹⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁹⁹ VI - Seguro-Garantia - o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos;

I - **caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública**, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; ([Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004](#))

II - **seguro-garantia**; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

III - **fiança bancária**. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94](#))

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a **cinco por cento do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))⁵⁰⁰

Nessa linha, a tomadora de serviços esboçou ainda em “subcláusula contratual” o conceito de “execução integral do contrato”, para fins de liberação da garantia prestada, definindo-a como o pagamento de todos os tributos incidentes e das parcelas trabalhistas devidas aos empregados da contratada, incumbidos de prestar os serviços, objetos da avença, inclusive com a apresentação de prova de dispensa e de pagamento das verbas rescisórias (mediante Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, homologado pelo sindicato da categoria e recibo firmado pelo empregado), ou de permanência dos empregados na empresa contratada – documento assinado por ela e por seus empregados, sob as penas da lei, atestando essa condição.

O seguro proposto pelo autor, entretanto, não é aquele mencionado pela Lei de Licitações. É específico, referindo-se apenas às obrigações trabalhistas. Em entrevista realizada com o procurador da tomadora, concluiu-se que seria muito bem vinda a adoção do mencionado seguro, resguardando a Administração Pública, em casos de eventuais inadimplementos e, especialmente, os trabalhadores terceirizados, que receberiam todas as verbas devidas. A medida apresenta, contudo, dois problemas: geraria aumento dos preços ofertados pelos licitantes e, portanto, diminuição da competitividade, alijando do procedimento licitatório empresas pequenas; e, principalmente, não há ainda no mercado empresa seguradora que forneça o serviço requisitado.

Diante das ponderações feitas quanto às medidas de controle sugeridas pelos autores administrativistas, restam ainda algumas alternativas eficientes, se costuradas à fiscalização cuidadosa e incorporação da Certidão Negativa de Débito Trabalhista na rotina dos contratos administrativos. A primeira delas e que foi, inclusive, muito utilizada no caso narrado pela tomadora, resguardando parte de valores revertidos, *a posteriori*, aos trabalhadores prejudicados, é a previsão de cláusula de retenção.

⁵⁰⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

Todos os contratos administrativos devem prever, no caso de inadimplemento, cláusula que permita ao tomador de serviços, reter a remuneração do contratado, com o intuito de resguardar o patrimônio público, em caso de eventual condenação subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas inadimplidos. A Administração Pública, como já descrito na seção anterior, reteve, assim que detectada a inadimplência, os valores devidos à empresa contratada, pagando os salários vencidos diretamente aos trabalhadores, com a interveniência do sindicato da categoria e mediação do Ministério Público do Trabalho. A retenção, no caso concreto analisado, desempenhou papel de grande relevo como medida assecuratória do patrimônio público e dos direitos trabalhistas envolvidos na dinâmica contratual.

Medida igualmente relevante, e também adotada pela tomadora no caso analisado, conforme dados retirados de entrevistas e documentos colhidos, durante a realização da pesquisa, foi a exigência de prestação de contas periódica. Faz-se necessário que todo e qualquer ato convocatório e contrato administrativo estabeleça cláusulas que prevejam a obrigatoriedade de prestação de contas periódicas relacionadas às obrigações trabalhistas – objeto da presente investigação.

O contrato administrativo em tela previa, como faculdade da Administração Pública, a exigência de comprovação do cumprimento das obrigações de natureza fiscal, trabalhista e previdenciária e, inclusive, a realização de seguro contra acidente de trabalho – em relação aos trabalhadores designados para realização dos serviços contratados – como condição para pagamento de notas fiscais. Em relação às obrigações trabalhistas, a apresentação renovada da CNDT, durante a execução e fiscalização do contrato administrativo, como propõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁵⁰¹ teria sido de grande valia para o resguardo da Administração e do interesse dos trabalhadores terceirizados, aplicando-se as penalidades pertinentes em caso de descumprimento.

A exigência de atualização da Certidão Negativa de Débito Trabalhista, a cada 180 (cento e oitenta) dias, como forma de controle de quitação de eventuais débitos trabalhistas, conceituados, como visto, pela CLT, é a grande saída da Administração para controle efetivo de cumprimento de obrigações de natureza trabalhista. Entretanto, conforme será analisado, na seção seguinte, a Certidão Negativa de Débito Trabalhista, importante criação do legislador brasileiro, somente foi instituída em 2011, coincidindo com as decisões finais das

⁵⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Ações Cíveis propostas pelo Ministério Público do Trabalho contra a empresa contratada e, em uma delas, contra a Administração Pública.

No entendimento de Lucas Rocha Furtado, portanto, deve o Poder Público exigir do contratado – conforme previsão expressa no instrumento convocatório da licitação e no contrato administrativo firmado – a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas firmadas para pagamento das faturas,⁵⁰² conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

2. Trata-se de Representação sobre ação trabalhista movida por ex-empregada da empresa A. M. Administração, Comércio e Representação Ltda., contratada mediante licitação pública para prestação de serviços de limpeza no Banco do Brasil S/A, agência de Criciúma/SC.

3. Na referida ação trabalhista, a empresa foi condenada pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas para com sua ex-empregada, Sra. Alessandra da Silva Idalêncio, sendo o Banco do Brasil condenado subsidiariamente, inclusive quanto às de caráter indenizatório.

[...]

5. O Exmo. Juiz do Trabalho, ao proferir a sentença, entendeu ser plenamente aplicável ao Banco do Brasil a regra inserta no Enunciado de Jurisprudência nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, transcrita a seguir:

[...]

6. Assim, embora o Banco do Brasil não seja o titular das obrigações trabalhistas em relação aos empregados terceirizados que lá prestam serviços, deve se preocupar com os problemas e mazelas enfrentados pela classe obreira, e tal postura deve ser conduzida em respeito aos entendimentos externados pela Justiça do Trabalho, a qual impõe à Administração Pública, direta e indireta, o ônus da responsabilidade subsidiária (Enunciado 331 do TST).

7. Tal responsabilidade advirá da falta de fiscalização da empresa contratada quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Cabe, portanto, determinação ao Banco do Brasil para que fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas, diretas e indiretas, decorrentes de obrigações trabalhistas, relativas a seus empregados que exercem as atividades terceirizadas, e adote as providências necessárias à correção de eventuais falhas verificadas, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade, nos termos do Enunciado/TST nº 331 (grifo nosso).⁵⁰³

A decisão do Tribunal de Contas da União colacionada é emblemática: afirma o TCU que, embora não seja o Banco do Brasil, sociedade de economia mista e, portanto, pessoa jurídica de direito privado, pertencente à Administração Pública indireta, titular das obrigações trabalhistas, relativas aos empregados terceirizados que lá prestavam serviços,

⁵⁰² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁵⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.844/2006, Primeira Câmara. **Rel: Min.** Valmir Campelo. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2006.

deve preocupar-se com “os problemas e mazelas enfrentados pela classe obreira, e tal postura deve ser conduzida em respeito aos entendimentos externados pela Justiça do Trabalho”.⁵⁰⁴

A despeito de ser a decisão do TCU anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 16, realçou o Tribunal a possibilidade de imposição à Administração Pública, direta e indireta, pelo TST, do ônus da responsabilidade subsidiária, por meio da Súmula n. 331 o que, embora não seja mais aplicado pela via da responsabilização objetiva, pode ocorrer, diante da detecção, no caso concreto, de culpa *in vigilando*, pela via da responsabilidade subjetiva, conforme amplamente debatido no capítulo anterior. Como ressalta o próprio TCU, cabe determinação ao Banco do Brasil para que fiscalize a execução dos contratos de prestação de serviços, “em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada arcar com todas as despesas, diretas e indiretas, decorrentes de obrigações trabalhistas, relativas a seus empregados”⁵⁰⁵ terceirizados, devendo adotar providências necessárias à correção de eventuais falhas.

A apresentação de certidão de regularidade trabalhista e fiscal e “outros documentos comprobatórios da quitação mensal das verbas trabalhistas, na terceirização, durante a execução do contrato, previne lesões e responsabilidades”.⁵⁰⁶ Hélder Santos Amorim, inclusive, ao criticar a tese jurisprudencial de responsabilidade reparatória prevista na Súmula 331, IV do TST, na redação anterior à decisão do STF, fundada no dever de indenizar, cita como exemplo de abstenção do Estado o descuido no procedimento de licitação na escolha dos licitantes – e, acrescente-se, na má fiscalização da execução do contrato firmado –, ferindo a imposição constitucional de conduta inibitória por parte da Administração a práticas violadoras da efetividade de direitos fundamentais.⁵⁰⁷

Como já abordado, a licitação é, per si, um “campo”, em sentido bourdieusiano, arregimentando espaços estruturados de posicionamentos de atores e interesses.⁵⁰⁸ O entremeio de relações subjacentes ao embate e aos fluxos comunicacionais,⁵⁰⁹ em busca de acumulação de capital específico, implica manutenção ou reprovabilidade de determinado *status quo*. Esse foi o significado da decisão proferida pelo STF, na ADC n. 16, e esse é o olhar da

⁵⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.844/2006, Primeira Câmara. **Rel: Min. Valmir Campelo. Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2006.

⁵⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.844/2006, Primeira Câmara. **Rel: Min. Valmir Campelo. Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2006.

⁵⁰⁶ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011, p. 41.

⁵⁰⁷ AMORIM, Hélder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: à luz da nova hermenêutica constitucional**, 2009.

⁵⁰⁸ BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 89.

⁵⁰⁹ “Fluxo comunicacional” em sentido habermasiano. HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

pesquisa sobre os embates em torno das Súmulas n. 256 e 331, bem como do posicionamento da doutrina jurtrabalhista e administrativista: as disputas e confluências redesenham o “campo”, conforme a robustez do argumento e do interesse posto.

4.3.2 Certidão Negativa de Débito Trabalhista e Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública: Impactos para o Caso Analisado

O contrato administrativo celebrado entre a tomadora de serviços e a empresa contratada, no caso narrado, estava bem estruturado e apresentava as denominadas cláusulas obrigatórias. Adotou como parâmetro o edital, por determinação, inclusive, do art. 40, §2º, III da Lei n. 8.666/93,⁵¹⁰ inserindo como cláusulas todas aquelas dispostas no art. 55 da referida lei:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

⁵¹⁰ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (grifo nosso).⁵¹¹

No entendimento de Lucas Rocha Furtado, o contrato administrativo é um contrato de adesão e, por conseguinte, “todo o seu conteúdo – exceto, é evidente, o preço, que somente será definido quando for escolhida a proposta ao final da licitação – será definido unilateralmente pela própria Administração”,⁵¹² devendo ser o contrato, nesse sentido, divulgado juntamente com o edital.

Por essa razão e, ainda, premida pela necessidade de resguardo do patrimônio público, diante da possibilidade de condenação pela responsabilidade subsidiária, e de tutela de direitos trabalhistas, constitucionalmente assegurados, a Administração Pública tem o dever de primar pela confecção de um contrato administrativo sem brechas e pela realização de um procedimento licitatório seguro.

Nessa linha, restou constado, pela documentação levantada, entrevistas realizadas e toda a pesquisa desenvolvida, que o nó górdio do caso narrado foi justamente a inexistência, à época, de requisito de averiguação da regularidade trabalhista, ainda na habilitação, e, portanto, no procedimento, para a escolha do licitante mais apto a executar o objeto do contrato. Embora o contrato administrativo celebrado tenha sido minuciosamente redigido, conforme determinações legais, a empresa, selecionada no bojo do procedimento, já se encontrava carregada de problemas que viriam a se manifestar durante a execução contratual, mazelas não detectadas na licitação por ausência de requisito averiguador da regularidade trabalhista.

Em Minas Gerais, nos termos do Decreto n. 44.786/98,⁵¹³ que regulamenta a modalidade de licitação pregão, no âmbito do Estado – utilizada no caso narrado –, há o

⁵¹¹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁵¹² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 442.

⁵¹³ Art. 4º [...]

IV - Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública do Estado de Minas Gerais - CAFIMP, gerenciado pela Auditoria Geral do Estado;

V - Cadastro Geral de Fornecedores - CAGEF, emitido pela administração direta e indireta do Estado, gerenciado pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG, que poderá substituir os documentos de habilitação exigidos no edital, conforme o caso, constituindo um dos módulos do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços – SIAD. MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública do Estado de Minas Gerais – Cafimp –, gerido pela Controladoria-Geral do Estado, nos termos do art. 44 do Decreto n. 45.902, de 27 de janeiro de 2012,⁵¹⁴ e o Cadastro Geral de Fornecedores – Cagef –, emitido pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão.⁵¹⁵

O Cafimp, de interesse para o caso narrado, é o instrumento, instituído pela Lei Estadual n. 13.994, de 18 de setembro de 2001, utilizado pelo Estado de Minas Gerais, para impedir que fornecedores inidôneos possam licitar e contratar com os seus órgãos e entidades, “moralizando os procedimentos de aquisição de bens e serviços pela administração e evitando prejuízos decorrentes de contratações danosas ou frustradas”,⁵¹⁶ sendo obrigatória a consulta prévia ao instrumento para realização de pagamentos, celebração de convênios, ajustes, acordos, contratos e aditamentos, que envolvam dispêndio de recursos públicos, e, igualmente, para habilitação em procedimento licitatório.⁵¹⁷

⁵¹⁴ Art. 44. O Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CAFIMP – é único, na forma do art. 1º da Lei nº 13.994, de 2001, e gerido pela Controladoria-Geral do Estado – CGE, responsável pela inclusão e retirada de fornecedores, com apoio técnico da SEPLAG, por intermédio da SCRLP, ficando os inscritos impedidos de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual.

Parágrafo único. A CGE é o Órgão de Controle Interno do Poder Executivo, nos termos do art. 36, da Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011. MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

⁵¹⁵ Fornecedor, nos termos do art.2º, III do Decreto n. 45.902, de 27 de janeiro de 2010, que dispõe sobre o Cagef e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cafimp. é “pessoa natural ou jurídica que tenha interesse em contratar com a Administração Pública Estadual, ou que mantenha ou tenha mantido relação de fornecimento de bens ou prestação de serviços com a Administração Pública Estadual” MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

⁵¹⁶ CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Consulta ao cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a administração pública estadual (cafimp)**. 2012. Disponível em: <http://controladoriageral.mg.gov.br/servicos/consulta-ao-cafimp>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁵¹⁷ Art. 52. É obrigatória a consulta prévia ao CAFIMP para:

I - realização de pagamentos;

II - celebração de convênios, acordos, ajustes, contratos e respectivos aditamentos, que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos;

III - habilitação em processo licitatório. MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

É um importante meio, criado no Estado, para controle de contratações realizadas com pessoas físicas ou jurídicas inadimplentes. Embora não seja voltado, especificamente, para a regularidade trabalhista, objeto da pesquisa, merece menção o papel de relevo desempenhado pelo Cafimp na salvaguarda do interesse público. O art. 45, do Decreto n. 45.902/2012 ressalta as situações passíveis de inscrição no Cafimp:

Art. 45. Será inscrito no CAFIMP, após processo administrativo conclusivo pela aplicação da sanção, o fornecedor que:

I - não cumprir ou cumprir parcialmente **obrigação decorrente de contrato firmado com a Administração Pública Estadual;**

II - tenha **praticado ato ilícito visando frustrar os objetivos de licitação** no âmbito da Administração Pública Estadual;

III - tenha **sofrido condenação definitiva por praticar, por meio doloso, fraude fiscal** no recolhimento de qualquer tributo;

IV - demonstrar **não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública em virtude de ato ilícito** praticado;

V - esteja cumprindo penalidade prevista nos incisos III ou IV do art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, na vigência deste Decreto (grifo nosso).⁵¹⁸

E dispõe o art. 46, do mesmo decreto, a respeito das situações caracterizadoras de descumprimento total ou parcial de obrigação contratual:

Art. 46. São consideradas situações caracterizadoras de descumprimento total ou parcial de obrigação contratual, dentre outras:

I - **não atendimento às especificações técnicas** relativas a bens, serviços ou obra prevista em contrato ou instrumento equivalente;

II - **retardamento imotivado de fornecimento** de bens, da execução de obra, de serviço, ou de suas parcelas;

III - **paralisação de obra, de serviço ou de fornecimento de bens, sem justa causa e prévia comunicação** à Administração Pública Estadual;

IV - entrega de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso, como se verdadeira ou perfeita fosse;

V - alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

VI - **prestação de serviço de baixa qualidade;**

VII - não assinatura de contrato decorrente de Ata de Registro de Preços nos prazos estabelecidos em edital, frustrando ou retardando o fornecimento.⁵¹⁹

⁵¹⁸ MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

⁵¹⁹ MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

O inadimplemento de obrigações trabalhistas não aparece como situação específica ensejadora de inscrição no Cafimp, mas pode caracterizar, conforme o caso, uma das hipóteses do art. 45. Para além, o Decreto n. 45.902/2012 embutiu a regularidade trabalhista no Cagef que, embora não atue como filtro detector de fornecedores inidôneos, como o Cafimp e, portanto, não tenha tanto relevo para análise dos desdobramentos do caso narrado, é importante ferramenta utilizada com o intuito de efetivar o credenciamento de fornecedores nas Cotações Eletrônicas de Preços e Pregões, realizados pelos órgãos e entidades da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. O fornecedor pode, inclusive, utilizar o cadastramento para substituir os documentos exigidos na fase de habilitação, em procedimentos licitatórios, assim como das dispensas e inexigibilidade de licitação.

Como o decreto regulamentador é de 2012, já incorporou as alterações sofridas pela Lei n. 8.666/93, abrangendo o Cagef, portanto, os seguintes níveis: nível I – credenciamento de representante; nível II – habilitação jurídica; nível III – regularidade fiscal básica; nível IV – regularidade fiscal complementar e trabalhista; e nível V – qualificação econômico-financeira.⁵²⁰ A incorporação da regularidade trabalhista ao cadastro, mediante apresentação de documentação, nos termos do art. 14 do Decreto n. 45.902/2012, comprobatória da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, pela via da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, representou importante avanço no controle dos procedimentos licitatórios no Estado, a partir de 2012.

No caso em tela, a empresa contratada, à época da realização do procedimento licitatório, em 2009, pela a tomadora de serviços, não constava no rol de fornecedores inidôneos para contratação com órgãos e entidades do Estado, passando a figurar, no Cafimp, somente ao final de 2010, estando suspenso seu direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual, temporariamente, até o final de 2012.⁵²¹ Diante do fato, a

⁵²⁰ MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

⁵²¹ Art. 50. O CAFIMP conterá as seguintes informações:
I - nome ou nome empresarial e número de inscrição no CNPJ ou no CPF, do fornecedor que incorrer em algumas das hipóteses do art. 46;
II - número do contrato e a descrição da inadimplência contratual;
III - sanção aplicada, com os respectivos prazos de impedimento;
IV- eventuais penas cumulativas;
V - órgão ou entidade e autoridade que aplicou a sanção;

empresa venceu o procedimento licitatório, realizado em 2009, causando os desdobramentos narrados neste capítulo, o que realça a relevância da comprovação de regularidade trabalhista, na fase de habilitação da licitação, hoje resguardada pela Lei n. 8.666/93 e pelos Decretos estaduais.

A detecção de passivo pré-licitatório, especialmente, trabalhista, é forte indício de inaptidão para a execução de um contrato de prestação de serviços, que envolve mão de obra, ampliando o risco para o Poder Público contratante mediante possibilidade de futura inadimplência de direitos dos trabalhadores terceirizados. A assunção de compromisso com um licitante descumpridor contumaz de direitos trabalhistas, tendo ciência do fato, a contratante, configura modalidade de culpa *in eligendo*, dada a negligência/imprudência/imperícia subsumidas à contratação.

A existência do Cafimp, portanto, embora necessária e de extremo relevo, não supre a necessidade de existência de requisito de constatação da regularidade trabalhista, na fase de habilitação do procedimento licitatório, e, por acréscimo, do seu instrumento de aferição, a Certidão Negativa de Débito Trabalhista. A exigência de apresentação da CNDT, no procedimento licitatório analisado, teria evitado todo o emaranhado gerado, em virtude da existência prévia, conforme se depreende da documentação levantada, de débitos trabalhistas, inclusive, com outros órgãos e entidades públicos, não filtrados pelo Cafimp.

A previsão do mencionado requisito, no art. 27 da Lei de Licitações, como já aludido, não anula as possibilidades de realização de contratos administrativos fraudados por licitantes de má-fé ou de escolhas equivocadas ao final do procedimento, mesmo com a adoção de todo o regramento, previsto na Lei n. 8.666/93 e na Lei n. 10.520/2002, mas reduz a probabilidade, como teria ocorrido no caso narrado, por conclusão, inclusive, do próprio procurador da tomadora de serviços: reduz-se o risco contratual e preserva-se o interesse público.

VI - data da publicação do despacho.

Art. 51. A inscrição do fornecedor no CAFIMP implicará, no âmbito da Administração Pública Estadual, em:

I - rescisão imediata do contrato que gerou o impedimento;

II - inabilitação ou desclassificação do fornecedor em processo licitatório em curso;

III - proibição do fornecedor para participar de processos licitatórios;

IV - proibição para firmar novos contratos com a Administração Pública Estadual; e

V - rescisão dos demais contratos vigentes, no âmbito da Administração Pública Estadual, no prazo de até noventa dias, a contar da inscrição no CAFIMP. MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

Nessa linha, o caso apresentado corrobora a tese apresentada no capítulo 2, relativa à necessidade de se exigir, também no pregão, a CNDT, considerando ter sido essa a modalidade adotada, conforme descrição, no início deste capítulo. O pregão é a modalidade hoje mais utilizada para contratação de serviços comuns, dada a celeridade e simplificação do procedimento, e adotar-se a concepção de que a Certidão Negativa de Débito Trabalhista, devido à ausência de previsão específica na Lei n. 10.520/2002, não pode ser exigida nessa modalidade de licitação, significa abster-se de tutelar o próprio interesse público, em virtude da segurança jurídica fornecida, pela certidão, à própria Administração Pública.

De mais a mais, à luz de uma interpretação teleológica da legislação e do objetivo primordial do legislador, ao promover a alteração da Lei de Licitações, considerando os valores constitucionalmente tutelados que procurou preservar, a não adoção da CNDT, na modalidade pregão, desprotege o trabalhador terceirizado e a própria Administração Pública.

Na quadra atual da humanidade, em que desponta a luta pelo cumprimento e pela eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não se pode transferir para a tutela reparatória a observância estrita da legislação trabalhista, que se caracteriza por uma justa e equânime distribuição de riqueza, estabelecendo um equilíbrio importante entre o capital e o trabalho. O prof. José Martins Catharino disse, em certa palestra, que, no Brasil, é mau administrador aquele que paga integralmente os direitos trabalhistas.⁵²²

A criação de um requisito, na licitação, em prol da comprovação da regularidade trabalhista, na fase de habilitação, e, portanto, no momento de averiguação da capacidade executiva do licitante, sempre foi a proposta mais urgente apresentada por esta pesquisa, com o intuito de gerar esteios de comportamento trabalhista dignificante, pela atuação concertada de cada ator em seu espaço estruturante. A utilização da CNDT, no caso narrado, teria sido de imensa valia, ainda no procedimento licitatório, para a eliminação do licitante em débito com a Justiça do Trabalho, evitando o prejuízo causado, mas teria sido igualmente relevante como mecanismo de controle, durante a execução do contrato administrativo, por trazer, em seu bojo, um caráter premial e pedagógico, ao estimular a quitação de débitos trabalhistas e, simultaneamente, atuar como forma de controle periódico de prestação de contas pela contratada.

A determinação de comprovar a regularidade trabalhista de determinada empresa por meio da apresentação da CNDT pode ser feita a requerimento das partes ou

⁵²² FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 131.

mesmo por iniciativa dos próprios Juízes do Trabalho - com base no art. 765 da CLT - que poderão, inclusive, extrair a Certidão diretamente no site do Tribunal Superior do Trabalho em tempo real durante a realização da audiência. A adoção de tal procedimento se revela ainda mais interessante nos processos em que figurem como tomadoras de serviço sociedades de economia mista que, embora se utilizem de procedimentos licitatórios especiais em suas contratações, apresentam defesa preliminar embasada no art. 71 da Lei 8.666/93.⁵²³

Cumpra a Justiça do Trabalho, mais uma vez, função não apenas judicante e socializante, mas, essencialmente, dignificante, inclusive, na licitação. Como a CNDT detecta débitos trabalhistas levados ao Judiciário trabalhista pelo próprio trabalhador, transformou-se em instrumento de acesso à justiça em sentido material e dignificação de um instituto do Direito Administrativo: a provocação do trabalhador por seu crédito pessoal representa também a preservação do interesse público, na medida em que o débito trabalhista levado à Justiça do Trabalho impedirá a emissão da CNDT e, por conseguinte, vedará a participação da empresa devedora em licitações, rompendo o círculo vicioso. Representa, igualmente, a tutela de direitos coletivos, em virtude da coletividade protegida, *a posteriori*, pela não contratação equivocada, via licitação.

O licitante inadimplente em relação a encargos trabalhistas tem larga vantagem em relação aos demais concorrentes. Como o legislador brasileiro flagrantemente deu preferência para o tipo de licitação “menor preço”, conforme abordado no capítulo 1, a Administração contratará o licitante que demonstrar custo menor aos cofres públicos, independentemente da precarização ou não da mão de obra empregada. Ao contrário, contratará o competidor que menos despenda e, por conseguinte, que tenha menos gastos com questões de ordem trabalhista.

O licitante inadimplente desrespeita direitos constitucionalmente tutelados pela Constituição de 1988, como o valor social do trabalho e dignidade da pessoa humana, cometendo atos ilícitos e instaurando concorrência desleal⁵²⁴ por alocar o capital não utilizado para quitação de débitos trabalhistas em setores produtivos da empresa e reduzir custos, podendo apresentar preços menores como proposta para participação em licitações.

A contratação com o Poder Público, devido ao tipo de licitação legalmente adotado, é atividade pouco lucrativa para a empresa contratada, segundo relatos, inclusive, de

⁵²³ VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012, p. 178.

⁵²⁴ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 131.

Procuradores do Trabalho, o que incentiva a prática do denominado “dumping social”, “deixando de pagar direitos trabalhistas futuros para conseguir apresentar o menor valor”.⁵²⁵ Nesse sentido, inclusive, o Enunciado n. 4, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, em 2007:

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. **As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade**, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido dumping social, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.⁵²⁶ Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT.⁵²⁷

Há, inclusive, em tramitação, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 7.070-A, de 2010, que dispõe sobre o “dumping social”, contendo o seguinte conteúdo:

Art. 1º Configura “dumping social” a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência.

Art. 2º A prática de “dumping social” sujeita a empresa a:

- a) **pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado** equivalente a 100% (cem por cento) dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho;
- b) **pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada** equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto;
- c) **pagamento de multa administrativa** no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Art. 3º O juiz pode declarar de ofício a prática de “dumping social”, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas “a” e “c” do art. 2º (grifo nosso).⁵²⁸

⁵²⁵ ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 67-74, 2011, p.71.

⁵²⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁵²⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Enunciado n. 4**. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/>. Acesso em: 25 mai. 2012.

⁵²⁸ BEZERRA, Carlos Gomes. **Projeto de Lei n. 7.070-A, de 2010**. Fixa indenização e multa administrativa para a empresa que pratique concorrência desleal descumprindo a legislação trabalhista para oferecer seu produto

A justificação do mencionado projeto de lei pauta-se pela concepção de que o “dumping social” é “a prática de concorrência desleal mediante a qual uma empresa descumpra a legislação trabalhista e oferece o seu produto com um preço melhor do que a concorrência”.⁵²⁹ Nessa linha, a empresa, ao fraudar a legislação social, às custas do prejuízo dos trabalhadores, supera sua concorrência de forma desleal, considerando que a empresa concorrente atua nos termos e limites do regramento imposto – em especial ao cumprir normas de ordem pública, como aquelas de natureza trabalhista.

A não observância de direitos trabalhistas legal e constitucionalmente tutelados reduz significativamente o valor do produto ou serviço ofertado, prejudicando a competitividade e configurando, portanto, concorrência desleal. O projeto de lei visa coibir, nessa guisa, condutas irregulares, estabelecendo sanções às empresas praticantes de “dumping social”.

No caso narrado, pode-se concluir, do ponto de vista do adimplemento de obrigações trabalhistas, pela trajetória da empresa contratada e pelo rol de participações em procedimentos licitatórios que resultaram em contratos administrativos não cumpridos, que a empresa praticou “dumping social”, vencendo as concorrências estabelecidas pelos editais convocatórios pela via do descumprimento futuro de encargos trabalhistas, prejudicando concorrentes idôneas, vários órgãos públicos, que tiveram os serviços de limpeza e conservação suspensos, além de serem responsabilizados subsidiariamente, em alguns casos, pelos débitos e, principalmente, centenas de trabalhadores, que não receberam salários e verbas rescisórias devidas.

Nessa linha, o cuidado demandado para a atuação da Administração Pública frente à escolha do licitante mais apto à execução do contrato é sensível, pois, feriria o próprio princípio da licitação a seleção de competidor “desleal” para celebração do contrato administrativo. Em sendo o citado princípio decorrência do princípio da supremacia do interesse público, não pode o Estado eximir-se de tutelá-lo, tanto no momento da elaboração da lei como no momento da execução contratual.

Por esse viés, o legislador, inspirado pelo bem-estar coletivo, andou bem ao criar o requisito objetivo, na fase de habilitação, para a aferição do cumprimento dos direitos trabalhistas, conforme sugeria o projeto de pesquisa elaborado, *a priori*, uma vez que sua

com preço melhor, "dumping social". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472103>. Acesso em: 20 mai. 2012.

⁵²⁹ BEZERRA, Carlos Gomes. **Projeto de Lei n. 7.070-A, de 2010**. Fixa indenização e multa administrativa para a empresa que pratique concorrência desleal descumprindo a legislação trabalhista para oferecer seu produto com preço melhor, "dumping social". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472103>. Acesso em: 20 mai. 2012.

tutela é essencialmente matéria de interesse público, além de atenuar os efeitos de possível “dumping social”. Como demonstrado, a solicitação de apresentação da CNDT, no caso analisado, teria sido de grande valia para o desfecho contratual.

Para além, no momento da execução do contrato administrativo, regrado pela Lei n. 8.666/93, deve a Administração primar pelo interesse público, entendido em sentido densificado pela tessitura constitucional, como será analisado no capítulo seguinte, o que é facilitado CNDT, como forma de averiguação de contas, útil ao Poder Público, em seu processo de aferição e controle de resultados, antes e durante a execução do contrato administrativo, também determinante para a fiscalização contratual, no caso concreto, se existisse à época.

Analisado o impacto da CNDT para o recorte narrado, diante da alteração do art. 27 da Lei de Licitações e do art. 642-A da CLT, no curso dos desdobramentos do contrato firmado – vigente entre maio de 2009 e maio de 2010, com pendência, ainda, de julgamento de Recurso de Revista pelo TST – outra transformação importante ocorrida, no ordenamento jurídico, foi a decisão do STF, na ADC n. 16, em novembro de 2010.

Havia polêmica quanto à constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei de Licitações até a decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O TST entendia haver, em posicionamento firmado no item IV da Súmula n. 331, com redação anterior à decisão do Supremo, responsabilidade do tomador de serviços, quanto aos débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para a prestação de serviços, aplicando-se o mesmo entendimento à Administração Pública, apesar da textualidade do dispositivo declarado constitucional, considerando ser o crédito trabalhista parte do objeto do contrato.

A interpretação da doutrina e da jurisprudência trabalhistas, em torno da redação da Súmula n. 331, apresentava muitas variações, mas, de qualquer maneira, ressaltava-se seu mérito, pela tentativa de proteção e tutela de direitos do trabalhador, estruturando um esforço jurisprudencial pautado por interpretação sistemática do ordenamento e na tessitura da Constituição de 1988. Foi uma forma encontrada pela Justiça do Trabalho, como já mencionado no capítulo 3, para sancionar a conduta culposa da Administração Pública na escolha e fiscalização amadoras realizadas no procedimento licitatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIZAÇÃO TRABALHISTA DE ENTES ESTATAIS TERCEIRIZANTES. SÚMULA 331, IV/TST. A Súmula 331, IV/TST, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça aquele que já foi beneficiário do trabalho perpetrado. Realiza, ainda, de forma implícita, o

preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, *caput* e I da CF. Agravo de instrumento desprovido.⁵³⁰

No entendimento de José Roberto Freire Pimenta, o Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 16, não reconheceu, como intencionavam órgãos e entidades públicos, a “total impossibilidade de condená-los a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que lhes prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados”.⁵³¹ A condenação apenas foi condicionada à avaliação do conjunto probatório, diante de cada caso concreto, acerca da existência de culpa da Administração Pública em relação à qualidade da fiscalização realizada, durante a execução do contrato, devendo aferir, o Judiciário Trabalhista, se há contribuição da conduta do Poder Público para o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Nessa linha, inclusive, já há decisões do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - CULPA *IN VIGILANDO*- OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos **de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório**. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que **restar demonstrada a culpa *in vigilando* do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria**. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, **não houve a fiscalização, por parte do Estado-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem**, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido.⁵³²

⁵³⁰ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST-AIRR-657/2006-141-14-40.2. Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, Emmanuel Antônio Somavila Veiga e Prodatec Processamento de Dados e Cursos Técnicos Ltda. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 11 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/>. Acesso em 20 de novembro de 2010.

⁵³¹ PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 195.

⁵³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 67400-67.2006.5.15.0102. Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 17 dez. 2010.

Em relação ao dever de fiscalização da Administração Pública, além da sistemática da Lei de Licitações, já abordada no capítulo 3, que impõe a necessidade de atuação cuidadosa e meticulosa do Poder Público, para averiguação de resultados, controle de contas e tutela do interesse público, há regramento específico, no âmbito da Administração Pública Federal, imposto pela Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Em linhas gerais, a referida IN impõe à Administração Pública Federal contratante o dever de fiscalizar o cumprimento de obrigações trabalhistas, referente aos trabalhadores terceirizados, pela empresa contratada, desde a licitação até a execução do contrato administrativo, nos termos, dentre outros, dos arts. 19, 29 e 34 da mencionada Instrução:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), indicando ainda, quando couber:

[...]

XVIII - disposição prevendo que a **execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas** referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra; e (Incluído pela [Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009](#))

XIX - exigência de **garantia**, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação efetivada no contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para os serviços continuados com uso intensivo de mão de obra com dedicação exclusiva, com a previsão expressa de que a **garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação**, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa. (Incluído pela [Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009](#))

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra: (Incluído pela [Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009](#))

[...]

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, **autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada**, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis. (Incluído pela [Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009](#))

Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

§ 3º Se houver indícios de inexecutabilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da [Lei nº 8.666/93](#), para efeito de comprovação de sua executabilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

[...]

IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa;

Art. 34. [...]

§ 5º **Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas** e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

- a) a **prova de regularidade para com a Seguridade Social**, conforme dispõe o art. 195, § 3º da [Constituição federal](#) sob pena de rescisão contratual; (Nova redação pela [Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009](#))
- b) **recolhimento do FGTS**, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório; (Nova redação pela [Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009](#))
- c) **pagamento de salários no prazo previsto em Lei**, referente ao mês anterior;
- d) **fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação** quando cabível;
- e) **pagamento do 13º salário**;
- f) **concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei**;
- g) **realização de exames admissionais e demissionais e periódicos**, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei; (Nova redação pela [Instrução Normativa MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))
- i) **comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED**; (Nova redação pela [Instrução Normativa MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))
- j) **cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho**; e
- k) **cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato** (grifo nosso).⁵³³

Parte da doutrina, como mencionado no capítulo anterior, considera que o art. 67 da Lei n. 8.666/93 apenas estabelece a necessidade de efetuar o controle da execução do avençado contratualmente, e, portanto, entende ser ausente o dever da Administração Pública de fiscalizar o contrato, sob a ótica do acompanhamento da regularidade trabalhista. Nessa linha, se o STF considerou o §1º do art. 71 constitucional, no entendimento de Cristiana Fortini e Flávia Faria Da Pieve, e ausente o dever de fiscalizar o contrato, na Lei de Licitações, “não faria sentido prever, em nenhum momento, a responsabilidade da entidade contratante”,⁵³⁴ como fez o STF.

Entretanto, à luz das previsões da Lei de Licitações e dos dispositivos selecionados, acima transcritos, da Instrução Normativa n. 2/2008, autores como Hélder Santos Amorim

⁵³³ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. **Diário da União**, Brasília, 23 mai. 2008. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

⁵³⁴ FORTINI, Cristiana. DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela administração pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

defendem que a execução contratual ultrapassa o cumprimento do estrito objeto avençado, para “abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço)”.⁵³⁵ Na guisa desse segundo entendimento, portanto, a decisão do STF, permitindo a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos, em caso de culpa na fiscalização da execução do contrato administrativo, tem sustentação na sistemática do ordenamento jurídico e, inclusive, na tessitura constitucional, devendo ser aferida diante do caso concreto.

No caso narrado, entretanto, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em sede de Recurso Ordinário, interposto contra sentença proferida, nos autos da Ação Civil Coletiva – reunida à Ação Cautelar Inominada –, no sentido de isentar a Administração Pública pela responsabilidade subsidiária, absorveu a orientação desenhada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 16, mas sem qualquer manifestação sobre a fiscalização realizada no caso concreto. Como ressaltou o próprio procurador da tomadora de serviços do caso, em entrevista realizada a respeito da condução da questão, houve apenas a declaração da isenção de responsabilidade pelo acórdão, sustentada na decisão do Supremo, sem qualquer análise do conjunto fático-probatório, o que, possivelmente, ensejou a interposição de Recurso de Revista ao TST pelo Ministério Público do Trabalho.⁵³⁶

A partir da emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal, deve a Justiça do Trabalho, fazendo uso da tópica viehwegiana e da análise das provas carreadas nos autos, tendo como pressupostos os dispositivos da Lei de Licitações e da própria Instrução Normativa n. 2/2008 – embora seja de aplicação apenas no âmbito federal, contém importantes norteamentos para análise da condução fiscalizatória e que podem auxiliar o magistrado na criação de parâmetros de averiguação para o caso concreto –, aferir, a efetiva existência de culpa da Administração Pública para o desencadeamento do inadimplemento de encargos trabalhistas, precarizador do trabalho terceirizado.

No caso em análise, ficou nítida a ausência de análise do conjunto probatório pela turma do TRT, atendo-se à simples declaração de isenção de responsabilização subsidiária da Administração Pública, deixando a própria tomadora de serviços sem a devida análise das provas levadas a juízo e no *iter* processual adequado. A intenção do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer a possibilidade de condenação da Administração caso a caso, é que

⁵³⁵ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Hélder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 1, n. 1, p. 54-84, jan./mar.2011, p. 80.

⁵³⁶ Não foi possível ter acesso ao conteúdo do Recurso de Revista, ainda em análise de admissibilidade.

haja efetiva aferição das condições e premissas de cada caso concreto, conforme se depreende do voto do ministro Gilmar Mendes:

Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, que **haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço.** A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a idéia da súmula, **mas que haja essa 'culpa in vigilando' é fundamental [...]. Talvez aqui reclame-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS (grifo nosso).**⁵³⁷

O voto do ministro Gilmar Mendes deixa transparecer a teleologia da decisão do Supremo, na ADC n. 16, diante da declaração de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, com a ressalva da culpa *in vigilando*, evidenciando, ainda, a estruturação da licitação e do contrato administrativo como um “campo”, em sentido bourdieusiano. As relações travadas no procedimento licitatório envolvem muitos atores, todos relevantes para a interação relacional no bojo do contrato, como o Ministério Público, com todas as suas ramificações, os Tribunais de Contas, cuja atividade, inclusive, é eminentemente fiscalizadora, o Poder Judiciário, a própria Administração Pública, a empresa contratada e os trabalhadores terceirizados, todos conformados pela definição de competências.

O procedimento, o contrato administrativo e todas as relações consecutórias compõem um “campo”, marcado pela construção de *loci* efetivos, simbólicos, comunicacionais, ocupados por todos os atores envolvidos, inseridos em dado recorte de realidade. O caso narrado demonstra com clareza o delineamento de posicionamentos nas esferas de lutas simbólicas para a definição de arregimentações sociais, jurídicas e econômicas no “campo” dado.

4.4 Síntese do Capítulo

A teoria necessita ser costurada a entremeios de realidade. Nessa linha, a narrativa de uma experiência, relacionada à temática proposta como recorte, buscou realizar um

⁵³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. ADC n. 16 – DF. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 dez. 2010.

levantamento de dados ilustrativos da teoria e seus consectários, suscitados nos capítulos anteriores. A contratação de serviços de limpeza, em Minas Gerais, via licitação, na modalidade pregão, seguiu o *iter* licitatório padrão, nos termos legais, celebrando contrato administrativo regrado por cláusulas aparentemente tuitivas e assecuratórias do Poder Público. Entretanto, no curso do contrato, a empresa contratada deixou de pagar salários e direitos trabalhistas clássicos, definidos no contrato de trabalho e em convenção coletiva, gerando repercussões em todos os três níveis de controle: prévio, concomitante e *a posteriori*.

A narrativa proposta demonstrou, ainda, o impacto, no desfecho do caso, da alteração ocorrida na legislação e na jurisprudência. A edição da Lei n. 12.440/2011, instituindo, no rol do art. 27, o requisito de comprovação da regularidade trabalhista, na fase de habilitação, foi de grande relevo para o tema. Embora não tenha repercutido, no caso narrado, dado o descompasso temporal, caso existisse, à época da realização da licitação mineira, a mencionada exigência, criada em 2011, atenuaria os efeitos gerados. A criação da CNDT, inclusive, seria importante auxílio, não apenas na fase habilitatória do procedimento, mas, igualmente, durante toda a fiscalização da execução contratual. No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal decidiu a polêmica acerca do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, na ADC n. 16, em novembro de 2010, influenciando sobre a decisão dada pela turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Diante do caso narrado, restou constatada a necessidade de detecção de falhas, relativas ao descumprimento de direitos trabalhistas, durante a operacionalização do procedimento licitatório e da execução do contrato administrativo, salientando meios de saná-las para atenuar a inefetividade e a precarização de direitos. A licitação conforma, portanto, um “campo”, marcado pela atuação simbólica e comunicacional concertada dos atores envolvidos, como constatado no caso narrado, firmando-se posicionamentos estratégicos, estruturas relacionais e arregimentações legitimadoras da realidade dada.

CAPÍTULO 5 ESTADO, TUTELA DE DIREITOS TRABALHISTAS E PÓS-MODERNIDADE: DELINEAMENTOS

[Dignidade da Pessoa Humana:] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

(Ingo Wolfgang Sarlet)⁵³⁸

A terceirização é reconhecida pela doutrina como fenômeno consolidado, tornando-se parte da rotina da Administração Pública, “na medida em que o Estado-social perde espaço para o Estado-mercado na busca de redução de custos e otimização dos recursos da gigantesca máquina [...]”.⁵³⁹ A decisão do Supremo Tribunal Federal, na já debatida ADC n. 16, reacendeu polêmicas e questionamentos em torno do papel desempenhado pelo Estado e da sustentação teórica do Direito Administrativo – em face dos contratos administrativos, sustentados no princípio da supremacia do interesse público – mas, essencialmente, como institucionalidade responsável pela tutela de interesses de dada coletividade.

Nos capítulos anteriores, foram esmiuçados o instituto da licitação, sua contextualização e enquadramento legal-procedimental, para subsidiar análise posterior sobre as possibilidades de controle civilizatório, antes – ainda na licitação –, durante a execução do contrato administrativo, e após sua finalização, para pautar o tratamento adequado ao tema da tutela dos direitos trabalhistas no procedimento licitatório e no contrato administrativo.

Buscou-se traçar, *a posteriori*, os contornos inerentes ao tema, polêmico e ainda em maturação, relativo à responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, diante da previsão do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93 e da decisão do STF na ADC n. 16. Finalmente, apresentou-se a descrição de um relato de experiência, que espelha a complexidade e as dificuldades de teorização da práxis e corrobora a necessidade de tratamento cuidadoso da questão, diante da hipossuficiência do trabalhador terceirizado e das possibilidades de controle possíveis.

Neste capítulo, o último da pesquisa desenhada, propõe-se analisar – de forma não aprofundada, por envolver debates sociológicos que demandam robustez e imersão específica, mas em tom e abordagem suficiente para análise do recorte proposto – os desafios da atuação estatal e da doutrina administrativista na pós-modernidade, diante de demandas e interferências amalgamadas e complexificadas pelo contexto moderno globalizado. À luz desse traçado, por fim, far-se-á a costura com o tema da pesquisa, “licitação e tutela dos direitos trabalhistas”, para delinear o posicionamento do Estado e da vertente administrativista frente ao trabalhador e seus direitos – constitucionalmente assegurados – e ao conceito que demanda, hoje, ressignificação, de supremacia do interesse público e estrita legalidade.

⁵³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002, p.62.

⁵³⁹ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011, p.49.

5.1 Modernidade: Traçado e Implicações

A conclusão é que o Estado mínimo, embora sendo mínimo, é o Estado mais extenso que se possa conceber: qualquer outro Estado é imoral.
(Norberto Bobbio).⁵⁴⁰

É notória a remodelagem sofrida pelo Estado diante das transformações profundas gestadas no seio da sociedade moderna.⁵⁴¹ Anthony Giddens define modernidade como o estilo, costume de vida ou organização social que emergiu, na Europa, a partir do século XVI, e que, ulteriormente, tornou-se mundial pela via da expansão do modelo.⁵⁴² Marshall Berman a divide em três fases: uma primeira, que se estende do início do século XVI até o final do século XVIII, quando se inicia um processo de experimentação da vida moderna; uma segunda, iniciada com a onda revolucionária de 1790 – pelas conformações geradas em todos os níveis de vida social e política –; e terceira e última fase, foco deste capítulo para análise do problema de pesquisa posto, que se desenvolve a partir do século XX, pautada pelo processo de modernização globalizada, marcada pela perda com as raízes de sua própria modernidade,⁵⁴³ também conhecida por “pós-modernidade”.⁵⁴⁴

No entendimento do autor, a consolidação do *modus operandi* moderno foi alimentada pelas grandes descobertas científicas, com deslocamento do senso de pertencimento do indivíduo; pela industrialização da produção, que transforma conhecimento científico em tecnologia e produz sistemas de comunicação de massa; pela explosão demográfica,

⁵⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 91.

⁵⁴¹ Importante ressaltar que serão traçados delineamentos e diretrizes relacionados à modernidade no seio da cultura e sociedade ocidentais. As sociedades orientais apresentam particularidades e conformações histórico-culturais que peculiarizaram a formação e evolução do ordenamento jurídico-estatal no Oriente, como bem esmiúça Max Weber, na obra *Economia e Sociedade*: WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

⁵⁴² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

⁵⁴³ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no Ar**: a aventura da modernidade. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

⁵⁴⁴ “Alguns falarão de modernidade ‘tardia’, ‘reflexiva’ ou ainda de ‘segunda modernidade’ (U. BECK, 1986; A. GIDDENS, 1994), insistindo sobre os elementos de continuidade com a sociedade precedente, que não teriam levado a lógica de continuidade às suas últimas consequências. Outros, que, ao contrário, privilegiam os elementos de ruptura, falarão de modernidade ‘líquida’ (Z. Baumann, 2000) (a ‘liquidez’ das sociedades atuais, caracterizadas pela precariedade extrema dos vínculos sociais, contrastando com a ‘solidez’ das instituições do mundo industrial), ou ainda de ‘hipermodernidade’ (F. ASCHER, 2000) ou de ‘sobremodernidade’ (a radicalização da modernidade envolvendo importantes mutações)”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, p.19-20. Opta-se pela nomenclatura “pós-modernidade”, seguindo entendimento de Jacques Chevallier, na medida em que se percebe a exacerbação de dimensões da modernidade e, simultaneamente, potencialidades diferentes, sendo, portanto, “hipermodernidade” e, ao mesmo tempo, “antimodernidade”.

acompanhada de crescimento urbano; pela estruturação burocrática e legitimada dos Estados Nacionais; pela consolidação de movimentos sociais de massa, com grande capacidade de mobilização e organização; por um mercado capitalista mundial, virtualmente global e em franca expansão.⁵⁴⁵

Na terceira fase, já no século XX, a atmosfera dos anos 60, em especial, gerou reflexões contundentes em torno do sentido último da modernidade. No aspecto cultural, ainda em Marshall Berman, representou permanente revolução contra a totalidade da existência moderna e rompimento com as tradições.

Ser moderno é viver uma vida de paradoxo e contradição. É sentir-se fortalecido pelas imensas organizações burocráticas que detêm o poder de controlar e freqüentemente destruir comunidades, valores, vidas. É ser ao mesmo tempo revolucionário e conservador: aberto a novas possibilidades de experiência e aventura, aterrorizado pelo abismo niilista ao qual tantas das aventuras modernas conduzem, na expectativa de criar e conservar algo real, ainda quando tudo em volta se desfaz.⁵⁴⁶

Com efeito, os modos de vida produzidos pela modernidade, como cita Anthony Giddens, desvencilharam a sociedade contemporânea dos tipos tradicionais⁵⁴⁷ de ordem social: no plano extensional, serviram para estabelecer formas de interconexão em todos os continentes; em termos intensionais, alteraram padrões de vida cotidianos. O autor, nessa linha, identifica descontinuidades que separam as instituições modernas das ordens sociais tradicionais: o ritmo de mudança, permeado pelo desenvolvimento de tecnologias; o escopo da mudança, quando ondas de transformação social percorrem, virtualmente, todo o globo; e a natureza intrínseca das instituições modernas, caracterizada pelo sistema político do Estado-nação, pela dependência da produção de fontes de energia inanimadas e pela completa transformação em mercadoria de produtos e do trabalho assalariado.⁵⁴⁸

Uma das características distintivas da modernidade é uma interconexão crescente entre os dois extremos da “extensionalidade” e da “intencionalidade”: de um lado influências globalizantes e, de outro, disposições pessoais... Quanto mais a tradição

⁵⁴⁵ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

⁵⁴⁶ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 13-14.

⁵⁴⁷ Agnès Heller clarifica que a modernidade é um arranjo social novo, orientado para o futuro, e sustentado na ideia da liberdade, marcado pela constante transformação. O arranjo pré-moderno legitimou-se pela tradição, a partir de definições hierárquicas determinadas, prevalecendo a repetição de ciclos rígidos, sustentados em forte bases morais. HELLER, Agnès. Uma crise global da civilização: os desafios futuros. In: HELLER, Agnes et al. **A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 13-32.

⁵⁴⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

perde terreno, e quanto mais se reconstitui a vida cotidiana em termos da interação dialética entre o local e o global, mais os indivíduos vêm-se forçados a negociar opções por estilos de vida em meio a uma série de possibilidades...⁵⁴⁹

Essas conformações denotam a existência de uma espécie de reflexividade da vida social moderna, na medida em que as práticas em sociedade são constantemente examinadas, ressignificadas e remodeladas à luz de informação renovada sobre elas mesmas, alterando assim, constitutivamente, seu caráter, dando grande dinamismo à produção do conhecimento sistemático e deslocando a vida social da fixidez da tradição.

As sociedades modernas são, de fato, caracterizadas por uma multiplicidade de sistemas de significação, representação cultural e antagonismos sociais, movidas pela mudança permanente, por um processo de compressão espaço-tempo, causando o que Stuart Hall denomina de “desalojamento do sistema social” – a vida social não mais deve ser analisada a partir de seu contexto local de interação –, e pela globalização, definida como o complexo de processos e forças de alteração, que ocorrem em escala global, interconectando comunidades e organizações e deslocando as identidades culturais.⁵⁵⁰

Nas sociedades pré-modernas, espaço e tempo coincidiam amplamente, na medida em que as dimensões espaciais da vida social são, para a maioria da população, e para quase todos os efeitos, dominadas pela “presença” – por atividades localizadas. O advento da modernidade arranca crescentemente o espaço do tempo, fomentando relações entre outros “ausentes”, localmente distantes de qualquer situação dada ou interação face a face. Em condições de modernidade, o lugar se torna cada vez mais fantasmagórico: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles. O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente na cena; a “forma visível” do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza.⁵⁵¹

Para Anthony Giddens, a globalização refere-se, essencialmente, ao processo de compressão espaço-tempo, na medida em que as modalidades de conexão entre diferentes regiões e contextos sociais alastraram-se por meio da atuação das organizações modernas, capazes de conectar o local e o global de maneiras impensáveis em sociedades tradicionais. Ao tratar do fenômeno globalizatório, o autor define quatro dimensões que o compõem: o sistema de Estados Nacionais, a ordem militar mundial, o desenvolvimento industrial e a

⁵⁴⁹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 15.

⁵⁵⁰ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

⁵⁵¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 27.

economia capitalista mundial, sendo as sociedades capitalistas, como mencionado no capítulo 1, um subtipo específico das sociedades modernas em geral.⁵⁵²

O empreendimento capitalista desempenhou papel de relevo no afastamento da vida social moderna em relação às instituições do mundo tradicional, por seu caráter dinâmico e pelas conexões estabelecidas entre o empreendimento econômico competitivo e os processos de transformação em mercadoria, expandindo-se o mercado mundial que, de acordo com Marshall Berman, já após a segunda guerra mundial, padronizou produção e consumo, tornando as necessidades humanas cada vez mais internacionais e cosmopolitas.

Para Max Weber, essa modernidade seria caracterizada pela confluência de elementos – técnico, econômico e político – facilitadores do desenvolvimento científico, concentração dos meios de produção e surgimento do Estado, respectivamente, e que traduzem a racionalidade, o “desencantamento do mundo”⁵⁵³ e a centralização da sociedade no indivíduo, com o rompimento dos laços de fidelidade comunitária. A centralidade provocada pelo foco na razão e pela dominação do indivíduo gera a racionalização, na concepção weberiana, da organização política, personificada no Estado.⁵⁵⁴

Nesse contexto, o Estado moderno apresenta-se como expressão da racionalidade da sociedade capitalista, sustentado em bases jurídicas, na constituição de um corpo burocrático e no cotidiano das administrações, quando se manifestam formas de dominação,⁵⁵⁵ expressões do exercício do poder aplicado, distribuído e apropriado pelas forças que compõem sua estrutura, no entendimento de Max Weber. Existe uma vinculação entre dominação e administração, envolvendo o poder de mando e as motivações da aceitação – que dependem

⁵⁵² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

⁵⁵³ “Weber partilhava a visão do avanço da racionalidade como uma decadência geral da cultura clássica, em especial da alemã. O processo de evolução se dá num sentido tal que ‘limita cada vez mais o alcance das escolhas efetivas abertas aos homens’. [...] Tudo isso é consequência do que Weber chama de o *desencantamento do mundo*. A humanidade partiu de um mundo habitado pelo sagrado, pelo mágico, excepcional e chegou a um mundo racionalizado, material, manipulado pela técnica e pela ciência”. QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de O.; OLIVEIRA, Márcia Gardênia. **Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 140-141.

⁵⁵⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

⁵⁵⁵ A sociologia política weberiana distingue dois conceitos: poder e dominação. O poder seria sociologicamente amorfo, entendido como “a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade”. A dominação é um caso especial de poder, no entendimento de Max Weber, conceituada como “um estado de coisas pelo qual uma vontade manifesta (mandato) do dominador ou dos dominadores influi sobre os atos de outros (do dominado ou dos dominados), de tal modo que em um grau socialmente relevante, estes atos têm lugar como se os dominados tivessem adotado, por si mesmos e como máxima de sua ação, o conteúdo do mandato (obediência)”, existindo três tipos de dominação legítima: a legal, a tradicional e a carismática, definições que não serão aprofundadas diante do recorte dado à pesquisa. Importante mencionar que o Estado moderno legitima-se pela dominação legal. QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de O.; OLIVEIRA, Márcia Gardênia. **Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 120.

de fatores diversos, dos interesses, das correlações de força.⁵⁵⁶ Para o autor, a moderna ordem econômica capitalista – legalista e burocrática – seria uma espécie de cárcere de ferro, determinadora da vida dos indivíduos imersos em sua estrutura.⁵⁵⁷

O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado. Quando e por que fazem isso, somente podemos compreender conhecendo os fundamentos justificativos internos e os meios externos nos quais se apoia a dominação.⁵⁵⁸

O Estado permanece, hoje, na concepção weberiana clássica, portanto, como comunidade humana que detém o monopólio da coação física legítima em um dado território,⁵⁵⁹ tendo como características essenciais, a tradução de valores da modernidade; a institucionalização do poder; a produção de um novo quadro de submissão – a cidadania; o monopólio da força; e a consagração de um princípio fundamental de unidade – Estado como ordem estruturada.⁵⁶⁰

Importante ressaltar a necessidade de se considerar, em qualquer análise que envolva a caracterização do Estado, a força exercida pelo sistema internacional, à luz das teorias de relações internacionais. No entendimento de Martha Finnemore, por exemplo, para a teoria neorrealista, a força exercida pelo sistema internacional sobre os Estados é cerceada; o sistema é passivo, e, no limite, reativo, apenas impedindo que atores estatais adotem determinadas políticas, mas a determinação da agenda, a identificação e definição de políticas preferenciais partem do próprio Estado, nos termos comportamentais da teoria microeconômica neoclássica.⁵⁶¹

A questão das fontes do interesse estatal no nível global tem sido foco de análise de variados debates no campo das relações internacionais. O desempenho de comunidades

⁵⁵⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

⁵⁵⁷ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Abril, 1974.

⁵⁵⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.526.

⁵⁵⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

⁵⁶⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵⁶¹ FINNEMORE, Martha. *International Organizations as Teachers of Norms: The United Nations Educational, and Cultural Organization and Science Policy*. **International Organization**, v. 47, n. 4, p. 565 – 597, outono de 1993.

epistêmicas, das ideias e das relações transnacionais, como atores em nível sistêmico, tem cumprido função importante na análise dos processos de tomada de decisões estatais – para a linha socialmente mais receptiva que a teorização *mainstream* de relações internacionais. Entretanto, a despeito da relevância da abordagem, o enfoque na seara internacional não será aprofundado, em prol de questões estatais e jurídicas endógenas de maior impacto para o tema proposto.

5.2 Estado Pós-moderno: Mutação, Reestruturação e um Novo Direito Administrativo

[...] transformações que afetam, em maior ou menor medida, ainda que de diferentes modos, todas as sociedades, para além da diversidade dos seus contextos locais; transformações que atingem também todos os níveis do edifício social, bem como o conjunto das instituições (econômicas, culturais, políticas...). Para mensurar as mutações em curso, os esquemas do pensamento tradicional não são suficientes: é necessário se esforçar para construir novas ferramentas, forjar outros instrumentos de análise; e a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada. (Jacques Chevallier).⁵⁶²

A partir de transformações tão impactantes no *modus operandi* da vida em sociedade, no contexto pós-moderno, algumas teorizações e interpretações preconizam, diante do quadro posto, a decadência do Estado como forma de organização política: o movimento globalizatório teria proporcionado o esvaziamento do modelo estatal, pela consolidação de uma nova ordem internacional, a partir dos atentados de 11 de setembro e da crescente interdependência, pautada pela cooperação internacional, e pela perda, por parte do Estado, de suas funções essenciais.⁵⁶³

De outro lado, muitas interpretações consideram que a globalização, ao contrário de afirmar a obsolescência, corrobora a hegemonia do modelo estatal, vigente desde a primeira fase da modernidade. A pesquisa corrobora a tese de Jacques Chevallier, pautada pela historicidade do modelo estatal, construído na Europa Ocidental, que vem sofrendo o que o autor chama de “*glocalização*”⁵⁶⁴ – homogeneização pelo global e diferenciação pelo local: “as pesadas tendências que estão na origem da evolução dos Estados na sociedade

⁵⁶² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵⁶³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵⁶⁴ No original, “*glocalisation*”: junção de *globalization* e *localization*. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

contemporânea são assim especificadas em função da irreduzível singularidade dos contextos locais”.⁵⁶⁵

As sociedades contemporâneas têm sofrido transformações perturbadoras: revoluções tecnológicas, transformações do sistema produtivo – com impacto no mundo do trabalho, dada a relevância angariada pela informação, o declínio da indústria em favor dos serviços, a adaptação das formas de trabalho –, mutações na estratificação social, inflexão dos comportamentos e das relações sociais, enfraquecimento do coletivo, como valor inerente á modernidade.⁵⁶⁶

O mito racional, portanto, está sendo desconstruído, em especial, o pressuposto segundo o qual a racionalização geraria eficiência, operacionalidade e progresso, sendo a sociedade pós-moderna caracterizada “pela complexidade, a desordem, a indeterminação, a incerteza” e pelo acento colocado sobre a realização pessoal, o hiperindividualismo e a “absolutização do eu”,⁵⁶⁷ ressignificando a relação com o coletivo.

O Estado, nessa linha, não deve ser lido como uma forma de organização política ultrapassada; ao contrário, tem sofrido mutações a partir da movimentação inserida no pano de fundo da pós-modernidade, sendo seus elementos constitutivos remodelados à luz de nova configuração jurídica, política e social. O Estado pós-moderno, nesse quadro, como reflexo do desalojamento e da acomodação social e cultural, provocada pelo movimento da pós-modernidade, pode ser caracterizado pela complexidade, desordenação e indeterminação, sofrendo releituras e ressignificações relevantes no bojo dos processos de transformações inerentes ao contexto em que está inserido.

Segundo Jacques Chevallier, a especificidade do modelo estatal resulta da conjugação de cinco elementos essenciais: existência de uma nação, grupo humano sustentado por vínculos de solidariedade e implantado sobre determinado território; construção de uma figura abstrata de Estado, fonte de autoridade, referência e identidade social; percepção do Estado como pressuposto de ordem, coesão social e representação do interesse coletivo, necessário à manutenção da unificação da sociedade; detentor do monopólio legítimo da coerção, como

⁵⁶⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵⁶⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, p.18.

definido por Max Weber; e, na mesma concepção weberiana, existência de um aparato burocrático funcional estruturado de dominação.⁵⁶⁸

A partir dos anos 60 do século XX, com mais propriedade, dos anos 70, os elementos essenciais de conformação estatal passaram a ser questionados por fatores bastante contundentes e de natureza diversa, como cita Jacques Chevallier:

Fatores ideológicos: uma crítica do movimento de expansão estatal se desenvolve por meio da tripla denúncia do Estado totalitário, das disfunções do Estado-Providência e do desvio estatal nos países em desenvolvimento. **Fatores econômicos:** a crise que atinge o conjunto das economias, a partir de dois choques petrolíferos, revela de maneira tangível a redução de capacidade de ação do Estado, consecutiva ao processo de internacionalização. **Fatores políticos:** assiste-se ao retorno com toda força do liberalismo e à decadência dos regimes de partido único. Todos esses fatores vão se conjugar e se catalisar, provocando um movimento de retração estatal (grifo nosso).⁵⁶⁹

Para o autor, a remodelação do modelo estatal ocorreu, a partir do enfrentamento dos fatores supramencionados, em quatro pontos: reestruturação do conceito de soberania pelo processo globalizatório, pelo viés da interdependência estrutural;⁵⁷⁰ redefinição da atuação estatal pela perda de controle sobre variáveis essenciais; esmorecimento das fronteiras entre público e privado; fragmentação dos aparelhos estatais, especialmente, em organizações unitárias.⁵⁷¹

O modelo de racionalidade ocidental, propagado pela globalização, que, hoje, pauta os processos de ressignificação das estruturas estatais, preconiza, como padrão econômico, a superioridade dos mecanismos de mercado e de concorrência, que geraria competitividade, inovação, modernização, abertura de fronteiras e meios de troca; como modelo político, a consolidação da hegemonia da democracia liberal; e, como modelo jurídico, o Estado de

⁵⁶⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

⁵⁶⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 29.

⁵⁷⁰ Importante salientar que o conceito de soberania é extremamente caro à teorização em relações internacionais, pressuposto essencial para a definição das intercessões interestados no bojo do sistema internacional. O conceito se delinea com o tratado de Westphalia de 1648, que “determinou o término da Guerra dos Trinta Anos, instituindo princípios hoje essenciais para as Relações Internacionais e para o Direito Internacional. O tratado representou a superação do modelo feudal, a separação do poder espiritual e temporal, a ascensão das cidades e da burguesia, a criação de um Estado centralizado com um ordenamento jurídico-administrativo, moeda e forças armadas unificadas, além de simbolizar a cristalização de conceitos e princípios como os de soberania nacional, igualdade formal dos Estados, autonomia, independência entre as políticas interna e externa, o nascimento do Direito Internacional moderno, e o equilíbrio de poder”. LASMAR, Jorge M. **O Fluxo de Arte e as Relações Internacionais: narrativa, circulação e Identidade**. Revista Fronteira, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 83-102, nov. 2001, p.91.

⁵⁷¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

Direito. Diante da reconfiguração posta e, embora seja possível traçar características dominantes, o Estado “não tem mais essência estável e seu futuro torna-se indeterminado”.⁵⁷²

A redefinição das funções estatais está pautada, nessa linha, por premissas gerais – alinhavadas pelas transformações pós-modernas – como a subsidiariedade, delineando a atuação estatal somente quando houver falha dos mecanismos de autorregulação social; supletividade, determinando a não substituição dos atores sociais pelo Estado, que deve encorajar a gestão das funções coletivas; proximidade, postulando que as questões devam ser resolvidas, primeiramente, pelos cidadãos; e parceria, preconizando pela associação de atores sociais nos processos de criação e implementação de políticas públicas.

Diante de tantas redefinições e remodelações, questões essenciais surgem para reestruturar não apenas o papel e o *modus operandi* da atuação estatal, mas da própria teorização e práxis do Direito Administrativo pós-moderno: a ressignificação do enquadramento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, à luz das novas concepções traçadas pela constitucionalização de direitos fundamentais; e a releitura do princípio da legalidade diante da “preordenação constitucional da Administração Pública e dos crescentes espaços decisórios autônomos das autoridades administrativas [...]”.⁵⁷³

No escopo jurídico, para Gustavo Binbenbom, boa parte dos institutos e categorias do Direito Administrativo tem origem monárquica, reforçando a lógica autoritária do ramo administrativista: “trata-se de uma teoria elaborada tendo em vista a preservação de uma *lógica da autoridade*, e não a construção de uma *lógica cidadã*”,⁵⁷⁴ sustentada em um conceito, para o autor, fluido e vago de interesse público.

Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. [...] O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir.⁵⁷⁵

É possível identificar, no entendimento de Gustavo Binbenbom, quatro paradigmas clássicos vigentes no Direito Administrativo brasileiro, importantes para a análise da tutela

⁵⁷² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, p.59.

⁵⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.2.

⁵⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.2.

⁵⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

dos direitos do trabalhador no procedimento licitatório – instituto tradicional do Direito Administrativo – e que se encontram em questionamento: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, legitimador de prerrogativas da Administração Pública, concedidas pelo regime jurídico administrativo; a legalidade administrativa como sinônimo de vinculação positiva à lei, “traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo”;⁵⁷⁶ intangibilidade do mérito administrativo, inexistindo controle sobre as decisões discricionárias da Administração Pública por órgãos do contencioso administrativo, pelo próprio Poder Judiciário ou pelos cidadãos; a concepção de um Poder Executivo unitário, pautado por relações de subordinação hierárquica.⁵⁷⁷

Uma releitura dos paradigmas, mencionados por Gustavo Binenbojm – especialmente, do paradigma relativo ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tangenciando a questão da discricionariedade, e do paradigma da legalidade administrativa, concebida como vinculação positiva à lei –, à luz da constitucionalização do Direito Administrativo, da adoção de um sistema de direitos fundamentais e de vetores axiológicos democráticos, é fundamental para a análise do tema proposto pela pesquisa.

Os vetores axiológicos, inerentes ao sistema democrático, no entendimento do autor, convergem no princípio da dignidade da pessoa humana, por se situarem acima da lei, vincularem juridicamente o conceito de interesse público, definirem padrões principiológicos para o exercício da discricionariedade administrativa e estabelecerem um espaço para as “autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático [...]”.⁵⁷⁸

Nessa linha, portanto, conclui o autor, de forma clara e sintética, em relação à necessária desconstrução dos velhos paradigmas administrativistas, pelo veio da conformação à contextura constitucional:

- I) a **Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;**
- II) a **definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional**

⁵⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.23.

⁵⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;

III) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa [...];

IV) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas entre nós, à moda anglosaxônica, agências reguladoras independentes, que não se situam na linha hierárquica direta do Presidente da República e dos seus Ministros. [...] À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito (grifo nosso).⁵⁷⁹

Nessa guisa de raciocínio, portanto, a tessitura constitucional assume papel de relevo na ressignificação dos institutos, premissas e conceitos do Direito Administrativo, atuando como diretriz normativa legitimadora. “A premissa básica [...] é a de que as feições jurídicas da Administração Pública [...] estão alicerçadas na [...] Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico de direitos fundamentais e da democracia”.⁵⁸⁰

5.2.1 Do Paradigma do Interesse Público sobre o Interesse Privado e da Legalidade Administrativa: Discricionariedade e Releituras Necessárias

No entendimento de Gustavo Binjenbojm, a doutrina, no âmbito do Direito Administrativo, encontra-se dividida entre a defesa de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público e a necessidade de sua reconstrução.⁵⁸¹ Em ambos os posicionamentos, todavia, “os autores concordam que, nos Estados democráticos e constitucionais, não há mais espaço para a defesa da prevalência *a priori* e descontextualizada dos interesses coletivos sobre os direitos individuais”.⁵⁸²

Para as duas correntes, há uma inconsistência teórica do mencionado princípio da supremacia dos interesses públicos em relação à sistemática constitucional dos direitos fundamentais, considerando que, um princípio, por definição, é norma de tessitura aberta, que carece ser contextualizada à luz dos demais princípios, igualmente relevantes, do ordenamento jurídico, sendo incabível sua prevalência apriorística.

⁵⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

⁵⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

⁵⁸¹ Citam-se como exemplos de autores defensores da desconstrução, Daniel Sarmento e Marçal Justen Filho. No sentido de reconstrução do princípio da superioridade do interesse público, Luís Roberto Barroso.

⁵⁸² BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.49-50.

Para além, não é possível estabelecer, *a priori*, uma dissociação necessária entre interesse público e interesse privado. “A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite conceber uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual”.⁵⁸³

Na verdade, **o conceito de interesse público só ganha concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual**, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado legislador e ao Estado administrador, incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade.⁵⁸⁴

Em verdade, portanto, carece o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, norteador do Direito Administrativo, de ressignificação, assim como o próprio papel do Estado, no bojo da movimentação pós-moderna, sob a ótica dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Todo conceito jurídico necessita ser preenchido com densidade e significação, sendo necessário que a ideia de supremacia do interesse público remanesça aberta e porosa aos demais princípios norteadores da ordem constitucional vigente, considerando não haver a preponderância, em abstrato, de nenhum princípio sobre outro.

Para Antonio Henrique Perez Luño, há uma relação intrínseca entre Estado de Direito e direitos fundamentais: o Estado de Direito demanda a garantia de direitos fundamentais e, por sua vez, os direitos fundamentais, exigem a existência de um Estado de Direito. O tipo de Estado de Direito – social ou liberal –, inclusive, depende do significado atribuído aos direitos fundamentais pela carta constitucional. “As normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, junto àquelas que consagram a forma de Estado e [...] o sistema econômico, são as decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade”.⁵⁸⁵

No entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais apresentam dupla acepção: são direitos subjetivos, outorgando aos titulares a possibilidade de imposição

⁵⁸³ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.50.

⁵⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.50-51.

⁵⁸⁵ No original: “*Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagram la forma de Estado y [...] el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad*” PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19.

de seus interesses, e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formando “a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.⁵⁸⁶

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. [...] Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. **Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.**⁵⁸⁷

Nessa linha, o melhor interesse público somente pode ser conceituado se despido da ideia de supremacia apriorística, e realizado juízo de ponderação para assimilação dos interesses individuais e coletivos constitucionalmente tutelados: “o instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade”.⁵⁸⁸ Gustavo Binjenbojm, portanto, não nega a existência de um conceito de interesse público. Ao contrário, reconhece a indeterminação do conceito e a necessidade de aferição de seu conteúdo, após ponderação à luz de direitos individuais ou coletivos, diante de circunstâncias concretas, não havendo sentido afirmar a existência de um princípio jurídico que sempre sentencia, ao final do processo ponderativo, a prevalência de uma única solução: o interesse público. Em razão da predeterminação do dito princípio da supremacia do interesse público, se mantido o raciocínio apriorístico, “qualquer que seja o conteúdo desse ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá”.⁵⁸⁹

Há, na doutrina administrativa, longo debate, caro à discussão da conceituação de “interesse público”, acerca da amplitude dos conceitos jurídicos indeterminados e da possibilidade de existência de discricionariedade e, portanto, de controle judicial em relação às soluções dadas, pela Administração Pública, a questões envolvendo tais conceitos. O Direito Administrativo veta a análise do mérito de decisões administrativas pelo Poder Judiciário, quando envolvem discricionariedade do Administrador Público. No entanto, deve-

⁵⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

⁵⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

⁵⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.51.

⁵⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.51.

se, *a priori*, definir o que seria discricionariedade e vinculação para que os limites de interseção entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam definidos.

Celso Antônio Bandeira de Mello é adepto da possibilidade de existência discricionariedade quando da ocorrência de conceitos jurídicos indeterminados, inovando em relação à doutrina clássica ao concebê-la diante do elemento finalidade do ato administrativo.⁵⁹⁰ Admite, entretanto, que a discricionariedade possa desaparecer diante do caso concreto, devendo ser encontrada a solução ótima e idônea para o caso se analisa. A Discricionariedade seria, para o autor:

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal.⁵⁹¹

A concepção de discricionariedade do autor, entretanto, confunde-se com a própria noção de interpretação e hermenêutica jurídica. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, de forma diversa, não admitem a possibilidade de nascimento de discricionariedade a partir de conceitos indeterminados. A discricionariedade, para os autores espanhóis, seria a escolha entre alternativas igualmente justas e jurídicas e os conceitos jurídicos indeterminados derivariam da seara da interpretação da lei, sendo, portanto, interpretação e aplicação do próprio texto legal.⁵⁹² Esse posicionamento é o mais acertado por permitir que o Poder Judiciário julgue se a solução dada, no caso concreto, pela Administração Pública, é a mais adequada, mesmo existindo conceitos jurídicos indeterminados.

Florivaldo Dutra de Araújo propõe um posicionamento ainda mais condizente com o papel democrático desempenhado pela interseção harmônica entre os três poderes. Sustentando-se na doutrina alemã, o autor reitera a afirmação dos autores espanhóis por não reconhecer discricionariedade oriunda dos conceitos jurídicos indeterminados, seja pela

⁵⁹⁰ Eros Grau, no entanto, critica o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello ao considerar que a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” é um equívoco uma vez que a indeterminação reside nos termos, nos signos referentes aos termos. Os chamados “conceitos indeterminados” não ensejariam discricionariedade e sim interpretação fundada em juízos de legalidade. GRAU, Eros. *Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.) **Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.307-334.

⁵⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁵⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Cap. VII, p.388-399.

indeterminação conceitual, seja pela indeterminação do termo, como preleciona Eros Grau. A indeterminação existiria na “subsunção do fato ao conceito previsto na lei”.⁵⁹³

E, ao contrário da concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, Florivaldo Dutra de Araújo não concebe a interpretação como um trabalho objetivo, sinônimo de vinculação. A interpretação, que não está vinculada à discricionariedade, seria, para o autor, a busca da melhor aplicação para o caso concreto,⁵⁹⁴ na mesma linha de Hans Kelsen, que entendia, de forma similar, ser o processo de interpretação estabelecedor de uma moldura de possibilidades juridicamente aceitáveis,⁵⁹⁵ não havendo, como defendem Celso Antônio Bandeira de Mello, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, uma única solução possível.

Para Gustavo Binbenbojm, a discricionariedade não seria um espaço de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação de atos e políticas públicas, implementados conforme parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei. A adoção da noção de juridicidade administrativa em lugar da concepção de mera legalidade, como será tratado adiante, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não preceitua a dicotomia ato vinculado/ato discricionário, mas sim “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”.⁵⁹⁶ A discricionariedade não é, nesse sentido, nem liberdade decisória externa ao Direito, nem espaço imune ao controle jurisdicional: “ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos”.⁵⁹⁷

Nessa linha, concebe-se o conceito de “interesse público” como uma construção – transitória e temporalizada. A cada momento histórico, a cada nova demanda social e a cada novo discurso legitimador de uma dada realidade, a ideia de “interesse público” é flexibilizada e ressignificada à luz de novas concepções de Direito e sociedade que são recriadas.

Por esse viés, o “interesse público”, em razão da indeterminação conceitual que lhe é inerente, deve ser significado a partir de interpretação sistemática do texto constitucional e, adotando-se o posicionamento de Florivaldo Dutra de Araújo, necessita ser densificado a

⁵⁹³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas em Direito Administrativo**: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.112.

⁵⁹⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas em Direito Administrativo**: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.99-125.

⁵⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

⁵⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 58.

⁵⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 58.

partir da busca pela melhor aplicação para o caso concreto, existindo, portanto, como no viés kelseniano, uma moldura de possibilidades juridicamente aceitáveis, conforme as circunstâncias concretas – do ponto de vista do arcabouço jurídico-principiológico estabelecido pelo texto constitucional.

O conceito jurídico indeterminado “interesse público”, cuja indeterminação existe na subsunção do fato ao conceito estabelecido na lei e, essencialmente, na Constituição, não deve ensejar discricionariedade, possibilitando, portanto, de forma eminentemente democrática e condizente com a ordem constitucional vigente, análise, pelo Poder Judiciário,⁵⁹⁸ das soluções dadas pela Administração Pública aos casos concretos que envolvam os mencionados conceitos.

O enfoque jurídico-funcional, no entendimento de Gustavo Binimbojm, parte do pressuposto de que o princípio da separação de poderes necessita ser compreendido hoje como divisão de funções especializadas, fundada no controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os órgãos do Estado Democrático de Direito. Nessa linha, os diferentes graus de vinculação à juridicidade são esteios de delimitação jurídico-funcional do âmbito da Administração e dos órgãos jurisdicionais.⁵⁹⁹

Nessa concepção, não haveria predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos, classificados em categorias binárias, como ato vinculado ou ato discricionário. Necessário seria, portanto, o estabelecimento de critérios de dinâmica distributiva, “funcionalmente adequada”, de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, pautada pela programação normativa do ato a ser praticado e, especialmente, pela idoneidade específica de cada um dos Poderes, a partir de sua estrutura orgânica, procedimentos de atuação, legitimação democrática, preparação técnica para decidir, sobretudo das decisões administrativas mais técnicas e complexas.⁶⁰⁰

Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse

⁵⁹⁸ Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

⁵⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

⁶⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 59.

público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.⁶⁰¹

Essa parece ter sido, inclusive, a linha de raciocínio e a teleologia da decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ao considerar, em sessão plenária, por maioria de votos, constitucional o texto do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, definindo, entretanto, seu conteúdo, não afastando a possibilidade de exame pelo TST, em cada caso concreto, da existência de falha ou falta de fiscalização pela Administração Pública contratante perante a inadimplência do contratado. A responsabilização da Administração Pública, em relação ao inadimplemento trabalhista da empresa, portanto, não é objetiva, sendo necessária a aferição de culpa *in vigilando*, no caso concreto, em relação à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa tomadora de serviços.

Embora a textualidade do mencionado §1º do art. 71 da Lei de Licitações não dê qualquer margem para responsabilização do Poder Público, nem mesmo fazendo menção à possibilidade de responsabilidade subjetiva, mediante comprovação de culpa, conforme interpretação dada pelo STF, a Corte Constitucional brasileira nada mais fez que conformar o conceito de “interesse público”, nesse caso específico, à sistemática constitucional, que estabelece papéis de tutela ao Estado e consagra ainda a garantia de direitos trabalhistas. A norma em questão mereceu adequação pela via da interpretação constitucional, realizada pelo Supremo, ao densificar o conteúdo trazido pela norma, “de vez que o favor legal não se mostrava apto a servir a qualquer fim público juridicamente relevante”.⁶⁰²

[...] naquela mesma decisão, [...] se entendeu, de forma também expressa, que a constitucionalidade desse preceito não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal, os quais, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública, quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução daquele contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento daquelas obrigações trabalhistas.⁶⁰³

⁶⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 51.

⁶⁰² BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.51.

⁶⁰³ PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.206.

A posição do STF foi guiada pelo dever de proporcionalidade. Recomendava o interesse público, na espécie, a proteção ao erário – intenção privilegiada do legislador, no mencionado dispositivo legal –, mas, essencialmente, a tutela de trabalhadores terceirizados desamparados quando da atuação ineficiente do Poder Público, “e não a chancela automática e apriorística da prerrogativa do Poder Público”.⁶⁰⁴

Incorporando à análise conclusões sobre a reconfiguração do paradigma da supremacia do interesse público de Gustavo Binenbojm, pode-se interpretar que o juízo cognitivo pelo qual o “interesse público” foi alcançado, na decisão do Supremo, em relação à constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, percorreu o *iter* do postulado da proporcionalidade, que buscou realizar uma ponderação entre os interesses no “campo” dado – nos termos de Bourdieu –, e “não uma mera identificação do interesse público com o interesse estatal”.⁶⁰⁵

Quanto à necessidade de releitura do paradigma da legalidade, no âmbito do Direito Administrativo, para desconstruir a concepção de vínculo positivo à lei, Gustavo Binenbojm afirma existir, hoje, uma crise da lei formal, gerada pela inflação legislativa; uso histórico da lei para fundamentar a injustiça; maior controle do processo legislativo pelo Poder Executivo; constitucionalização do Direito; ampliação de novas formas de juridicidade.⁶⁰⁶

Esse conjunto amplo de fatores contribuiu para *dessacralizar* o mito rousseauiano da lei como expressão da *vontade geral*, fundamento único do poder legítimo e veículo principal de expressão das normas disciplinadoras das atividades do Poder Público e dos particulares.⁶⁰⁷

A constitucionalização do Direito Administrativo retira da lei a exclusividade no desempenho do papel de fundamento único e último do exercício das funções administrativas, tornando-se a Constituição, sistema de regras e princípios, pressuposto essencial de validade e legitimidade da Administração Pública e sua atuação. O princípio da legalidade torna-se apenas mais um princípio, entremeado ao plexo estabelecido pela Carta Constitucional, vinculando-se a conduta administrativa à juridicidade e não mais à estrita legalidade. A juridicidade apresenta conceito mais amplo e abrangente que aquele concebido pela

⁶⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.53.

⁶⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p.53.

⁶⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

⁶⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 53.

legalidade, designando a conformidade da atuação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo.⁶⁰⁸

O princípio da juridicidade, portanto, está ancorado em variados graus hierárquicos: em regras e princípios constitucionais essenciais, especialmente, definidores de direitos fundamentais e valores democráticos; em leis formais ou atos com força de lei – reguladoras de uma série de matérias administrativas; em atos administrativos normativos –; regulamentos; e ainda em um conjunto de situações de juridicidade *contra legem*.⁶⁰⁹

Entretanto, são os princípios constitucionais, concebidos por José Joaquim Gomes Canotilho, como núcleos de condensação de valores,⁶¹⁰ que redesenham efetivamente a conduta administrativa, buscando direcioná-la para a democratização da atuação do Estado e o comprometimento com a realidade social regulada pela principiologia constitucional.

Busca-se, assim, formular uma *concepção estrutural de constituição*, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá conteúdo o conteúdo fático e o sentido axiológico. [...] Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos *constitucionais* do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: *a constituição*.⁶¹¹

A juridicidade administrativa, portanto, longe de se subsumir à fiel aplicação do texto legal, passa a incorporar valores constitucionalmente consolidados, não sendo plausível a justificação da conduta administrativa pela mera vinculação positiva à lei. No entendimento de Gustavo Binimbojm, a Administração Pública continua a atuar: segundo a lei, quando for constitucional – atividade *secundum legem* –; independentemente ou para além da lei – atividade *praeter legem* –, podendo encontrar fundamento direto na Constituição; ou conforme o Direito, ainda que contra a lei – atividade *contra legem*, mas com fundamento na aplicação da principiologia constitucional – com fulcro na ponderação da legalidade a partir de outros princípios constitucionais.⁶¹²

Essa última possibilidade de atuação, inclusive, era, em certa medida, o fundamento da interpretação dada por parte da jurisprudência trabalhista ao §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93,

⁶⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

⁶⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

⁶¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p. 49.

⁶¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.39.

⁶¹² BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

considerando-o inconstitucional. Entendia-se, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 16, que o dispositivo, lido à luz da principiologia constitucional e do rol de direitos tutelados pelo texto da Constituição, era inconstitucional e, portanto, embora a Administração estivesse atuando *secundum legem*, ao eximir-se do pagamento de eventuais encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada, atuava o Poder Judiciário *contra legem* – compreendendo-se que o traçado de possibilidades definido por Gustavo Binjenbojm seja também aplicável aos demais poderes –, ao condenar a Administração Pública pela responsabilidade subsidiária em relação aos referidos encargos, mas com fundamento na aplicação da principiologia arremetida pela tessitura constitucional.

Para o autor, portanto, toda a sistematização de “poderes” e “deveres” da Administração Pública (e demais poderes,) torna-se delineada pela densificação constitucional, com destaque para a sistematização de direitos fundamentais e normas definidoras do regime democrático, dada “sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito”.⁶¹³

*A filtragem constitucional do Direito Administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.*⁶¹⁴

Embora a Constituição da República de 1988 minudencie traços corporativistas da Administração Pública, em detrimento de um lastreamento com feições mais garantísticas, o plexo axiológico trazido pelo texto constitucional permite construir esteios de ressignificação do Direito Administrativo brasileiro, por meio da releitura de institutos e conceitos caros ao ramo. A consagração de princípios setoriais, insculpidos no *caput* do art. 37, por exemplo, representaram avanço no trato da gestão pública.

As transformações inerentes ao contexto pós-moderno, como visto, modificadoras do edifício social e do conjunto de institucionalidades reguladoras da realidade, impõem conformações e mutações dos esquemas tradicionais de estruturação do Estado e do modelo doutrinário e gerencial conduzido pelo Direito Administrativo, especialmente, quando está envolvida a tutela de direitos fundamentais e de valores democráticos, sendo necessária a concepção de novas ferramentas de análise, a releitura da dogmática jurídica convencional e o redesenho do traçado tradicional do Estado.

⁶¹³ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

⁶¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 55.

5.3 Contextualizando o Escopo Produtivo no Pano de Fundo Pós-moderno: O Papel do Estado, a Licitação e o Trabalhador

A empresa nos dias atuais é um imenso cosmos, no qual o indivíduo nasce, e que se apresenta a ele, pelo menos como indivíduo, como uma ordem de coisas inalterável, na qual ele deve viver. Obriga o indivíduo na medida em que ele é envolvido no sistema de relações de mercado, a se conformar às regras de ação capitalistas. O fabricante que permanentemente se opuser a estas normas será economicamente eliminado, tão inevitavelmente quanto o trabalhador que não puder ou não quiser adaptar-se a elas será lançado à rua sem trabalho (Max Weber).⁶¹⁵

Em apertada síntese, no escopo das relações produtivas,⁶¹⁶ mediadoras de novas conformações de modelo de Estado, gestão e teorização jurídica, no período pós-guerra, que se estendeu de 1945 a 1973, configurou-se um conjunto de práticas de controle do trabalho, tecnologias e hábitos de consumo que marcaram um novo estágio no desenvolvimento das forças produtivas do sistema capitalista, conhecido como Fordismo. A introdução do modelo fordista de produção nasceu, segundo David Harvey, de uma experiência isolada, aplicada por Henry Ford, em 1914, determinando o dia de oito horas e cinco dólares como recompensa para os trabalhadores da linha de montagem de carros em sua fábrica, nos Estados Unidos.⁶¹⁷

A estrutura fordista determinava a adaptação do trabalhador a longas horas de trabalho rotinizado, induzido pela linha de montagem, cujo ritmo era estabelecido pela esteira: as habilidades manuais tradicionais eram substituídas por tarefas repetitivas. A linha de produção provocava maior especialização do trabalho, aumentando a produtividade e barateando custos.

A inovação do fordismo estava exatamente na produção em massa, voltada para o consumo também massificado. O operário era duplamente importante, nesse novo sistema, no entendimento de David Harvey: como produtor e consumidor.⁶¹⁸ Isso explica a importância dada à vida do operário fora da fábrica; seus hábitos e comportamento eram acompanhados por um novo tipo de profissional: o assistente social.

Anterior ao fordismo, o sistema criado por Taylor, no início do século XX, também nos Estados Unidos, ganhou caráter racionalizado. O planejamento do sistema produtivo taylorista impunha a separação entre tarefas de concepção e direção, distintas daquelas de

⁶¹⁵ WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Abril, 1974, p.188.

⁶¹⁶ Vide COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. As relações de trabalho, a máquina e o fato. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 91-106, jan./jun. 2010.

⁶¹⁷ HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

⁶¹⁸ HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

execução. Houve apropriação do saber operário pelo capital que, ao sistematizá-lo, definiu regras, leis e fórmulas que passaram a ser implementadas no bojo de uma estrutura hierarquizada.

Comparando os dois sistemas, podem ser apontados aspectos de complementaridade e diferenças: no fordismo, a correia transportadora rompeu com a individualização determinada por Taylor, substituindo definitivamente os postos de rendimento individuais e estabelecendo a supremacia da produção em série. Porém, ambos foram adaptados ao sistema produtivo, muitas vezes sendo utilizados de forma híbrida.

O significado do fordismo deve ser compreendido no contexto de reestruturação da sociedade capitalista, atingida pela crise de 1929, quando reformas institucionais e políticas definiram um novo papel a ser desempenhado pelo Estado, alinhado ao capital corporativo, procurando a cumplicidade de sindicatos dispostos a colaborar com os patrões de aumento da produtividade em troca de ganhos salariais.

As grandes corporações procuraram definir os caminhos do crescimento do consumo de massas por meio de treinamentos, *marketing*, criação de novos produtos, estabelecimento de estratégias de preços e de obsolescência planejada de equipamentos e produtos. Coube ao Estado, no entanto, assumir políticas fiscais e monetárias, possibilitando investimentos públicos nos setores de transporte e equipamentos sociais necessários ao crescimento da produção e à garantia de pleno emprego.

A partir da década de 70, como mencionado no capítulo 1, o sistema de produção capitalista passou a sofrer escoriações que iriam remodelar todo o modelo de Estado, de produção e de estruturação social até então vigente. O padrão taylorista/fordista, associado ao keynesianismo, que prosperou até o final da década de 1960, entrou em decadência, diante do esgotamento do sistema posto, da desvalorização do dólar, do excesso de produção, com conseqüente elevação da taxa de juros, da crise do petróleo, da falência do *welfare state* e do acordo de Bretton Woods.

No processo de construção de viabilizações estruturais para a manutenção do sistema capitalista, a rigidez do taylorismo/fordismo foi superada pelo sistema de acumulação flexível; configurou-se novo padrão produtivo e tecnológico, determinando novas relações entre capital e trabalho. O mercado mundial impôs um novo padrão de consumo, apresentando níveis de exigência elevados quanto à qualidade e diversidade, aguçando a competitividade entre as empresas que investiam em tecnologia para acompanhar a agilidade imposta pelas relações internacionais.

Surgiu, dessa organização fabril, um trabalho redimensionado, gerando maior proximidade entre as tarefas de concepção e de execução. Inaugurou-se a tendência à redução da hierarquia, predominando o trabalho em equipe, integrando atividades de controle, direcionamento e manutenção, provocando maior autonomia dos grupos de trabalho, apontando para um novo perfil do profissional polivalente. São os chamados modelos de especialização flexível, com maior capacidade de associação de dados e informações, além de capacidade de decisão frente a situações complexas.

O toyotismo, novo modelo de organização produtiva capitalista, buscou reconfigurar o sistema de produção, de modo a estabelecer novos esteios de produtividade para além das possibilidades das economias de escala e do padrão taylorista/fordista consolidado, assumindo novas práticas gerenciais, novas formas de controle de qualidade e racionalizando a produção em conformidade com o redesenho do sistema capitalista.

Como resposta à sua própria crise, iniciou-se um processo de reorganização do capital e de seu sistema ideológico e político de dominação, cujos contornos mais evidentes foram o advento do neoliberalismo, com a privatização do Estado, a desregulamentação dos direitos do trabalho e a desmontagem do setor produtivo estatal, da qual a era Thatcher-Reagan foi expressão mais forte; a isso se seguiu também um intenso processo de reestruturação a produção e do trabalho, com vistas a dotar o capital do instrumental necessário para tentar repor os patamares de expansão anteriores.⁶¹⁹

O quadro posto, para além das transformações na estruturação da modernidade, já mencionadas nas seções anteriores, redefiniu o agir estatal, a modelagem jurídica e as conformações sociais vigentes. No bojo das relações de trabalho, em apertada síntese, a revolução tecnológica, associada à reestruturação produtiva em processo, passou a exigir elevação da qualificação, absorvendo um grupo reduzido de operários e descartando uma parcela considerável de não aptos e/ou não úteis.

Foram reduzidos postos de trabalho, pela adoção dos sistemas de reengenharia das fábricas e pela substituição dos trabalhadores de funções repetitivas por máquinas mais eficientes e de baixo custo operacional. O desenho reconfigurado foi pautado pelo crescimento do desemprego e de formas contratuais contingenciais, temporárias, terceirizadas e fragmentadas. As funções de controle, importantes no período taylorista, também perderam sua razão de existir, pois os instrumentos mecanizados já possuíam um sistema de controle da força de trabalho.

⁶¹⁹ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 31.

Do ponto de vista do modelo político adotado nesse contexto, o neoliberalismo, concebido em substituição ao modelo do *welfare state*, propôs como objetivo primeiro a “busca da eficiência estatal, atribuindo ao livre mercado globalizado o papel de promover a economia de forma autônoma à política, de modo que, à iniciativa privada, em condições de forte concorrência, devem ser destinados os bônus e os ônus da flutuação mercadológica”.⁶²⁰

O Estado, em relação às suas funções precípuas, foi minimizado, no mesmo viés do liberalismo oitocentista, calcado na “mão invisível smithiana”,⁶²¹ deixando de responder, de forma eficaz, às novas condições gestadas pela excessiva industrialização e complexas transformações inerentes à pós-modernidade e ao colapso de um sistema produtivo que atingiu seu limite. Entretanto, a simples diminuição do Estado à escala mínima, não “corresponde aos anseios e às necessidades da sociedade contemporânea, nem tampouco às necessidades de equilíbrio do sistema econômico (em benefício dele próprio e do sistema social) [...]”.⁶²²

O problema é que o programa neoliberal não leva em conta adequadamente as mudanças culturais vividas pelo capitalismo. Isto é, o velho modelo liberal pressupunha uma conduta ascética por parte dos burgueses. Dava-se como certo que, dada a disponibilidade de recursos, estes burgueses investiriam mais e controlariam seus gastos. Descartava-se aprioristicamente a hipótese de que tais setores pudessem entrar numa corrida desenfreada de consumo dispendioso, conducente ao desperdício e ao desinvestimento. Mas foi precisamente isto o que ocorreu.⁶²³

O fenômeno neoliberal implementou uma releitura mal contextualizada, diante das mutações e novidades da pós-modernidade, do liberalismo oitocentista. O balanço, no entendimento de Perry Anderson *et al*, é marcado por um enorme retrocesso social, com forte agravamento das desigualdades.⁶²⁴ O neoliberalismo, portanto, é “uma superestrutura ideológica e política que acompanha uma transformação histórica do capitalismo moderno”,⁶²⁵ que necessita, com bastante acuidade, ser filtrado pela atuação de um Estado

⁶²⁰ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 19.

⁶²¹ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 19.

⁶²² GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 19.

⁶²³ ANDERSON, Perry et al. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 145.

⁶²⁴ ANDERSON, Perry et al. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 139-180.

⁶²⁵ THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 39.

ciente de suas atribuições, dotado de capacidade gestora e relido à luz de pressupostos constitucionalizantes dos conceitos e institutos de governança e de relação administrativa.

Como mencionado em seções anteriores, o empreendimento capitalista desempenhou papel de relevo no afastamento da vida social moderna em relação às instituições do mundo tradicional, dado seu caráter dinâmico e demandas por um sistema econômico competitivo, marcado por processos de transformação em mercadoria. A modernidade, na concepção weberiana, conforme já salientado, foi marcada pela concertação de elementos técnicos, econômicos e políticos, propiciadores do desenvolvimento científico, concentração dos meios de produção e surgimento do Estado como expressão da racionalidade da sociedade capitalista, sustentado em um escopo jurídico formalizado e instrumentos de governança manipulados por uma burocracia especializada.

Só a modernidade e a diferenciação funcional da sociedade em sistemas parciais dotados de códigos e linguagens específicos foram capazes de criar as bases para a separação do direito, do Estado, e da função administrativa do amálgama tradicional, dando corpo, então, sob o prisma dessa função, ao Estado administrativo, como esfera operativa estatal autônoma e vinculada à lei.⁶²⁶

O Estado administrativo, vinculado ao sistema funcional administrativo, assumiu, no entendimento de Maria Coeli Simões Pires, sucessivas modelagens, refletindo mutações de concepção política e adaptando-se “às necessidades operacionais e materiais da função administrativa, nos sucessivos cenários paradigmáticos”.⁶²⁷ Nessa linha, o Estado pós-moderno necessita ser ressignificado, à luz das mutações trazidas à estruturação da modernidade pelo contexto pós-moderno e da reconfiguração impactante no sistema produtivo capitalista.

O modelo de racionalidade estatal pós-moderno deve ser capaz de promover um processo de assimilação antropofágica, absorvendo as condicionantes da tessitura constitucional e as variáveis axiológicas de estruturação democrática para reler, com propriedade, o processo globalizatório que perpassa a sociedade capitalista, bem como os mecanismos de mercado e de concorrência, os meios de troca, a democracia neoliberal, seus instrumentos de governança e, com especial ênfase, nessa pesquisa, a própria construção discursiva – teórica e prática – do Direito Administrativo.

⁶²⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e Responsabilidade na Gestão Pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60-74, out./Nov./dez/ 2011, p. 62.

⁶²⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60-74, out./Nov./dez/ 2011, p. 62.

“Nada mais original, nada mais intrínseco a si que se alimentar dos outros. É preciso, porém, digeri-los. O leão é feito de carneiro assimilado”.⁶²⁸ Na perspectiva habermasiana, inclusive, a legitimidade do Estado e do próprio Direito requer assimilação, ao influxo da discursividade da tessitura constitucional e dos grupos sociais, apreendida por meio da necessária porosidade dos institutos, conceitos e instrumentos do Direito Administrativo. A abertura discursiva do Direito – em todos os seus ramos, inclusive, justrabalhista – é a pedra de toque da ressignificação das estruturas e do papel do Estado e das necessárias releituras no âmbito da análise do interesse público e da aplicabilidade do Direito na práxis cotidiana.

Os conceitos jurídicos não podem ser formalmente rigorosos, nem podem ser formulados como axiomas lógicos herméticos. São topos de argumentação, lugares comuns, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, construídos à luz da principiologia constitucional vigente. Nessa linha, no âmbito do recorte proposto, a tutela dos direitos trabalhistas no procedimento licitatório, faz-se necessário construir, diante das considerações formuladas, fórmulas de releitura e ressignificação do papel do Estado, do Direito Administrativo e do próprio Direito do Trabalho, no que se refere à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, sob a ótica das recomposições pós-modernas e das estruturações produtivas globalizadas.

No âmbito do recorte investigatório proposto, o ponto principal da argumentação jurídica favorável à necessidade de observância dos direitos trabalhistas na licitação é o fato de que o Estado tem como papel fundamental resguardar direitos tutelados pelo texto constitucional, tanto em virtude da moderna concepção hermenêutica, que privilegia a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais, quanto pela sua função precípua de tutor das normas trabalhistas cogentes, de ordem pública.

Como mencionado, conceber a existência de um princípio, no bojo do Direito Administrativo pós-moderno, preconizador da supremacia do interesse público sobre o privado, apriorística e abstratamente considerado, atenta contra as premissas de um neoconstitucionalismo calcado na abertura conceitual à principiologia das constituições e ainda contra anseios e demandas da própria sociedade, destinatária da atuação estatal. As figuras doutrinárias no Direito devem ser abertas, fluidas, de modo a assumir significações que tenham consonância com a principiologia constitucional e com o conjunto de fatos insertos da realidade analisada. A noção de interesse público, cara ao ramo do Direito

⁶²⁸ VALÉRY *apud* SANTIAGO. SANTIAGO, Silvano. O Entre-lugar do Discurso Latino-americano. In: SANTIAGO, Silvano. **Uma literatura nos trópicos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 19.

Administrativo, carrega, portanto, essa necessária plasticidade à realização do Direito como ideal de justiça.

Afirma Gustavo Binjenbojm que, mesmo em países que adotaram constituições dirigentes, como é o caso brasileiro, a doutrina administrativista permaneceu conferindo conceituações desvinculadas dos preceitos constitucionais. “No mais das vezes, o discurso da autonomia científica do Direito Administrativo serviu de pretexto para *liberar* os administradores públicos da normatividade constitucional”,⁶²⁹ legitimando conceitos esvaziados ou descontextualizados de “interesse público” e definindo discricionariedade administrativa como margem de liberdade decisória aos gestores públicos sem lastro constitucional.

A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras nela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.⁶³⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito jurídico de interesse público seria o interesse do todo, da sociedade, e ressalta que existe um “falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse [...] desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo”.⁶³¹

No caso do procedimento licitatório, o interesse público corresponde à demanda da sociedade por lisura, eficiência, proteção ao patrimônio público e justiça e, mesmo sendo os direitos trabalhistas direitos, em certa medida, individuais, há sempre a tônica coletiva do Direito do Trabalho e o impacto socializado do descumprimento no *locus* social em que se insere a gama de trabalhadores terceirizados prejudicados pelo não cumprimento de obrigações trabalhistas. O interesse público incorpora as demandas individuais na medida em que refletem um *ethos* social.⁶³²

Entretanto, para além da argumentação relativa ao caráter coletivizado dos direitos individualmente assegurados ao trabalhador, ainda mais relevante é a necessidade de dar

⁶²⁹ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 65-66.

⁶³⁰ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 66.

⁶³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.56.

⁶³² SENA, Adriana G. O.; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. O procedimento licitatório: tratamento digno para as obrigações trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 57, p. 11-36, jul./dez. 2010.

concretude ao conceito de interesse público a partir da sistemática constitucional dos direitos fundamentais, contemplando “restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição”.⁶³³

“Ao Estado legislador e ao Estado administrador, incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade”.⁶³⁴ A Constituição é um texto normativo, dotado de regras e princípios basilares que almeja permanência e estabilidade jurídico-social, não sendo “um simples ideário”,⁶³⁵ mas estabelecendo comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos pela realização de justiça social, “constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”.⁶³⁶

5.3.1 Procedimento Licitatório, Direitos Trabalhistas e Tessitura Constitucional

Nessa linha, abstendo-se o Estado da responsabilidade de imprimir realização aos direitos trabalhistas, como no caso do procedimento licitatório, é nítida a violação à principiologia constitucional. A edição da Lei n. 12.440/2011, que inseriu o requisito de comprovação de regularidade trabalhista na fase de habilitação da licitação, como sugeria o projeto de pesquisa desta investigação, amenizou o problema relativo ao descumprimento de obrigações trabalhistas no bojo do procedimento.

A exigência da Certidão Negativa de Débito Trabalhista resgatou a responsabilidade ética e constitucional do Estado perante a necessidade de tutela de direitos de cunho trabalhista, além de reduzir, de modo substancial, a probabilidade de contratação, pela Administração Pública, de licitante descumpridor de encargos de natureza trabalhista, preservando o interesse público de duas maneiras: protegendo o patrimônio público, dada a possibilidade de responsabilização do Poder Público, se comprovada a culpa *in vigilando*; o trabalhador, cujos direitos alimentares adquirem menor violabilidade; e a própria sociedade, ao serem evitados os impactos do inadimplemento.

⁶³³ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 51.

⁶³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 51.

⁶³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.11.

⁶³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.12.

Por este motivo, nada mais lógico e salutar que o próprio Estado seja o primeiro a exigir a comprovação de inexistência de débitos trabalhistas como requisito para celebrar contratos com particulares, assim como exige a comprovação de inexistência de débitos tributários. Isto porque a comprovação de regularidade tributária atende ao interesse público indireto – de caráter patrimonial do próprio Estado – ao passo em que a comprovação da regularidade trabalhista atende ao interesse público primário, garantindo a efetivação de direitos fundamentais dos jurisdicionados, o que é de interesse geral de toda a coletividade.⁶³⁷

A licitação necessita ser compreendida como instituto e procedimento que carece de releitura pelo viés do princípio do devido processo legal, voltado para a substância, para além da forma, devendo ser percebido à luz da dialogia e abertura discursiva. A noção de devido processo legal, pressuposto do Estado Democrático de Direito, sustentador do estrato político-jurídico democrático na ordem constitucional vigente, garante exercício de cidadania, autonomia coletiva e tutela de direitos e garantias fundamentais.

O devido processo legal, como garantia e direito constitucionalmente assegurado, certifica às partes cumprimento do regramento juridicamente posto, sendo, em verdade, mais que direito, mas pressuposto democrático: “as normas constitucionais não são exatamente as regras do jogo, são na verdade regras preliminares que possibilitam o desenrolar do jogo”.⁶³⁸ O procedimento licitatório é instrumento por excelência da Administração Pública para proteção patrimonial, o que revela, nessa linha, a importância da releitura do instituto pelo viés de uma processualidade constitucionalizada, com o propósito de ressignificá-lo como ferramenta de tutela democrática do erário, de direitos do trabalhador terceirizado e da própria coletividade.

A licitação, relida pela acepção do devido processo legal, como ferramenta de promoção de segurança jurídica e de efetivação da ordem jurídico-social, requer, a partir da concatenação de atos que possibilitam a interlocução entre as partes para ajuste de interesses, porosidade suficiente para captar e absorver a discursividade constitucional, para a construção de validades, a partir do reconhecimento intersubjetivo,⁶³⁹ e incorporação de aspectos diluídos na arquitetura discursiva do ordenamento jurídico.

Nos mesmos moldes de um processo, na teorização de Elio Fazzalari, a licitação deve ser compreendida como concatenação de atos, realizada em contraditório, entre os interessados, pautada pela “possibilidade de participação simetricamente igual dos

⁶³⁷ VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012, p. 178.

⁶³⁸ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p.20.

⁶³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

destinatários do ato de caráter imperativo que esgota o procedimento”.⁶⁴⁰ O procedimento, nesse viés, conformado pelo devido processo constitucional – dado seu *status* de norma inserta na principiologia da Constituição de 1988 –, permeado pelo contraditório e ampla defesa, deve primar pela efetivação de direitos, dada a centralidade do sistema de direitos fundamentais, instituído pela Constituição de 1988 .

A instrumentalidade do processo impõe, inclusive, no entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, a perseguição, pelo Estado, de objetivos de três ordens: sociais, políticos e jurídicos.⁶⁴¹ O efetivo cumprimento dos direitos e garantias constitucionais encontra-se subsumido, por imperativo lógico-sistemático, na ideia de devido processo constitucional, tornando-se fundamental a permeabilidade do regramento, da principiologia e dos atos às nuances da realidade, aos reclamos das partes e suas particularidades e às demandas da sociedade, em especial, no âmbito da licitação – mesmo não sendo tecnicamente um processo, mas um procedimento administrativo –, por envolver direitos e garantias constitucionais essenciais.

A democratização e releitura do procedimento licitatório, à luz de preceitos de sustentabilidade e construção constitucionalizada, tornam-se necessárias não apenas do ponto de vista procedimental, mas, principalmente, para legitimá-lo, do ponto de vista habermasiano, ao influxo da discursividade de nuances sociais a ela subjacente: “[...] os problemas administrativos exigem cada vez mais soluções plurais [...]”.⁶⁴²

A leitura constitucionalizada do procedimento licitatório, portanto, estabelece o tom da necessária acuidade no tratamento interpretativo da realidade, para que se estabeleçam, como citado no capítulo 3, controles civilizatórios, utilizando o termo de Maurício Godinho Delgado, buscando-se evitar a precarização do trabalho e da mão de obra terceirizada. A Administração Pública, ao atuar com negligência, torna-se agente de desregulamentação e flexibilização de direitos, além de tornar-se eventual garantidora dos créditos trabalhistas, conforme entendimento consagrado na nova redação da Súmula n. 331 do TST e na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16.

A decisão do STF densificou e garantiu tom constitucionalizado ao conteúdo do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, ao permitir, diante de cada caso concreto, a aferição, pela Justiça do

⁶⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 96.

⁶⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 48.

Trabalho, de culpa *in vigilando* da Administração Pública para possível responsabilização. As teorias e institutos jurídicos, por resultarem de um *ethos* social, cumprem determinadas funções sociais e, para tanto, devem utilizar-se da tópica: não é um método porque não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, parâmetros de julgamento; “é um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles”.⁶⁴³

Viehweg, na famosa obra *Tópica e Jurisprudência*, acentua que o Direito sempre foi destinado a solucionar questões práticas, problemas concretos. Todavia, a contar da Modernidade, passou a ganhar relevo a dimensão sistêmica do fenômeno jurídico, encarando o problema, a partir de então, como uma questão meramente secundária. Assim, sua proposta metodológica consiste justamente em reavivar o raciocínio jurídico voltado para o problema e não para a norma, como ocorria, por exemplo, no antigo direito romano. Viehweg redescobre, pois, a tópica.⁶⁴⁴

O interesse público, nessa linha, necessita ser densificado e significado à luz da problemática do caso concreto, do conjunto probatório e das nuances definidoras da licitação realizada, da execução contratual arrimada e da conduta da Administração conforme ditames de efetividade. Não é possível aplicar, aprioristicamente e em abstrato, a casos que envolvam descumprimento de encargos trabalhistas, um princípio que padece de inconsistência teórica – a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A sistemática constitucional dos direitos fundamentais é o fundamento e conteúdo de densificação de todo e qualquer princípio que, por definição, é norma de tessitura aberta, carecedora de contextualização, à luz dos demais princípios igualmente relevantes do ordenamento jurídico.

Verificada a culpa da Administração na fiscalização da execução do contrato administrativo, deverá ser responsabilizada em relação aos créditos trabalhistas pertencentes ao trabalhador que despendeu energia e força de trabalho em benefício do interesse público. O dispositivo, quando aplicado ao caso concreto, deve ser interpretado conforme a Constituição de 1988 e todo o ordenamento jurídico pátrio, pautando-se sempre por uma concepção de nova hermenêutica, sustentada em um olhar eminentemente principiológico e teleológico, fundamento, inclusive, a edição da Súmula n. 331 do TST.

A Administração Pública, nos casos de terceirização da prestação de serviços, é beneficiária direta do trabalho despendido e, portanto, caso haja inadimplência em relação ao pagamento das contraprestações trabalhistas devidas, em razão de conduta omissiva do Poder Público em relação à fiscalização, deve ser, responsabilizada, sob pena de comprometimento

⁶⁴³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Editora UnB, 1979, p.2.

⁶⁴⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, 2000, p. 68.

do caráter alimentar do crédito trabalhista e subversão teleologia do Direito do Trabalho, comprometendo, inclusive, a segurança jurídica que deve envolver as relações jurídicas.

Embora tenha o crédito trabalhista um caráter individualizado, é sempre necessário lembrar o impacto coletivo, de cunho social, econômico e até pedagógico, de contratações não pagas pelo Poder Público, considerando que o próprio Estado estaria esvaziando não apenas a principiologia constitucional, voltada para a tutela de direitos trabalhistas, mas também a conduta ética que deve envolver a Administração Pública, norteadada pelo Princípio da Moralidade – art.37 CR/88.

Para além, deve-se salientar que dispõe a Administração Pública de prerrogativas que o regime jurídico-administrativo lhe confere. O §1º do art.71 da Lei n. 8.666/93 foi interpretado, pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, em conformidade não apenas com o texto constitucional, mas com a sistemática da Lei de Licitações, que disponibiliza ao Poder Público a prerrogativa de fiscalização do contrato e, ainda, a possibilidade de exigência de garantias contratuais, previstas no art.56.

A concepção de máxima efetividade dos direitos fundamentais autoriza interpretação em prol do resgate da função teleológica trabalhista, sustentada no bem-estar do trabalhador e na sua proteção contra as adversidades da pós-modernidade.⁶⁴⁵ A Carta de 1988 autoriza essa leitura tanto do ponto de vista normativo, por prever expressamente um rol de direitos trabalhistas a ser tutelado, quanto do ponto de vista principiológico, tendência, inclusive, da moderna hermenêutica, por serem os princípios dotados de força normativa.

O Direito Administrativo manteve-se, no entendimento de Gustavo Binbenojm, deslocado do Direito Constitucional: “a própria *descontinuidade* das constituições, em contraste com a *continuidade* da burocracia, contribuiu para que o Direito Administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios [...]”.⁶⁴⁶ A posição do STF, nessa guisa, pautada pela correção deste descompasso, foi guiada pelo dever de proporcionalidade, sustentada no interesse público, entendido, na espécie, como proteção ao erário, mas, também, como a tutela de trabalhadores terceirizados, desamparados quando da atuação ineficiente do Poder Público.

Assim, num campo teórico como o jurídico, **pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático**, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, **as figuras**

⁶⁴⁵ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização**. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: Ltr, 2003, p.176.

⁶⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007, p. 65.

doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras ‘fórmulas’ [...] de solução de conflito. **Noções-chaves como ‘interesse público’, in dúbio pro reo ‘autonomia da vontade’ guardam um sentido vago que se determina em função de problemas**, como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado [...] **problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aporia nuclear [...]: a aporia da justiça** (grifo nosso).⁶⁴⁷

A densificação de conceitos jurídicos perpassa, portanto, a invocação da justiça, da moralidade, mas, essencialmente, da sustentabilidade. O Estado Sustentável, no entendimento de Juarez Freitas, implica completa ressignificação da arquitetura teórica e prática, no âmbito das relações administrativas, relidas “como relações cuja finalidade é o primado duradouro dos direitos fundamentais, tendo como um dos polos o Estado-Administração”.⁶⁴⁸

A licitação, nos termos da Lei n. 8.666/93, destina-se a garantir a realização do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser processada e julgada em conformidade com os princípios da impessoalidade, legalidade, igualdade, moralidade, probidade administrativa, publicidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório e demais correlatos.⁶⁴⁹

Para além, a realização do procedimento apresenta, como objetivos: a realização da contratação mais vantajosa à Administração Pública; a garantia de participação isonômica dos administrados nos negócios realizados pela Administração Pública; e promoção da sustentabilidade, em sentido amplo, significando proteção aos interesses e recursos públicos, obediência à principiologia constitucional, mas, essencialmente, garantia e tutela de direitos fundamentais envolvidos no procedimento.

Juarez Freitas defende a implementação de uma “agenda da sustentabilidade”, onde se inclui a realização obrigatória de licitações sustentáveis, que pressupõem a adoção de critérios objetivos para classificação e avaliação das propostas, mas, essencialmente, a adoção de um novo conceito de proposta vantajosa,⁶⁵⁰ sustentável, democraticamente concebida e constitucionalmente garantida.

⁶⁴⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Editora UnB, 1979, p.3-4.

⁶⁴⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.286.

⁶⁴⁹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 abr. 2012.

⁶⁵⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.90-91.

Nesse sentido, a CF também deixou de ser fetiche, o que é bom. É bom que uma Constituição não seja encarada como um texto sagrado, mas como um texto vivo que pode ser modificado, cujo sentido depende da disputa política. Juristas de renome que costumam gritar aos quatro ventos que algo é inconstitucional não estão fazendo nada mais do que entrar em uma disputa política pelo sentido do texto [...].⁶⁵¹

Como define Pierre Bourdieu, o texto jurídico – assim como o texto literário, religioso ou filosófico – é perpassado por disputas porque a leitura é “uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”.⁶⁵² O “campo” jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o Direito: a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência, ao mesmo tempo social e técnica, que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar – de maneira mais ou menos livre ou autorizada – um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.⁶⁵³

[...] a transformação dos conflitos inconciliáveis em permutas reguladas de argumentos racionais entre sujeitos iguais está inscrita na própria existência de um pessoal especializado, independente dos grupos sociais em conflito e encarregado de organizar, segundo formas codificadas, a *manifestação pública* dos conflitos sociais e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais, pois que são definidas segundo as regras formais e logicamente coerentes de uma doutrina percebida como independente dos antagonismos imediatos.⁶⁵⁴

O próprio Direito, portanto, no entendimento de Pierre Bourdieu, é uma forma de poder simbólico que confere às realidades permanência e busca a consagração da “ordem” ao corroborar a visão dessa mesma ordem, que é a visão do Estado: O Direito “faz o mundo social”.⁶⁵⁵ Entretanto, entre a ordem, definida pelo Direito, e a reflexão sobre ela, há a “experiência nua da ordem e seus modos de ser”, segundo Foucault, que devem ser interpretados, decifrados e analisados como definidores da própria ordem.⁶⁵⁶ O raciocínio jurídico precisa imbuir-se, para além dos ditames constitucionais, dos elementos de realidade que permeiam a tessitura constitucional e seus vetores de democracia, para apreender o que está além da ordem e o que a legitima cotidianamente.⁶⁵⁷

⁶⁵¹ NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, nº 82, p.97-108, novembro 2008, p. 103.

⁶⁵² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 213.

⁶⁵³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 226.

⁶⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 228.

⁶⁵⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 237.

⁶⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶⁵⁷ COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. **science of law and anthropology: Methodology of Otherness**. 2011. XXV World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy - 25th IVR World Congress.

As relações no “campo” “licitação”, em sentido Bourdieusiano, instituem verdadeiro *locus*, ocupado por todos os atores envolvidos na dinâmica da práxis, estribado na formulação de luta simbólica para definição de arregimentações sociais, políticas, jurídicas e econômicas, cujo *habitus*, entendido como conjunto de comportamentos consolidado para leitura e interpretação da realidade, desempenha papel fundamental na composição de estratégias para posicionamento mais vantajoso.

A autocompreensão normativa do Estado Democrático de Direito, no entendimento de Maria Coeli Simões Pires, instaurada pela Constituição de 1988, está pautada pela necessidade de consagrar novo conteúdo ao sistema administrativo, além de redefinir suas estruturas e sua identidade, para desvinculá-las de formas e práticas autoritárias e burocráticas.⁶⁵⁸ Nessa linha, o conteúdo dado ao plexo administrativo necessita retirar da lei a exclusividade no desempenho do papel de fundamento único das funções administrativas, para transformar a Constituição da República em pressuposto essencial de validade e legitimidade da Administração Pública e sua atuação.

O Direito Administrativo, no Estado Democrático de Direito, impõe nova percepção sobre as prerrogativas estatais. A cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político - como fundamentos do Direito - e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem tolerância a quaisquer formas de discriminação, condicionam a manifestação de poder da Administração Pública.⁶⁵⁹

A tensão entre a eficiência e legitimidade democrática é um dos debates primordiais da Administração Pública pós-moderna. A licitação, nesse sentido, para angariar esteios de democracia, sustentabilidade e constitucionalidade, tem de absorver os significados imersos na discursividade dos atores envolvidos, em termos habermasianos, e na ordem posta, para atender a critérios democráticos. O direito discursivo e o poder democrático institucionalizado carecem de costura, via procedimento e argumentação, para a concessão de validade e controle social à tutela de direitos.

A concepção unitária clássica de interesse público carece de ser ressignificada: “qual a justa medida da cedência recíproca que deve existir entre interesses individuais e interesses

⁶⁵⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60 - 74, out./Nov./dez/ 2011.

⁶⁵⁹ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Desafios do Direito Administrativo. **Jornal Hoje em dia**, Belo Horizonte, 05 dez. 2011, 1º caderno.

coletivos em um Estado Democrático de Direito?”.⁶⁶⁰ Faz-se necessário reconhecer a centralidade do sistema de direitos fundamentais, estabelecido pela Constituição de 1988, sustentado na noção de dignidade da pessoa humana: “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]”.⁶⁶¹

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.⁶⁶²

O Estado, como comunidade política, é pressuposto de ordem, coesão social e representação do interesse coletivo, necessário à manutenção da própria sociedade e, assim, o próprio Direito Administrativo, no bojo da licitação, do contrato administrativo e da tutela de direitos constitucionalmente garantidos, recorte proposto para esta pesquisa, necessita ser relido à luz do resgate da subjetividade waratiana,⁶⁶³ de vetores axiológicos, inerentes ao paradigma democrático, convergindo para o sistema de direitos fundamentais, para a tessitura constitucional e, essencialmente, para a tutela do interesse público, compreendido e densificado a partir do amálgama de necessidades e direitos da Administração Pública, do particular contratado, da coletividade e do trabalhador. Na célebre lição do professor Paulo Neves de Carvalho: “O Direito deve servir à vida; do contrário, ele não serve”.

5.4 Síntese do Capítulo

As sociedades modernas são caracterizadas por sistemas de significação multifacetados, pela permanente mudança – aguçada pelo movimento globalizatório – e pela confluência de elementos técnico, econômico e político, catalisadores do desenvolvimento científico, da sedimentação do sistema capitalista e do surgimento do Estado, traduzindo a racionalidade da organização política, personificada, em sentido weberiano, na estrutura

⁶⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

⁶⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002, p.62.

⁶⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

⁶⁶³ A subjetividade waratiana é pautada pela construção de uma “epistemologia do entre-nós”. WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade**. vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 532.

burocrática estatal. O Estado moderno, nessa linha, constitui-se como expressão da racionalidade da sociedade capitalista, chamado, no contexto democrático pós-moderno, a ressignificar-se como comunidade organizada, legitimada a responder às demandas do interesse público, igualmente redefinido à luz da tessitura constitucional vigente.

As remodelações propostas pela pós-modernidade demandam reestruturação não apenas do papel e do *modus operandi* da atuação estatal, mas da própria teorização e práxis do Direito Administrativo: a ressignificação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pela perspectiva da constitucionalização de direitos fundamentais; e a releitura do princípio da legalidade estrita, à luz da vinculação constitucional da Administração Pública.

Nessa linha, não deve o arcabouço estatal ser lido como forma de organização política ultrapassada, mas, ao contrário, como estruturação dotada de porosidade para sorver os desafios da atuação constitucionalizada e da doutrina administrativista na pós-modernidade, bem como a mutação dos fenômenos jurídico-sociais que compõem a miríade de interesses públicos. Os vetores axiológicos norteadores, portanto, desse novo paradigma, são legitimados pelo reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais, sustentado pelo princípio estruturador da dignidade da pessoa humana e definidor de padrões principiológicos para a práxis administrativa.

O princípio da sustentabilidade, nesse quadro, preconizador de uma multidimensionalidade estruturada, atribui a um único fenômeno, olhar pelo viés da ética, moralidade, equilíbrio, sociabilidade, juridicidade e economicidade, permitindo ao Estado pós-moderno encampar as demandas amalgamadas para redesenhar-se à luz de uma nova configuração jurídica, política e social, constitucionalmente assegurada: a tessitura constitucional assume papel de relevo na ressignificação do próprio Direito, atuando como diretriz normativa legitimadora.

CAPÍTULO 6 CONCLUSÕES

O burilamento de uma Administração Pública sustentável, pela via da construção de mecanismos de interlocução com a sociedade civil, da garantia de condições elementares de existência ao cidadão comum e do reconhecimento de uma miríade de interesses públicos acatassolados é a resposta adequada aos anseios de um mundo democrático pós-moderno. A cidadania integral se realiza pelo acesso pleno aos direitos civis, políticos e sociais, pressuposto de uma concepção ampliada de democracia.

O paradigma de um novo Direito Administrativo, pautado por esteios de sustentabilidade, exige, por conseguinte, gestão da eficácia constitucional, uso de uma racionalidade democrática e dialógica e concretização de direitos fundamentais. Deve ser construído sob o prisma do direito à boa administração, deixando a estrita legalidade em busca de uma arquitetura de conceitos e práticas voltadas para o desenvolvimento duradouro, sustentado na imparcialidade, transparência, participação democrática e compartilhamento de responsabilidades.

Nesse quadro, do ponto de vista do tema abordado – licitação, contrato administrativo e tutela de direitos trabalhistas –, sistematizando a trajetória da pesquisa realizada e traçando as necessárias deduções e proposições alcançadas, conclui-se que o procedimento licitatório necessita ser efetivamente ressignificado à luz da tutela, proteção e efetividade de direitos sociais do trabalho, considerando a relação clara e direta entre o “dispêndio” de força de trabalho e sua correspondente contraprestação; o enquadramento do trabalhador no contexto socioeconômico coletivo em que se insere; e, por fim, a dignificação do próprio Direito como ciência do fato social.

A licitação almeja a tutela da própria coletividade: cumpre à Administração realizar o interesse público, repensado nos termos dos pressupostos consolidados pela tessitura constitucional e da complexidade da realidade social, alçando os direitos trabalhistas à condição de parâmetros de efetividade a serem alcançados sob o ponto de vista teleológico do procedimento. A pesquisa, portanto, buscou, *a priori*, tratar a variável independente, cerne do problema, a licitação, abordando a construção democrática pós-moderna como pano de fundo de significação do instituto. Pelo veio da sustentabilidade, o Estado necessita traduzir-se em renovação e ressignificação da arquitetura teórica e prática da modelagem administrativa, em prol da efetivação de direitos.

Nessa linha, demanda o procedimento licitatório, especialmente após a alteração legislativa, implementada pela Lei n. 12.349/2010, que acresceu o termo “sustentável” aos objetivos da licitação, elencados na Lei n. 8.666/93, releitura voltada para a instrumentalidade do instituto. Pensada pela via do devido processo legal constitucional e da própria instrumentalidade do procedimento – compartilhando pressupostos da teoria do processo –, a licitação deve ser concebida como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, consolidados pelo texto da Constituição de 1988, ultrapassando o entendimento que consagra o procedimento como fim em si mesmo, legitimando-se e lastreando-se na própria concepção de sustentabilidade.

A alteração textual da Lei de Licitações, para inclusão da sustentabilidade como diretriz do contrato administrativo e do procedimento licitatório – alteração meritória, mas não necessária, dada a nova concepção de hermenêutica constitucional e o embasamento principiológico do ordenamento jurídico moderno – evidencia a preocupação do legislador pátrio com a necessidade de sopesamento de valores essenciais às dimensões dos fenômenos jurídico-sociais, assimilando premissas do contexto pós-moderno e da tendência de ressignificação das bases conceituais do Direito Administrativo, e orientando as escolhas administrativas pela principiologia consagrada pelo contexto democrático – assimilada nos textos constitucionais – e pela cambiância do fenômeno social.

A sustentabilidade, do ponto de vista jurídico-político, firmou-se como princípio constitucional, norteador de condutas, inserto na conformação estrutural do Estado Democrático de Direito. O conceito carrega em si uma teia axiológica de princípios e valores dialógicos e capacidade de aprendizagem – que pode ser identificada à noção de *habitus* bourdieusiana – concedendo ao Direito, ao Estado e à própria sociedade a possibilidade de autotransformação e transformação social.

A incorporação das dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, cerne da sustentabilidade, ao procedimento licitatório, recorte proposto, implica aprimoramento do processo jurídico, político e administrativo de tomada de decisão: a escolha sustentável do melhor interessado, a fiscalização pautada por esteios de sustentabilidade e o encerramento contratual com conduta administrativa – e de todos os atores envolvidos no “campo” bourdieusiano, formado pela licitação – condizente com o amálgama das dimensões sustentáveis aumentam a eficiência e o controle de resultados nascidos de uma procedimentalização efetivamente democrática.

Torna-se evidenciada, à luz do novo princípio, gestado no contexto pós-moderno, e de todas as demandas sociais a ele inerentes, a necessidade de tutela dos direitos trabalhistas, tanto no procedimento licitatório quanto durante toda a execução e encerramento do contrato administrativo. Como já constatado, o Direito, ciência una, embora ramificada, deve ser capaz de responder à multidimensionalidade e complexidade que perpassa o fenômeno jurídico, carecendo a licitação de ressignificação para ultrapassar a perspectiva de mera garantidora do patrimônio público e da segurança jurídica, para incorporar valores e princípios imersos na tessitura constitucional, como a dignidade, a cidadania e direitos do trabalhador que utiliza sua força de trabalho para prestação de serviços à Administração Pública.

Nessa linha, formas de controle prévio, concomitante e *a posteriori*, conforme aprofundamento desenvolvido no capítulo 2, devem ser implementados, com o intuito de

preservação e composição dos variados interesses – desde que constitucionalmente fundados – que conformam o “campo” licitação. A aplicação dos princípios constitucionais à licitação independe de disposição normativa e está aberta a interpretações possíveis e condizentes com a ordem democrática e as conformações do interesse público.

Por esse viés, alteração legislativa, proposta pela Lei n. 12.440/2011, criando um requisito de aferição da regularidade trabalhista, na fase de habilitação do procedimento licitatório – proposta inicial do projeto desta pesquisa –, representou enorme avanço em termos de agregação de graus de sustentabilidade e efetividade à licitação, ampliando os mecanismos de proteção aos direitos do trabalhador, atenuando o *dumping* econômico-social e reduzindo, em razão do efeito premial, o volume de processos trabalhistas suspensos por não pagamento em tramitação no Poder Judiciário Trabalhista. Ao reconhecer, ao licitante adimplente em relação às obrigações trabalhistas, o direito subjetivo de participação em licitações públicas, privilegiando, portanto, a conduta positiva em detrimento da sonegação de direitos sociais do trabalho, o legislador atenuou o risco de contratação de particular inidôneo pela via licitatória e ainda de eventual inadimplemento no curso da execução contratual.

E, para além do controle prévio, aprimorado pela alteração legislativa de 2011, a adoção de medidas de prevenção e penalização de condutas temerárias, em relação ao descumprimento de obrigações trabalhistas, durante a execução do contrato, é indispensável para proteção do trabalhador e manutenção da sustentabilidade do procedimento. Deve, nesse sentido, a Administração fiscalizar, continuamente, o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo licitante vencedor, por meio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS, apresentação periódica da CNDT e instrumentos afins.

Ao administrador público cabe fazer a escolha do licitante mais apto, sempre pautado pelas regras procedimentais trazidas pela Lei 8.666/93, além de deter o poder-dever de fiscalizar a conduta do contratado. No entanto, sob pena de retrocesso a uma escolha estatal absolutamente vinculada à lei, como ocorria no constitucionalismo oitocentista francês, necessita a Administração Pública orientar-se, para além do regramento estabelecido em lei, por fluxos argumentativos essenciais, como a ponderação e a principiologia constitucional, ampliando a probabilidade de acerto da decisão, dignificando e democratizando a escolha e coibindo o arbítrio da lei dissociada da realidade jurídico-social. A acuidade estatal em relação ao resguardo do cumprimento das obrigações trabalhistas, no momento da habilitação, ao longo do contrato e ao seu final, cumpre o princípio da sustentabilidade – além de eficiência e moralidade – de duas formas: do ponto de vista econômico-patrimonial, assegura

contratação equilibrada e saneada, não comprometedor de recursos públicos escassos; e, segundo, do ponto de vista ético-social, tutela o Poder Público direitos sociais do trabalho, garantidos constitucionalmente e dignificadores das relações trabalhistas, travadas no âmbito público ou privado.

Em relação à responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas não adimplidos pelo contratado, o longo debate acerca da questão foi reformatado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, que, por maioria, considerou constitucional o disposto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, entendendo, quanto ao mérito, que a mera inadimplência do contratado não transferiria para a Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das obrigações. Nessa guisa, vedou-se a responsabilização genérica da Administração Pública pela Justiça do Trabalho, tornando-se necessária a análise, caso a caso, acerca da existência de culpa do órgão/entidade pública contratante no processo fiscalizatório. Ganham os juízes, portanto, papel de relevo na construção de nova hermenêutica, pautada pela racionalidade, pela técnica argumentativa e pela necessidade de incorporação de esteios de sustentabilidade pelo veio da absorção da tessitura constitucional.

O raciocínio tópico, nessa guisa, tem o condão de desencadear soluções muito mais próximas da realidade do jurisdicionado. Nesse sentido, os argumentos suscitados, os *topoi*, são pontos de partida para raciocínios argumentativos, pautados pela razoabilidade, extrapolando os limites instituídos, inclusive, pela idéia de legalidade, sempre amparados pela abrangência do texto constitucional. A necessidade de tutela de direitos trabalhistas na licitação dirige e orienta a argumentação que culmina em possíveis soluções capazes de alterar e dignificar fórmulas, possíveis e lícitas. A prática administrativa e o novo desenho jurisprudencial dominante podem ser moldados por decisões judiciais reiteradas e pelo controle difuso de constitucionalidade, buscando aferição da conduta da Administração Pública, à luz de dimensões constitucionais de efetividade mais condizentes com a realidade social do trabalhador envolvido na execução do contrato administrativo.

A utilização da narrativa de experiência ocorrida, em Minas Gerais, dada a repercussão na mídia e no Poder Judiciário – uma tentativa de costura da teoria com entremeios de realidade, para ilustração do problema –, inclusive, apresentou um recorte de realidade ilustrativo de um cotidiano que se repete na dinâmica da práxis da Administração Pública e do trabalhador, gerando clássicos conseqüências que envolvem a terceirização, já descritos: inadimplência de obrigações trabalhistas pela contratada, impacto sobre o trabalhador e debate sobre a possibilidade de responsabilização da Administração Pública.

A complexidade e os desdobramentos costurados às questões trabalhistas tratadas no campo “licitação” demanda o envolvimento de atores relevantes e seus respectivos *habitus* – Ministério Público do Trabalho, Administração Pública, tomadora de serviços, Poder Judiciário Trabalhista, empresa contratada e trabalhadores – demonstrando o amálgama de competências dos atores envolvidos pela trama licitatória, bem como a sedimentação relativa aos princípios fundamentais estabelecidos no art.1º da Constituição de 1988, juntamente com a proteção à dignidade da pessoa humana e a normatização dos arts.7º e 8º, intimamente ligados ao Direito do Trabalho.

O “campo” bourdieusiano, formado pela licitação, agrega esferas de lutas simbólicas no processo de construção das relações na práxis do instituto, sendo definidas arregimentações sociais, políticas e econômicas, onde o *habitus*, entendido como conjunto de comportamentos, consolidado para leitura e interpretação da realidade, desempenha papel fundamental na composição de estratégias de reposicionamento e movimentações por pertencimento. Nessa guisa, o Direito Administrativo moderno não pode mais caracterizar-se pelo disciplinamento do século XIX, sendo necessário que acompanhe as demandas e riscos enfrentados pela sociedade pós-moderna. O próprio conceito de “interesse público”, por esse viés, deve ser encarado como construção – transitória e temporalizada, conforme o momento histórico e a legitimação discursiva da realidade. O instrumento licitatório, inerente ao campo administrativista, deve ser significado a partir de interpretações sistemáticas do texto constitucional, densificado a partir da busca pela melhor aplicação para o caso concreto, objetivando a máxima efetividade dos direitos sociais trabalhistas.

A estruturação de um procedimento administrativo licitatório institucionalizado, minuciosamente regado, pautado por princípios basilares, como o da sustentabilidade, é aquisição da pós-modernidade. Trata-se de um cenário rico e em processo de constituição, a ponto de suscitar esforços teóricos tão novos quanto o próprio cenário; de estimular estudos inter e transdisciplinares, em especial um diálogo entre Direito Administrativo, Constitucional e do Trabalho, partindo do pressuposto de que o Direito é uno, embora seja caracterizado pela divisão em diversos ramos; de provocar a revisão de formas ou fórmulas tradicionais de interpretação até então dominantes em prol da efetividade de direitos: a máxima efetividade constitucional.

O tema é de fato complexo pelas implicações interdisciplinares e histórico-ideológicas que comporta. Especial ênfase deve ser dada quando se lida com definições legais e sua incorporação social: o procedimento licitatório, objeto de análise proposto, embora sistematizado em lei, não pode abster-se da realidade, visando sempre atingir o interesse

público em sua plenitude, nele incluída a tutela dos direitos trabalhistas. O que se defende, portanto, é o controle civilizatório da licitação, considerada sua vocação para constituir-se como instrumento democrático de proteção ao interesse público – em concepção densificada pela tessitura constitucional, parâmetro cimeiro a orientar a conduta administrativa.

Em um cenário pós-moderno sustentável, a interpretação de determinados postulados e institutos jurídicos que norteiam a escolha administrativa deve ser repensada, de forma a privilegiar os valores e princípios que regem as relações entre Estado, sociedade e cada cidadão, pautada pelo constitucionalismo, respeitados e efetivados os direitos sociais, e não pelo princípio da legalidade oitocentista, primando pela busca da convivência harmônica entre valores, princípios e regras, essência do próprio Direito.

REFERÊNCIAS

Livros, Monografias, Publicações Periódicas, Documentos Eletrônicos e Entrevistas

ABEL, Olivier. Justiça e Mal. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. **A justiça e o mal**, Trad. Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático de Licitações Sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo**. 2. ed. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&ordenacao=1&id_site=777. Acesso em: 17 abr. 2012.

ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 67-74, 2011.

AMARAL, André Gomes do. **Entrevista**. Entrevistadora: Mila Batista Leite Corrêa da Costa. Belo Horizonte: entrevista oral, 2012.

AMORIM, Hélder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

AMORIM, Hélder Santos. A responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento de direitos dos trabalhadores terceirizados na visão do STF. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.491-499.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Desafios do Direito Administrativo. **Jornal Hoje em dia**, Belo Horizonte, 05 dez. 2011, 1º caderno.

ANDERSON, Perry et al. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 139-180.

ANTÓN, Antonio. Introducción. Trabajo, derechos sociales y globalización. In ANTÓN, Antonio (coord.). *Trabajo, derechos sociales y globalización*. Algunos retos para el siglo XXI. Madrid: Talasa, 2000 p. 5-31.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007.

ANTUNES, Ricardo. Construção e desconstrução da legislação social no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 499-508.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas em Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.99-125.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Manual de Redação Parlamentar**. 2. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, p. 167-210, jul/dez/2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BHABHA, Homi. **O local na cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. **(Des) construindo o instituto da licitação: fundamentos, conteúdo e perspectivas**. 2009. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. **Rev. Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 16, p. 45-78, jan./dez., 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito à boa administração pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (coord.). **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.151-170.

BOCCHINI, Bruno. MP flagra trabalho degradante em obras do PAC no interior de SP. **Agência Brasil**. Brasília, 12 abr. 2011. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2011-04-12/ministerio-publico-flagra-trabalho-degradante-em-obras-do-pac-no-interior-de-sao-paulo>. Acesso em: 30 abr. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 5. ed. Vol. 1. Brasília: UnB, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 35-42, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Luiza de. Projeto de lei cria certidão negativa de débitos trabalhistas. **Valor Econômico**. 26 março 2010. Disponível em: http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=7378. Acesso em: 30 mar. 2010.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: legislação complementar/jurisprudência**. 34 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. A Era da Informação: economia, sociedade e Cultura. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo Coelho. **Artigo 71 da Lei 8666/93 e a terceirização de atividade essencial do Estado**. 30 nov. 2010. Disponível em: http://ww1.anamatra.org.br/003/00301015.asp?ttCD_CHAVE=128008. Acesso em: 15 dez. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programas de A a Z**: Bacenjud. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/bacenjud>. Acesso em: 12 mai. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programas de A a Z**: Renajud. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/renajud>. Acesso em: 12 mai. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programas de A a Z**: Infojud. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/pg-infojud>. Acesso em: 12 mai. 2012.

CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Consulta ao cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a administração pública estadual (cafimp)**. 2012. Disponível em: <http://controladoriageral.mg.gov.br/servicos/consulta-ao-cafimp>. Acesso em: 10 abr. 2012.

CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Manual do Cafimp**. 2012. Disponível em: <http://controladoriageral.mg.gov.br/servicos/consulta-ao-cafimp>. Acesso em: 10 abr. 2012.

COSTA, Márcia da Silva. O sistema de relações de trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20 n. 59, p. 111-131, out. 2005.

COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **O instituto da licitação no Direito Brasileiro: Visão Crítica**. 2001. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna B. Diretrizes de Ação 33 a 40. In: SILVA, Antônio Álvares da; NUNES, Leonardo Silva (coord.). **Diretrizes de Ação -**

dos juízes do trabalho de Belo Horizonte: comentários e aplicação. Belo Horizonte: RTM, 2011.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. **Science of Law and Anthropology: Methodology of Otherness**. 2011. XXV World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy - 25th IVR World Congress.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Efetividade dos Direitos Trabalhistas no Procedimento Licitatório. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, n. 80, p. 135-154, jul. a dez. 2009.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Direitos trabalhistas no procedimento licitatório. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, LTr, São Paulo, ano 9, n. 34, p.116-131, jul. 2010.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. As relações de trabalho, a máquina e o fato. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 91-106, jan./jun. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, André L. V. A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg - uma análise crítica de Manuel Atienza. **Revista da Esmese. Nº 07**. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=6094> Acesso em: 13 ago.2011.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.103-115.

DALLARI, Adílson A. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização**. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: Ltr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, v. 70, n. 06, jun. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Relação de emprego e relação de trabalho: a retomada do expansionismo do Direito Trabalhista. In: SENA, Adriana G.O.; DELGADO, Gabriela N.; NUNES, Raquel P. (coord.). **Dignidade Humana e Inclusão Social**. Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 17-33.

DELGADO, Mauricio Godinho. Solidariedade e Subsidiariedade e a Responsabilização Trabalhista. In: **Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, Consulex, nov./1995,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Lei n. 12.440/2011: Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 126-136.

FAGÚNDEZ, Paulo R. A. **O Direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

FERRAZ, Luciano. Função administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez. 2006 - jan. 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 16 abr. 2012.

FORTINI, Cristiana. DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela administração pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 11-30.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto n. 2.271/97 a Instrução Normativa n. 2/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a nova Súmula n. 331 do TST. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-46.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANÇA, Júnia Lessa, VASCONCELLO, Ana Cristina de. **Manual para normalização de publicações Técnico-científicas**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FINNEMORE, Martha. *International Organizations as Teachers of Norms: The United Nations Educational, and Cultural Organization and Science Policy*. **International Organization**, v. 47, n. 4, p. 565 – 597, outono de 1993.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

FRANK, Jerome. *Facts are Guesses*. In *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University, 1973, p.14-36.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Cap. VII, p.388-399.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução Maria Luiza X. A. Borges. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**. São Paulo: LTr, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.11, n. 29, p. 311-361, jan./abr, 1997.

GRAU, Eros. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.) **Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.307-334.

- GRECA, Alcides. *Regímen legal de la Construcción*. Buenos Aires: Zavalía, 1956.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativistas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.
- HELLER, Agnès. **O cotidiano e a história**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- HELLER, Agnès. Uma crise global da civilização: os desafios futuros. In: HELLER, Agnes et al. **A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- LASMAR, Jorge M. **O fluxo de arte e as relações internacionais**: narrativa, circulação e Identidade. *Revista Fronteira*, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 83-102, nov. 2001.
- LASO, Enrique Sayagués. *La licitación pública*. Montevideu: Pena e Cia, 1945.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, v. 69, n. 11, p. 1287-1303, nov. 2005.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Soluções extrajudiciais dos conflitos individuais trabalhistas. **Jornal Trabalhista**, Brasília, Ed. Consulex, 31.01.2000.
- MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Theodor Viehweg e a redescoberta da tópica** - breves considerações sobre a tópica e o raciocínio jurídico. 2010. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42351>. Acesso em 13 ago. 2011.

MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º da Lei 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 43-48, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, Cláudia Augusta Lopes de. **A flexibilização no contexto da reforma das relações de trabalho na Administração Pública**: por uma crítica aos fundamentos da prestação de trabalho ao Estado. 2004. 250f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

[MOTTA, Carlos Pinto Coelho](#). **Eficácia nas licitações e contratos**: doutrina, jurisprudência e legislação. estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos**: comentários aos estatutos federal, estadual, municipal e das entidades paraestatais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, nº 66, p.145-154, julho 2003.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, nº 82, p.97-108, novembro 2008.

NOGUEIRA, Lilian Kátiuska Melo. **Terceirização Trabalhista**: reflexo de uma flexibilização desenfreada. 2009. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005

OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 29-34, 2011.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

PETTER, Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, José Roberto Freire. Súmula n. 331, IV e V, do TST: A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF. In: VIANA, Márcio Túlio *et al* (Coord.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**: Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.193-221.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXIX, v.81, n. 4, p.60 - 74, out./Nov./dez/ 2011.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de O.; OLIVEIRA, Márcia Gardênia. **Um toque de clássicos**: Durkheim, Marx e Weber. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 49-58, 2011.

RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações**. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre o tema. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTIAGO, Silviano. O entre-lugar do discurso latino-americano. In: SANTIAGO, Silviano. **Uma literatura nos trópicos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 9-26.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002.

SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região**, São Paulo, n. 7, p. 59-66, 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Prêmio Nobel. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SENA, Adriana G.O. Formas de Resolução dos Conflitos e Acesso à Justiça. *Revista RDT – Revista de Direito Trabalhista*, ano 13, n. 09, setembro/2007 p. 10-19.

SENA, Adriana G.O.; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Judicialização das relações sociais e desigualdade de acesso: por uma reflexão crítica. In: SENA, Adriana G. O.; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna B. (org.) **Justiça do século XXI**. São Paulo: LTr, 2012. No prelo.

SENA, Adriana G.O.; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. O procedimento licitatório: tratamento digno para as obrigações trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 57, p. 11-36, jul./dez. 2010.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Tradução Marcos Santarrita. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SILVA, Antônio Álvares da. Introdução. In: SILVA, Antônio Álvares da; NUNES, Leonardo Silva (coord.). **Diretrizes de Ação** - dos juízes do trabalho de Belo Horizonte: comentários e aplicação. Belo Horizonte: RTM, 2011.

SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Antônio Álvares da. **Na vanguarda do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012.

SILVA, Antônio Álvares da. **pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. **Questões polêmicas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Entrevista**. Entrevistadora: Mila Batista Leite Corrêa da Costa. Belo Horizonte: por ferramenta virtual, 2012.

SINGESPA/TRT3. **Diretriz de Ação**. DA35/RP10. 2010. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/singespa/diretrizes/gerais_2010.htm. Acesso em: 11 set. 2011.

TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 71, p. 219-242, jan./fev. 2012.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 39-61.

VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. In: **Suplemento Trabalhista**, Ano 48, 037/12. São Paulo, Ltr, 2012.

VAQUERO, Carlos. Globalización, empleo y desigualdad salarial. La utopia de los mercados libres globales. In ANTÓN, Antonio (coord.). **Trabajo, derechos sociales y globalización**. Algunos retos para el siglo XXI. Madrid: Talasa, 2000, p. 32-86.

VIANNA, Luiz W.; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA 3ª REGIÃO (coord.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.159-170.

VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, M. Túlio (coord). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000, p. 256-259.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Hélder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 1, n. 1, p. 54-84, jan./mar.2011.

VICO, Giambattista. **Princípio de (uma) ciência nova: acerca da natureza comum das nações**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.VI-XXIV.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Editora UnB, 1979.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: A Procura Surrealista pelos Lugares do Abandono do Sentido e da Reconstrução da Subjetividade**. vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Abril, 1974.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1968.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

Legislativas e Jurisprudenciais

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Enunciado n. 4.** 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/> Acesso em: 25 mai. 2012.

BEZERRA, Carlos Gomes. **Projeto de Lei n. 7.070-A, de 2010.** Fixa indenização e multa administrativa para a empresa que pratique concorrência desleal descumprindo a legislação trabalhista para oferecer seu produto com preço melhor, "dumping social". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472103>. Acesso em: 20 mai. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 ago.2011.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

BRASIL. Decreto n. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

BRASIL. Decreto n. 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

BRASIL. Decreto n. 4.342, de 23 de agosto de 2002. Altera dispositivos do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4342.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

BRASIL. Decreto n. 4.458, de 05 de novembro de 2002. Dispõe sobre a execução do Acordo de Complementação Econômica nº 55, entre os Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República do Paraguai, da República Oriental do Uruguai e dos Estados Unidos Mexicanos, de 27 de setembro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 nov. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4458.htm. Acesso em 05 mai. 2012.

BRASIL. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 jun. 2005. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 13 abr.2012.

BRASIL. Decreto n. 5.587, de 21 de novembro de 2005. Dispõe sobre o remanejamento de Funções Comissionadas Técnicas - FCT do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5587.htm. Acesso em: 05 mai. 2012.

BRASIL. Decreto n. 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 mai. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm. Acesso em: 05 mai. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 ago.2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 4.401, de 10 de setembro de 1964. Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 set. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4401.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas às licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1968. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5456-20-junho-1968-359252-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dez. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em: 01 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 01 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 jan. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 mai. 1990. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 30 jan.2012.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.949, de 09 de dezembro de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dez. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8949.htm. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 ago. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.854, de 27 de outubro de 1999. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 out. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9854.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.440, de 07 de julho de 2011. Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 jul. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12440.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 05 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 mai. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 12 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário da União**, Brasília, 14 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Medida provisória n. 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário da União**, Brasília, 20 jul. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Medida Provisória n. 527, de 18 de março de 2011. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. **Diário da União**, Brasília, 18 mar. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.026, de 04 de maio de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário da União**, Brasília, 05 mai. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/2026.htm. Acesso em: 20 fev. 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. **Diário da União**, Brasília, 23 mai. 2008. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n. 3, de 15 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. **Diário da União**, Brasília, 16 out. 2009. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Instrução Normativa n. 3, de 1º de setembro de 1997. Dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário. **Diário da União**, Brasília, 02 set. 1997. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/strucao-normativa-n-03-de-01-09-1997.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 5.624/DF. Rel. Min. José Delgado. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 out. 1998, p. 4.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 361.736/SP. Relator: Min. Franciulli Netto. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.647/SP. Relatora: Min. Eliana Calmon. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 abr. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927. ADI n. 927. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 nov. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. ADC n. 16 – DF. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 563. 13 a 16 out. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo563.htm>. Acesso em nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 585. 3 a 7 mai. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo585.htm>. Acesso: 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 608. 8 a 12 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo608.htm>. Acesso em 30 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 610. 22 a 26 nov. 2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC_e_art.71,_§1º_da_Lei_8.666/93_-_3). Acesso em: 30 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7517 AgR/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8150 AgR/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 2008, p.1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 282. Cabe a citação por edital em ação moratória. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 maio 2004. Seção 1, p. 201.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdãos n. 57/2004. Plenário. Relator: Adhemar Paladini Ghisi. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1994, p. 10188.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 668/2005, plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 688/2004. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jun. 2004,

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 697/2006. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mai. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 792/2002. Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul. 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.073/2005. Plenário. Rel. Ubiratan Aguiar. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 ago. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.844/2006, Primeira Câmara. **Rel: Min. Valmir Campelo. Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.090/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 dez. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC-004.709/2005-3. Plenário Relator: Augusto Sherman. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 jun. 2005, seção 3.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 274. É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf para efeito de habilitação em licitação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de junho de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383 da Seção de Dissídios Individuais I. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 27 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n. 27, de 16 de fevereiro de 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 22 fev. 2005. Republicado no Diário da Justiça da União, 05 jul. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 23, de 17 de dezembro de 1993. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1993.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 set. 2000. Seção 1, p. 290. Republicado no Diário da Justiça da União, 19 set. 2000, Seção 1, p. 304. Republicado no Diário da Justiça da União, 20 set. 2000, Seção 1, p. 258.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 738, 27 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 4-24. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 739, 30 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho n. 740, 31 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1.470, de 24 agosto de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 803, 29 ago. 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 890, 4 jan. 2012. Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-3.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). **Diário de Justiça**, Brasília, 30 set. 1986.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 27 mai.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-657/2006-141-14-40.2 Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. **Diário Oficial**, Brasília, 11 de junho de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-71240-34.2009.5.13.0006. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 09 dez. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-153040/2007-0083-15. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. **Diário de Justiça Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 27 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-1825-07.2010.5.18.0000. Rel. Min. Dora Maria da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 18 fev. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ato GCGJT n. 017, de 09 de setembro de 2011. Elucida o significado das locuções “arquivamento provisório do processo de execução” e “arquivamento definitivo do processo de execução”, no âmbito do Judiciário do Trabalho, tendo como precedente a decisão do Conselho Nacional de Justiça, proferida nos autos da Consulta nº 0000534-85.2011.2.00.0000, e dá outras providências. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 10 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. IUJ-RR-297751/1996. Rel. Min. Milton de Moura França. **Diário da Justiça**, Brasília, 20 out. 2000.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ED-E-RR-586341-05.1999.5.18.555. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 16 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-134640-23.2008.5.03.0010. Rel. Min. Dora Maria da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 13 mai. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 406547-12.1997.5.03.5555. Rel. Ministro Vantuil Abdala. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 ago. 2001.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 406.547/97.6. Rel. Min. Vantuil Abdalla. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 25 de junho de 2001.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-492000-44.2006.5.12.0014. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 01 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 67400-67.2006.5.15.0102. Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 17 dez. 2010.

CAMATA, Rita de Cássia Paste. **Projeto de Lei n. 1.889**, de 09 de maio de 1996. Altera dispositivos da lei 8666, de 21 de junho de 1993, que 'regulamenta o artigo 37, inciso xxi, da constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e da outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=197346>. Acesso em: 24 mai. 2010.

MENDES FILHO, Rubens M. **Projeto de Lei n. 7.077, de 19 de julho de 2002**. Acrescenta o Título VII-A ao Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT –, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=61614>. Acesso em: 30 ago.2009.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. 14. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011.

MINAS GERAIS. Decreto n. 44.786, de 18 de abril de 2008. Contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 abr. 2008. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 nov.2011.

MINAS GERAIS. Decreto n. 45.902, de 28 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Cadastro Geral de Fornecedores - Cagef -, previsto no art. 34 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - Cafimp. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2012. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45902&comp=&ano=2012>. Acesso em: 30 nov.2011.

MINAS GERAIS. Lei n. 13.994, de 18 de setembro de 2001. Institui o cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a administração pública estadual. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 set. 2001. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=13994&comp=&ano=2001>. Acesso em: 30 abr.2012.

MINAS GERAIS. Lei n. 14.167, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 jan. 2002. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em: 30 abr.2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo n. 837.660. Rel. Cons. Mauri Torres. **Diário Oficial de Contas**, Belo Horizonte, 24 fev. 2012, p. 25-26.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo: 00198-2003-082-03-00-7-RO. Rel. Denise Alves Horta. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 out. 2003, p. 24.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo: 0042500-51.2009.5.03.0101-RO. Rel. Márcio Flávio Salem Vidigal. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 10 fev. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 18774/99. Rel. Convocada Taísa Maria M. de Lima. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 mai. 2000, p.21.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00752-2004-046-03-00-3. Rel. Des. Antônio Álvares da Silva. **Diário de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 25 jun. 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão. RO 00532-2009-087-03-00-0. Rel. Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. **Diário de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 18 dez. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. Provimento n. 02, de 25 de março de 2004. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 31 mar. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. Regimento Interno. Aprovado pela Resolução Administrativa TRT3/STPOE nº 180, de 15 de dezembro de 2006. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 20 dez. 2006.

PINHEIRO, Walter de Freitas. **Projeto de Lei do Senado n. 172**, de 14 de abril de 2011. Proíbe a prestação de atividades de natureza permanente da Administração por trabalhador contratado por empresa interposta ou cooperativa de trabalho e modifica o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983 e a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em: 06 mai.2012.

PONTE, Luis Roberto. Projeto de Lei n. 1.491, de 7 de agosto de 1991. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 14 set. 1991. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14SET1991.pdf#page=65>. Acesso em: 20 set. 2009.

SÃO PAULO. Constituição de 1989. **Constituição do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm>. Acesso em: 31 ago.2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT/SP – 02980257987 - RO. Rel. Des. Sonia Maria Prince Franzini. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 18 jun. 1999.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT/SP - 00451200808902007 - RO - Ac. 4ªT 20100238550. Rel. Ivani Contini Bramante. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 09 abr. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT/SP – 00099200903602005 – RO – AC 1ª T 20100691409. Rel. Wilson Fernandes. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2010.

SENADO. **Walter Pinheiro quer proibir terceirização no serviço público**. Notícia. 15 abr. 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/walter-pinheiro-quer-proibir-terceirizacao-no-servico-publico.aspx>. Acesso em 20 mai. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada)** Notícia. 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>. Acesso em: 25 nov. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **União não é responsável por pagamentos trabalhistas na inadimplência de empresas contratadas, decide STF**. 24 nov. 2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2481022/uniao-nao-e-responsavel-por-pagamentos-trabalhistas-na-inadimplencia-de-empresas-contratadas-decide-stf>. Acesso em: 25 nov. 2010.