

2.2 A Responsabilidade Civil-Trabalhista Subsidiária do Poder Público Concedente por Direitos Trabalhistas nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos

Helder Santos Amorim¹¹

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Cada vez mais comuns na lida forense trabalhista têm sido os pedidos de aplicação de responsabilidade subsidiária trabalhista ao Poder Público concedente por inadimplemento de obrigações laborais pela empresa concessionária empregadora, em contratos extintos de concessão de serviços públicos.

É possível que a maior incidência do tema na atualidade se deva a impactos da pandemia de Covid-19 sobre operações de serviços públicos concedidos, levando a rupturas traumáticas de contratos de concessão por desequilíbrio econômico-financeiro, com consequente inadimplemento de direitos dos(as) trabalhadores(as) envolvidos(as) na execução desses contratos.

Exemplo clássico é o dos contratos de concessão de transporte coletivo urbano e rodoviário, geralmente remunerados por meio de tarifas. Afetadas pela drástica redução de usuários e de receita tarifária no período da pandemia, inúmeras empresas concessionárias do transporte coletivo recorreram a pedidos de revisão contratual, junto ao Poder Público concedente, para retomada do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos².

1 Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador Regional do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região (MPT/MG).

2 MIGALHAS. **O reequilíbrio dos contratos de concessão em função da covid-19**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/329025/o-reequilibrio-dos-contratos->

O tema alçou foro de tão ampla importância que, no plano federal, a consultoria jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério da Infraestrutura proferiu parecer pelo enquadramento da pandemia da Covid-19 na categoria da álea Extraordinária, a justificar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a cargo do Poder Público concedente, com base na teoria da imprevisão³.

É de se supor que essa solução não tenha sido adotada ou não tenha sido suficiente em inúmeros contratos de concessão, pois, como dito acima, percebe-se um sensível aumento dos casos de contratos de concessão extintos prematuramente, no período pós-pandemia, deixando à deriva imenso número de trabalhadores(as) sem o pagamento de direitos rescisórios e salariais elementares⁴.

Os casos chegam à Justiça do Trabalho geralmente por meio de ações individuais ajuizadas pelos(as) trabalhadores(as) ou de ações coletivas ajuizadas por seus sindicatos em face das empresas concessionárias empregadoras, muitas das quais em estado de absoluta insolvência. São empresas com elevados débitos de FGTS e de contribuições previdenciárias, e sem patrimônio para responder pelo passivo trabalhista, razão pela qual as entidades públicas concedentes são geralmente também demandadas, com vistas ao reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária.

Na fundamentação dos pedidos de responsabilidade subsidiária, costuma-se invocar a jurisprudência da Súmula 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao argumento da *culpa in vigilando* do Poder Público por ausência ou deficiência da fiscalização do contrato

-de-concessao-em-funcao-da- covid-19. Acesso em: 21 abr. 2023.

3 No Parecer n.º 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU, oferecido como consulta em tese à Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias (SFPP) do Minfra, concluiu-se que a disseminação do SARS-CoV-2, assim como seus efeitos, não poderiam ter sido previstos ou evitados pelas concessionárias exploradoras da infraestrutura de transportes no Brasil, tratando-se, portanto, de risco extraordinário a ser em tese suportado pelo poder concedente. In: TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Consultor Jurídico. **Covid-19, estado de incerteza e reequilíbrio econômico-financeiro na concessão**. Acesso em: 21 abr. 2023. Parecer disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023.

4 Essa percepção ocorre na atuação do articulista, na qualidade de Procurador Regional do Trabalho, em ofício do Ministério Público do Trabalho perante o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

de concessão. A Justiça do Trabalho tem indeferido esses pedidos de responsabilização subsidiária, com base em jurisprudência do TST que afasta a aplicação da Súmula 331 aos contratos de concessão de serviços públicos.

Não obstante a correção da jurisprudência no ponto em que recusa aplicação aos contratos de concessão da jurisprudência solidificada em torno do fenômeno da *terceirização*, especialmente em face da profunda distinção conceitual entre as figuras, certo é que a responsabilidade do Poder Público por direitos de trabalhadores vinculados a contratos de concessão não se esgota na superfície dessa abordagem, sendo tema merecedor de mais apurada análise jurídico-constitucional.

Nesse aspecto reside a breve reflexão que ora se propõe. Ela se inicia com a abordagem conceitual e legal comparativa dos institutos da concessão de serviços públicos e dos contratos de prestação de serviços firmados pela Administração Pública (a *terceirização* de serviços), a fim de identificar, nos pontos de contato e distanciamento, o adequado caminho de análise à questão da responsabilidade do Poder Público, na condição de concedente de serviço público, por danos causados a terceiros.

Sem pretensão de esgotar o tema, o presente artigo busca oferecer os primeiros elementos de uma reflexão crítico-interpretativa sobre a responsabilidade civil- trabalhista do Poder Público concedente à luz dos vetores constitucionais humanistas de proteção social ao trabalho.

1 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A INAPLICABILIDADE EXTENSIVA DA SÚMULA 331, V, DO TST À CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O Tribunal Superior do Trabalho tem adotado firme entendimento de que a responsabilidade subsidiária do Poder Público prevista na Súmula 331, V, do TST, não se aplica ao contrato de concessão, o qual não se confunde com o contrato de prestação de serviços à Administração Pública, a que se destina o verbete sumulado.

Nessa linha, foi editada a Orientação Jurisprudencial Transitória 66 de sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1):

A atividade da São Paulo Transportes S/A – SPTrans de gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se confunde com a terceirização de mão de obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária.

O entendimento do TST acerca da matéria ilustra-se em julgados da última década, nos seguintes termos:

RECURSO DE REVISTA. SPTRANS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331, IV, DO TST. -A

atividade da São Paulo Transportes S/A – SPTrans de gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se confunde com a terceirização de mão de obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária – Orientação Jurisprudencial Transitória 66 da SBDI-1. Recurso de Revista conhecido e provido⁵.

5 Tribunal Superior do Trabalho, 6ª Turma. RR 2189-14.2004.5.02.0006. Relator Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 18 mai. 2012.

RECURSO DE REVISTA – MUNICÍPIO DE PERUÍBE –
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – CONTRATO DE
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO –

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. Decisão recorrida contrária à jurisprudência pacífica desta Corte Superior, segundo a qual não se aplica a Súmula n.º 331, IV, do TST na hipótese de contrato de concessão de serviço público. Recurso de revista a que se dá provimento⁶.

A posição jurisprudencial parte da diferença conceitual e disciplinar básica existente entre as figuras da concessão de serviços públicos e da contratação de serviços pela Administração Pública.

A concessão de serviços públicos constitui instrumento de *de-sestatização por colaboração*, em que o Estado transfere à iniciativa privada a gestão operacional e a execução material de serviços públicos⁷, encontrando fundamento no art. 175 da Constituição da República, segundo o qual, *“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”*⁸.

O contrato de concessão é um típico contrato administrativo disciplinado pela Lei n. 8.987/1995 (Lei de Concessões), que em seu art. 2º, II, conceitua a *concessão de serviço público* como [...] *“a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”* (sem grifo no original).

6 Tribunal Superior do Trabalho, 5ª Turma. RR-136040-76.2005.5.15.0064, Rel. Min. Kátia Arruda. DEJT08 abr. 2011.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64-65.

8 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Para evidenciar a natureza e extensão dessa delegação, Maria Sylvia Di Pietro distingue em três níveis as funções inerentes às atividades do serviço público, nessa ordem: (1) a função primeira, mais concreta, de *execução material* de uma prestação;

(2) a função intermediária e mais heterogênea, de *gestão operacional* do serviço, que concerne ao seu modo de funcionamento e a uma parte da sua organização, visando à continuidade do serviço, à logística, à resolução de conflitos (regulação) e também a operações pelo melhor custo e adaptações necessárias à obtenção de produtividade (otimização); e (3) a função mais elevada, de *gestão estratégica ou direção* do serviço público⁹.

Na desestatização de serviço público por concessão, explica a autora, o Estado transfere ao particular concessionário a responsabilidade pela *gestão operacional* (2ª função, intermediária) e pela *execução material* de um serviço público (1ª função, mais concreta). O serviço é transferido em sua integralidade, como uma unidade de produção de certa utilidade aos usuários, permanecendo, no entanto, o Poder Público no exercício da gestão estratégica ou direção do serviço público (3ª função, mais elevada).

O particular concessionário é remunerado por tarifa, quando o serviço é prestado individualmente, *uti singuli* (como na distribuição de energia elétrica, água, telecomunicações e transporte público), ou por preço administrativo, quando prestado *uti universi*, não passível de mensuração individual (como na limpeza pública)¹⁰.

O contrato de prestação de serviços à Administração Pública, por sua vez, consiste em espécie de contratação pública de uma “*atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração*”¹¹, mediante processo

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. Ob. Cit., p. 240.

10 *Idem*.

11 Nesse sentido, o conceito que a nova Lei de Licitações, Lei n.º 14.133/2021, confere ao serviço objetada contratação de serviços pela Administração Pública.

de licitação, com fundamento no art. 37, XXI, da Constituição¹². Aqui, a empresa prestadora desenvolve mera execução material da atividade contratada (1ª função, mais concreta), que permanece sob inteira gestão operacional e estratégica da Administração Pública (2ª e 3ª funções).

Essa espécie de contratação é atualmente disciplinada pela Lei n.º 8.666/1993 (Lei de Licitações), ainda parcialmente em vigor, e pela Lei n.º 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), que passou a disciplinar parcialmente a celebração de novos contratos pela Administração Pública, a partir de sua publicação. Vencido o período de transição disciplinar, a nova lei passará a disciplinar exclusiva e integralmente a matéria, a partir de 30/12/2023¹³.

O contrato de prestação de serviços, instrumento da denominada *terceirização*, tem por objeto uma atividade específica de apoio à Administração Pública no exercício de suas competências (matéria regulamentada no âmbito federal pelo Decreto n. 9.507/2018)¹⁴. Não obstante a interposição da empresa contratada, essa espécie contratual disponibiliza o(a) trabalhador(a) terceirizado(a) para desenvolver atividades administradas pelos órgãos e entes públicos contratantes, configurando, por conseguinte, espécie de intermediação de mão de obra legalmente autorizada.

Diferentemente, no contrato de concessão, sendo o serviço público inteiramente gerido pelo particular concessionário, seus(as) empregados(as) desenvolvem atividades por ela inteiramente adminis-

12 Art. 37 [...] 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.

13 Nos termos do art. 193, I e II, da Lei n.º 14.133/2021, a Lei n.º 8.666/1993 teve seus arts. 89 a 108 imediatamente revogados pela lei posterior, e será inteiramente revogada em 30/12/2023. Conforme dispõe o art. 191 da Lei n.º 14.133/2021, até o decurso desse prazo, “a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso”.

14 Consultar: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. **Revista Ltr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 82, n. 11, p. 1.321-1.324, nov. 2018.

tradas¹⁵. Tanto assim, que a própria empresa concessionária é legalmente autorizada a contratar (terceirizar) atividades de apoio administrativo, nos termos do art. 25, § 1º, da Lei n.º 8.987/1995¹⁶. Nesse caso, o contrato de terceirização é celebrado entre duas entidades privadas, sendo inteiramente regido pela Lei n.º 6.019/1974 com as alterações inseridas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017¹⁷.

Nessas importantes diferenças conceituais e disciplinares entre a concessão e o contrato de prestação de serviços apoia-se a jurisprudência do TST para não admitir a aplicação extensiva da responsabilidade subsidiária do Poder Público, prevista na Súmula 331, V, do TST, que disciplina o instituto da terceirização, aos casos de inadimplemento de direitos trabalhistas por empresas concessionárias. Afinal, o verbete sumulado não resulta da interpretação de normas que disciplinam a concessão de serviços públicos.

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, na verdade, a responsabilidade subsidiária do Poder Público na terceirização deixa de se ancorar na interpretação jurisprudencial da Súmula 331 do TST, pois a matéria passou a ser disciplinada pelo art. 121, § 2º, da Lei n.º 14.133/2021, embora de forma com ela coincidente¹⁸.

A referida norma incorporou a noção jurisprudencial da Súmula 331 do TST, à luz da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos julgados da ADC 16/DF e do RE 960.931/MG, que tratam da responsabilidade trabalhista do Poder Público na terceirização de serviços. O novo diploma legal prevê a responsabilidade sub-

15 AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público**: análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

16 Art. 25 [...] § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

17 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ªed. São Paulo: LTr, 2015.

18 Em face das regras de transição disciplinar entre a Lei n.º 8.666/1993 e a Lei n.º 14.133/2021, previstas nos arts. 190 a 193 deste último diploma legal, o art. 121, acima referido, já incide sobre os contratos firmados sob a regência da nova legislação, desde a sua publicação, conforme opção feita pelo ente público contratante, e passará a incidir obrigatoriamente sobre todos os contratos de prestação de serviços celebrados a partir de 1/1/2024, os quais ficarão necessariamente sob a regência da nova legislação.

sidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, *"se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado"*. Prevê o dispositivo:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, *ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo*.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, *a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado [...]* [sem grifos no original].

Como se observa, a nova norma aderiu à tese da responsabilização subsidiária do ente público contratante do serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que demonstrada sua culpa *in vigilando* por ausência ou deficiência da fiscalização contratual, o que pressupõe aplicação da responsabilidade subjetiva.

O art. 14 da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões) remete à aplicação subsidiária da Lei de Licitações quanto ao procedimento licitatório do serviço público objeto da concessão¹⁹. Em princípio, isso poderia sugerir a possibilidade de aplicação extensiva do dispositivo legal acima transcrito, que prevê a responsabilidade subsidiária, aos contratos de concessão. No entanto, conforme será adiante exposto,

19 O art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será *objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria* e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (com grifos acrescidos).

essa aplicação extensiva, além de indevida, é desnecessária, dada a existência de uma disciplina jurídico-constitucional própria da responsabilidade do Poder Público e das entidades privadas prestadoras de serviços públicos por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros.

Trata-se da disciplina prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, e em normas da Lei de Concessões que regulamentam o regime, o objeto, os sujeitos, a forma, os direitos, obrigações e responsabilidades decorrentes dos contratos de concessão.

2 O PODER DE CONTROLE ADMINISTRATIVO NO CONTRATO DE CONCESSÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL-TRABALHISTA DO PODER PÚBLICO CONCEDENTE POR DANOS CAUSADOS A DIREITOS DE TERCEIROS. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO

A não incidência extensiva aos contratos de concessão da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331, V, do TST, e agora também prevista no art. 121, § 2º, da Lei n.º 14.122/2021, nem de longe implica ausência de responsabilidade do Poder Público por danos que seus agentes e empresas prestadoras de serviços públicos venham a perpetrar contra direitos de terceiros, entre os quais se encontram os(as) empregados(as) das empresas concessionárias.

A reparação e prevenção de danos a direitos, em especial de direitos fundamentais decorrentes do trabalho, é garantia fundamental inscrita nos arts. 1º, IV, 5º, X, XXIII, XXXV, 7º, 8º, III, e 114 da Constituição da República²⁰, normas de direito fundamental que asseguram o valor social do trabalho, os direitos decorrentes da prestação de

20 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...].

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

trabalho e o pleno acesso ao Poder Judiciário para proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Essas garantias mais se impõem na execução de atividades vinculadas ao desenvolvimento de serviços públicos, voltados que são ao benefício de toda a coletividade, sob intenso poder de controle pelo Poder Público concedente.

Ao transferir ao particular a gestão operacional e a execução material de serviço público, por meio de concessão, o Poder Público concedente mantém a titularidade do serviço, detendo por isso prerrogativas de *jus imperii* para exercer o controle, a fiscalização e adequação do contrato às necessidades da coletividade. Esse controle não se encontra no campo da discricionariedade, mas como reconhece Maçã Justen Filho, constituindo verdadeiro poder-dever:

Destaque-se que a fiscalização apresenta contornos de dever-poder para o Estado. Não se trata de uma faculdade do poder concedente, exercitável apenas se for julgado necessário. O poder concedente não dispõe de liberdade para escolher entre fiscalizar e não fiscalizar. Está jungido ao dever de adotar providências rotineiras, permanentes e contínuas de acompanhamento da atividade do concessionário²¹.

O dever de direção e controle implica para o Poder Público um amplo plexo de deveres-poderes, como o poder de modificação unilateral das cláusulas regulamentares para aperfeiçoamento da atividade e o poder de fiscalização permanente da execução do contrato, o que compreende a fiscalização do cumprimento de obrigações legais e contratuais da empresa concessionária, vinculadas ao contrato.

Para isso, o Poder Público concedente dispõe de rígidos instrumentos de controle, inclusive contábeis, sobre as operações e a capacidade econômica da empresa concessionária, capazes de identificar, prevenir e fazer reparar o inadimplemento sistemático de obrigações vinculadas ao contrato, inclusive as obrigações trabalhistas.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...].

21 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. Paulo: Dialética, 2011, p. 323.

Daí que, no contrato de concessão de serviços públicos, a posição de império da entidade federativa concedente lhe atrai uma mais intensa gama de responsabilidades. Dentre estas, a responsabilidade por danos que a concessionária venha a causar a direitos de terceiros, inclusive aos(as) trabalhadores(as), na execução do serviço.

Trata-se de uma *responsabilidade civil-trabalhista patrimonial, subsidiária e objetiva*, que pressupõe o exercício regular do poder-dever de controle, pelo Poder Público, sobre o contrato de concessão, independentemente, por isso, da demonstração de conduta omissiva ou negligente do poder concedente na fiscalização contratual.

É o que decorre da interpretação sistemática dos arts. 1º, III e IV; 5º *caput*, X, XXIII e XXXV; 7º, 8º, III; 114, 170 e 193 da Constituição da República; e dos arts. 1º; 2º, II; 3º, 18; 23, VII, VIII; 25; 29, I, II, IV; 31, III, IV; 35, III; e 38, §§ 1º, 3º e 6º da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões), todos sob o influxo interpretativo do art. 37, *caput*, § 6º, da Carta Magna, que assim dispõe:

§ 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 (grifos acrescidos).

Segundo pacífica doutrina administrativista, amparada em sólida jurisprudência do STF, o referido dispositivo constitucional disciplina a *responsabilidade civil objetiva* do Estado, fundada na *teoria do risco administrativo*, decorrente de condutas comissivas e omissivas de seus agentes, assim também considerados os delegatários de serviços públicos²².

22 Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADI 4976/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Dje30 out. 2014; Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. ARE 663.647-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia. Dje 6 mar. 2012; Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau. Dje 15 ago. 2008; Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto. DJ 8 set. 2006; Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE 571.969, Rel. Min. Cármen Lúcia. Dje 18 set. 2014; Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 2 ago. 1996.

O dispositivo constitucional não disciplina, portanto, a responsabilidade contratual (inclusive trabalhista) do Poder Público e de empresas prestadoras de serviços públicos, na relação mantida com seus(suas), servidores(as), empregados(as) e fornecedores, tratando especificamente da *responsabilidade civil extracontratual (aquiliana)* desses agentes em face de terceiros.

Os(as) trabalhadores(as) contratados(as) pela empresa concessionária para execução do serviço público, embora a esta ligados por vínculo contratual, não mantém com o Poder Público concedente nenhuma relação obrigacional, figurando, em relação ao Estado, como terceiros alheios à relação contratual de concessão.

É o que expressamente dispõe o art. 31, parágrafo único, da Lei de Concessões, que afasta do regime jurídico de direito público por ela instituído os vínculos contratuais celebrados pela empresa concessionária com terceiros, inclusive, com seus(suas) empregados(as), deixando clara a total ausência de relação jurídico-contratual entre o poder concedente e os *terceiros* vinculados à concessionária:

Parágrafo único. As contratações, *inclusive de mão-de-obra*, feitas pela concessionária são *regidas* pelas disposições de direito privado e *pela legislação trabalhista*, não se estabelecendo qualquer relação entre os *terceiros contratados pela concessionária* e o poder concedente²³.

O(a) trabalhador(a) empregado(a) da empresa concessionária é um terceiro estranho ao contrato de concessão, diz a norma, e como tal deve ser tratado.

Por outro lado, a clássica jurisprudência do STF há muito não admite que o intérprete faça distinções excludentes ao vocábulo *terceiro* contido no § 6º do art. 37 da Constituição, admitindo, inclusive, que o Estado repare a vítima, ainda que seja ela servidor(a) público(a),

23 Art. 31 [...] Parágrafo único. *As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.*

com o qual mantenha relação funcional²⁴. O que importa, para o Tribunal Excelso, é a natureza extracontratual da responsabilidade disciplinada pela norma constitucional.

Por conseguinte, à luz do parágrafo único do art. 31 da Lei de Concessões, acima transcrito, o inadimplemento de direitos trabalhistas por empresa concessionária, não implicando a assunção ou transferência da obrigação ou da responsabilidade trabalhista ao Poder Público concedente, mantém o(a) trabalhador(a) titular do direito como um terceiro em relação ao Estado.

Nesse sentido, a violação de direitos laborais desse(a) trabalhador(a), pela empregadora concessionária, ao tempo em que implica para esta responsabilidade contratual, também enseja responsabilidade extracontratual ao Poder Público concedente, caso o contrato de concessão não tenha sido extinto com quitação das obrigações trabalhistas dele derivadas.

É o que se passa a demonstrar.

3 PRERROGATIVAS FISCALIZATÓRIAS DO PODER PÚBLICO E A PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

No bojo do amplo poder de controle exercido pelo Poder Público sobre os contratos de concessão, encontra-se o poder-dever de aferição e fiscalização da capacidade econômica da empresa concessionária e de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

24 Nesse sentido: “Constitucional. Administrativo. Acidente de trânsito. Agente e vítima: servidores públicos. Responsabilidade objetiva do Estado: CF, art. 37, § 6º. *O entendimento do STF é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo ‘terceiro’ contido no § 6º do art. 37 da CF, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não*” (grifo acrescido). Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 28 out. 2005.

A Lei de Concessões exige do poder concedente a aferição prévia da capacidade econômica e financeira da empresa concessionária, como critério indispensável à contratação do serviço público, bem como a fiscalização periódica da execução do contrato para aferição da prestação adequada do serviço público. A prestação adequada pressupõe a manutenção da capacidade econômica da empresa e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no curso de sua execução.

Segundo o art. 2º, II, da Lei de Concessões, constitui elemento intrínseco ao conceito de *concessão de serviço público* a delegação de sua prestação a empresa *"que demonstre capacidade para seu desempenho"* [...]. Para isso, diz o art. 18 do diploma legal, o edital de licitação deve conter, entre outros, *"os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal"* (V) e *"os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta"* (IX), tudo com o objetivo de garantir o equilíbrio econômico-contratual.

Por sua vez, dispõe o art. 23 da referida legislação que o contrato de concessão deve prever obrigatoriamente *"a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço"* [...] e as *"penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação"* (Lei n. 8.987/1995, art. 23, VII e VIII). Firmado o contrato, diz o art. 3º, *"as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários"*.

Constitui dever legal do poder concedente, entre outros, segundo o art. 29 da Lei de Concessões, *"regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação"* (I); *"aplicar as penalidades regulamentares e contratuais"* (II) e *"extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato"* (IV).

De outra banda, diz o art. 31, constituem deveres da empresa concessionária *"prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato"* (III) e *"permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras,*

aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis" (V).

À luz desse quadro normativo, resta evidente o poder-dever do Poder Público concedente de aferir no processo licitatório, de exigir na formalização contratual e de fiscalizar no curso do contrato a capacidade econômica da empresa para bem executar o serviço. Isso compreende o dever de identificar inadimplementos comerciais, trabalhistas, fiscais, previdenciários etc. que, por seu vulto, possam revelar ausência ou perda de capacidade econômica da empresa para satisfazer as obrigações e compromissos indispensáveis à prestação do serviço público, com respeito às normas e aos contratos a ele vinculados, inclusive aos contratos de trabalho.

Consistindo os encargos trabalhistas em despesas indissociáveis da execução do serviço público, necessariamente constantes da planilha de formação do preço da concessão, sob indicadores e parâmetros específicos, constitui poder-dever do Poder Público concedente fiscalizar a regular satisfação desses encargos, como elemento inerente à regular execução do serviço público e à manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, com respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade (Lei n.º 8.987/1995, art. 14; Constituição, art. 37, *caput*).

Vindo o contrato de concessão a ser afetado por alterações supervenientes que inviabilizem o cumprimento das obrigações dele derivadas, tais como a satisfação de direitos trabalhistas, dispõem as partes de mecanismos próprios para preservar o equilíbrio econômico-financeiro contratual inicialmente pactuado.

Maria Sylvia Di Pietro define o equilíbrio econômico-financeiro como “[...] *a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração*”²⁵. Em todo contrato de concessão, afirma Marçal Justen Filho, é obrigatória, como numa operação aritmé-

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 285.

tica, “a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que é dele exigido”²⁶. Essa equivalência, a ser mantida em todo o curso contratual, como cláusula imutável, constitui direito intangível das partes, decorrente dos princípios da imprevisão, da boa-fé nas relações contratuais e da segurança jurídica²⁷.

Direito garantido pelo art. 37, XXI, da Constituição, e pelos arts. 9º, *caput*; 18, VIII; 23, IV, e art. 29, V, da Lei de Concessões, a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pode ser promovido, segundo Justen Filho, por meio do reajuste contratual, da revisão (ou recomposição) de preços, da redução dos encargos do concessionário, da alteração do prazo contratual, da indenização mediante pagamento com recursos públicos, do subsídio estatal e da ampliação de benefícios externos à concessão²⁸.

Conforme visto acima, a pandemia de Covid-19, ao ensejar forte impacto imprevisível sobre a execução de contratos de concessão em curso, foi geralmente aceita como fonte de desequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão.

Nessa condição, a pandemia alçou *status* de álea extraordinária, não coberta pelo risco normal da atividade econômica, desafiando a aplicação da teoria da imprevisão como fundamento para revisão contratual, às expensas do Poder Público concedente, para garantir a continuidade da execução contratual²⁹.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. p. 548. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 541.

27 *Idem*, p. 818.

28 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. Paulo: Dialética, 2011, p.402-408.

29 Em laboriosa monografia de conclusão do Curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Arthur Wolff Hack articula o tema do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no contexto da pandemia da Covid-19, demonstrando que a jurisprudência do STF inclina-se a proteger o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.733-6/DF, por exemplo, o STF declarou inconstitucional norma do Estado do Espírito Santo que concedia isenção de tarifa de pedágio em rodovias estaduais para motocicletas e concedia desconto de 50% para estudantes sobre o valor do pedágio, por se tratar de norma de iniciativa do Poder Legislativo que frustrou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de pedágio. No Recurso Extraordinário 571.969/DF, o STF reputou devido pela União o pagamento de indenização à Varig S/A, por força

Ademais, no período da pandemia de Covid-19, a Medida Provisória (MP) n. 936/2020, convertida na Lei n.º 14.020/2020, que instituiu o *programa emergencial de manutenção de emprego e renda*, disponibilizou mecanismos de suspensão de contratos de trabalho ou de redução proporcional de jornada e salário, para permitir às empresas a superação das dificuldades impostas pela pandemia, com aplicação de recursos parafiscais do seguro-desemprego³⁰.

Com a disponibilização desses mecanismos, restou afastada a possibilidade de invocação do estado de calamidade pública decorrente da pandemia como motivo de *força maior* ou *fato do príncipe* (CLT, art. 486), a isentar o empregador do pagamento de indenização por dispensas praticadas no período.³¹

Por maiores razões, tais excludentes de responsabilidade são inviáveis no âmbito de empresas concessionárias de serviço público, que, além dos mecanismos normais de superação dos impactos da pandemia sobre os contratos de trabalho, acima referidos, destinados a todas as empresas, ainda dispõem da garantia legal de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, diante de imprevistos insuperáveis.

Assim, não constituindo o estado pandêmico motivo de força maior para afastar a responsabilidade trabalhista do empregador,

de prejuízos decorrentes de planos econômicos que, dentre outras medidas, adotaram o congelamento de preços e de tarifas para combater a inflação galopante que assolava o Brasil à época, em violação ao equilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato de concessão. Consultar: HACK, Arthur Wolff. **Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviço Público no Contexto da Pandemia da Covid-19.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/236417/001138534.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 maio 2023.

30 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-T-DH/article/view/80>. Acesso em: 5 maio 2023.

31 CLT. Art. 486 – No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

que constitui a responsabilidade principal, por maiores razões não constitui excludente da responsabilidade patrimonial *subsidiária* do Poder Público concedente, cuja configuração depende apenas da ação danosa ao direito do(a) trabalhador(a), vinculada à execução do contrato de concessão, e do nexo de causalidade entre a ação e o dano.

4 A RESPONSABILIDADE LEGAL DO PODER PÚBLICO CONCEDENTE POR DIREITOS DOS(AS) EMPREGADOS(AS) DA CONCESSIONÁRIA. ART. 38, § 6º, DA LEI DE CONCESSÕES

O inadimplemento sistemático, pela empresa concessionária, de deveres legais e obrigações contratuais vinculadas ao contrato de concessão, em especial as obrigações trabalhistas, enseja a irregularidade da própria prestação do serviço público, configurando inexecução contratual, por afronta à legalidade e à moralidade administrativa, princípios cardeais do contrato de concessão (Constituição, art. 37, *caput*; Lei n.º 8.987/1995, art. 14).

Além ofender a legalidade e a moralidade administrativas, o inadimplemento de obrigações trabalhistas vinculadas ao contrato de concessão também ofende os princípios constitucionais fundamentais do valor social do trabalho e da dignidade humana do(a) trabalhador(a) (Constituição, art. 1º, III e IV), a valorização do trabalho como princípio da ordem econômica (art. 170) e o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193).

Se o inadimplemento desses deveres e obrigações decorre de incapacidade econômica da empresa concessionária, à violação dos direitos se soma a inação do Poder Público na fiscalização contratual da condição econômica da empresa (arts. 3º; 23, VII e VIII; 29, I, II e IV; 31, III e V). Por maiores razões, o adimplemento sistemático afronta a legalidade do contrato de concessão quando, sendo economicamente capaz, a concessionária se apropria do quinhão da receita tarifária ou administrada, destinada ao pagamento da folha de pessoal. Aqui, a

ausência de fiscalização implica convivência do poder concedente com as violações perpetradas a terceiros e ao erário.

Para o exercício dessa intensa fiscalização contratual, o Poder Público concedente dispõe de prerrogativa de *jus imperii*, tendo pleno “*acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da empresa concessionária*” (Lei n.º 8.987/1995, art. 30). Tal prerrogativa visa a garantir que o serviço público seja prestado com respeito ao contrato de concessão e aos deveres legais e contratuais derivados do contrato, custeados com recursos públicos.

O exercício da fiscalização contratual pelo Poder Público concedente sujeita-se, por sua vez, ao controle interno do respectivo ente federativo (União, Estado ou Município), bem como ao controle externo exercido pelo respectivo Tribunal ou Conselho de Contas, na forma dos arts. 70, 71 e art. 74, II, da Constituição³².

Constatado o inadimplemento de direitos trabalhistas incontroversos vinculados ao contrato de concessão, inclusive daqueles previstos em convenções e acordos coletivos de trabalho, é dever do ente público concedente instaurar procedimento administrativo para averiguação do ilícito, inclusive para averiguar a razão do inadimplemento, à luz da capacidade econômica da concessionária, conferindo-lhe oportunidade para regularização espontânea dos ilícitos, sob pena da aplicação de penalidades administrativas (Lei n.º 8.987/1995, art. 38, § 3º)³³.

32 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

33 Art. 38 [...] § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais

Não promovida a regularização no prazo concedido, o poder concedente deve aplicar as sanções contratuais cabíveis e até, em caso extremo, declarar a caducidade da concessão³⁴. A caducidade consiste na mais grave penalidade passível de aplicação por inexecução contratual, implicando a extinção do contrato de concessão quando esgotadas as possibilidades de solução espontânea de violações legais e contratuais (Lei n.º 8.987/1995, art. 35, III).

Dispõe o art. 38, § 1º, da Lei de Concessões, que a caducidade, com consequente extinção do contrato de concessão, pode ser declarada pelo poder concedente, entre outras hipóteses, *"quando a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão"* (II) e *"quando a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido"* (IV).

Nesse ponto, a Lei de Concessões, no § 6º de seu art. 38, disciplina de forma específica a responsabilidade do Poder Público concedente em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos da empresa concessionária com terceiros ou com *seus empregados*. Segundo o enunciado normativo, essa responsabilidade somente ficará afastada quando declarada a caducidade do contrato de concessão:

§ 6º. Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Da literalidade do enunciado resulta que, enquanto não declarada a caducidade do contrato de concessão (enquanto não rescindido unilateralmente o contrato, como penalidade imposta à empresa concessionária), a entidade pública concedente continua responsável por danos que já foram e que vierem a ser perpetrados pela concessão-

referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

34 Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

nária a terceiros, inclusive aos(às) empregados(as) envolvidos(as) na execução do contrato de concessão.

A interpretação sistemática desse dispositivo com os demais enunciados concernentes ao dever de controle contratual, por sua vez, conduz à conclusão de que a decretação da caducidade, pondo fim ao contrato de concessão, extingue a responsabilidade do Poder Público por violações a direitos de terceiros *praticadas posteriormente à rescisão unilateral do contrato*. Quanto aos danos perpetrados anteriormente à caducidade, no curso da execução contratual, o Poder Público continua naturalmente responsável, embora de forma subsidiária, por força do disposto nas normas constitucionais de proteção ao trabalho, sob influxo interpretativo do art. 37, § 6º, da Constituição.

Até porque, a norma do § 6º do art. 38 da Lei de Concessões pressupõe que a decretação da caducidade contratual, como medida extrema, implica o esgotamento de todas as medidas de controle que lhe são anteriores, como a aferição dos ilícitos, a notificação cominatória da empresa para regularização e até a reserva de créditos contratuais, quando disponíveis, para satisfazer os débitos derivados do contrato de concessão, de modo a pôr fim às violações jurídicas capazes de ensejar responsabilidade do Poder Público concedente. Não sendo superadas as violações trabalhistas perpetradas no curso do contrato de concessão, por conseguinte, a decretação da caducidade, por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária do Poder Público por tais violações.

Essa noção resulta da leitura dos dispositivos constitucionais e legais, acima referidos, à luz da *teoria do risco administrativo*, que orienta a responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Constituição.

5 A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO POR DIREITOS TRABALHISTAS VINCULADOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO

À luz da teoria do risco administrativo, o Estado será responsabilizado quando, por meio de condutas comissivas ou omissivas, causar danos a terceiros, independentemente de culpa³⁵. Para configuração da responsabilidade civil *objetiva* do Estado, segundo a jurisprudência do STF, devem estar presentes, como requisitos mínimos, a existência de um dano; a ação ou omissão administrativa; a ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal³⁶.

A transferência da execução do serviço público ao particular, por meio de contrato administrativo de concessão, com exercício da gestão operacional do serviço público pela concessionária, constitui ação administrativa com impacto direto sobre o modelo de gestão

35 A pandemia de Covid-19, conforme visto acima, não configura hipótese de força maior a justificar a exclusão da responsabilidade principal da concessionária empregadora, não se justificando, por maiores razões, o afastamento da responsabilidade subsidiária do Poder público, a quem incumbe o dever de fiscalização contratual.

36 Nesse sentido, o julgado do STF no RE 136.861/SP, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, 11/03/2020: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER ESPECÍFICO DE AGIR.

1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE.

2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

3. [...]

4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”.

5. Recurso extraordinário desprovido (grifos acrescidos). Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE 136.861/SP, Rel. Min. Edson Fachin. Dje 11 mar. 2020.

do trabalho no desenvolvimento dessas atividades. O inadimplemento de direitos trabalhistas, pela concessionária delegatária do serviço público, implicando irregularidade da execução contratual, constitui ação administrativa que enseja dano a direitos dos(as) terceiros(as) trabalhadores(as). Ocorrendo o dano, a Constituição determina que o Poder Público responda objetivamente perante o terceiro lesado, independentemente de culpa.

Sendo o dano perpetrado por particular prestador de serviço público, é natural que o próprio particular seja diretamente responsabilizado. Mas o Estado também responde objetivamente, independentemente de culpa, de forma subsidiária. Trata-se de espécie de responsabilidade objetiva derivada (ou por tabela), uma solução já aplicada pelo STF no julgamento do RE 662.405/AL, Rel. Min. Luiz Fux, *leading case* do Tema n. 512 de Repercussão Geral, em que o Estado foi considerado responsável subsidiário por irregularidade perpetrada por empresa organizadora de concurso público³⁷.

Com base no art. 37, § 6º, da Constituição, a Corte atribuiu responsabilidade primária, direta e objetiva à empresa prestadora do serviço público, *"visto possuir personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios"*, mas considerando a possibilidade de insuficiência patrimonial da empresa para indenizar os prejudicados, o STF reconheceu a *responsabilidade subsidiária* do Estado, conforme se infere do seguinte trecho da ementa do julgado:

[...]

A responsabilidade civil do Estado subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, quando comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido pelo particular.

37 Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE 662.405/AL, Rel. Min. Luiz Fux, 29 jun. 2020.

A pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público responde de forma primária e objetiva por danos causados a terceiros, visto possuir personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios.

[...]

Quanto à tese da repercussão geral, voto pela sua consolidação nos seguintes termos: *"O Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude"* [grifos acrescentados]³⁸.

A situação objeto dessa tese jurídica muito se aproxima do caso em análise, em que o particular concessionário frustra direitos de seus empregados, pois também aqui a ilicitude é praticada pelo particular na qualidade de delegatário do Poder Público, no exercício de um serviço público destinado a toda comunidade.

Em ambas as situações, o exercício do dever de fiscalização pelo poder concedente, embora constitua instrumento eficaz de prevenção e reparação do ilícito, não constitui pressuposto da responsabilidade subsidiária do Estado. O Estado tanto possui instrumentos de fiscalização capazes de evitar/coibir a fraude no concurso público, como para evitar/coibir o inadimplemento trabalhista da empresa concessionária. Mas sendo objetiva, a responsabilidade subsidiária do Estado deriva da responsabilidade principal, do particular prestador do serviço público, não se sujeitando a prévia averiguação de culpa por ausência ou falha na fiscalização.

No caso do inadimplemento de direitos trabalhistas, a responsabilidade trabalhista da empresa concessionária exsurge do inadimplemento de prestações laborais. Trata-se, portanto, de responsabilidade contratual, em que a culpa é presumida do fato do inadimplemento (presunção relativa), o que lhe confere certa objetividade³⁹. Reconhe-

38 *Idem*.

39 A responsabilidade contratual tem previsão no art. 389 do Código Civil, segundo o qual, *"não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atuali-*

cida essa responsabilidade trabalhista principal, dela decorre automaticamente a *responsabilidade subsidiária extracontratual* do Poder Público.

A esse respeito, dispõe o art. 25 da Lei de Concessões que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, “*cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade*”.

Portanto, a fiscalização exercida pelo poder concedente não altera a responsabilidade da concessionária por violações a direitos dos(as) trabalhadores(as) vinculados à prestação do serviço público. Como uma via de mão dupla, essa Fiscalização também não atenua nem afasta a *responsabilidade subsidiária patrimonial* do Poder Público pela satisfação das obrigações devidas aos(as) trabalhadores(as).

Em se tratando de *responsabilidade subsidiária objetiva*, não há que se aferir *culpa in vigilando* do Estado por omissão ou falha fiscalizatória, como ocorre na terceirização de serviços (Lei n.º 14.133/2021, art. 121, § 2º), sendo suficiente o nexo de causalidade entre a ação administrativa (a execução irregular do contrato de concessão) e o dano (o inadimplemento trabalhista), salvo quando o inadimplemento decorre de caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade subsidiária objetiva do Poder Público por danos causados pelo particular delegatário de serviço público é noção

zação monetária [...]”, não respondendo por caso fortuito ou de força maior, “*se expressamente não se houver por eles responsabilizado*” (art. 393 do CCB). Como bem acentua Maria Cristina de Almeida Bacarim, a culpa contratual difere-se da extracontratual, porque tem uma “conotação objetiva”, determinada pelo fato do inadimplemento ou do adimplemento imperfeito, sendo, portanto, uma culpa presumida (presunção relativa), passível de elisão por caso fortuito ou força maior, salvo expressa previsão contratual. Por isso, em geral, na responsabilidade contratual, será muito útil indagar a respeito dos deveres anexos ao contrato, também chamados deveres jurídicos laterais, instrumentais ou acessórios, os quais podem estar previstos expressamente no contrato ou simplesmente decorrer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (artigo 113 do Código Civil). Em outras palavras, são deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses presentes em quaisquer negócios jurídicos, em maior ou menor grau. Consultar: BACARIM, Maria Cristina de Almeida. **Responsabilidade civil contratual e extracontratual**: a culpa e a responsabilidade civil contratual. Tribunal de Justiça de São Paulo – EPM: obras Jurídicas. Disponível em: rc3.pdf (tjsp.jus.br). Acesso em: 9 maio 2023.

que se assenta, pois, na *teoria do risco administrativo*, a qual, por sua vez, remete ao conceito de *justiça comutativa*. Segundo a clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles, sendo iguais todos os indivíduos em direitos e obrigações, a repartição dos encargos públicos deve recair sobre todos os que auferem os benefícios:

“A responsabilidade da Administração pelos danos da obra pública ao particular surge do só fato lesivo da construção, sem necessidade de se comprovar a culpa do Poder Público ou de agentes e auxiliares, bastando que o lesado demonstre o nexo causal entre a obra e o dano suportado. Essa orientação assenta na justiça comutativa, que ordena se repartam os ônus entre todos aqueles que auferem os benefícios da Administração. Se a obra pública é realizada no interesse da coletividade, justo e jurídico é que a própria coletividade, através do erário público, repare o dano individual causado pela construção. É o princípio da ‘repartição dos encargos públicos, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas’ que CAIO TÁCITO assinala dentre as tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado”⁴⁰.

Nesse sentido, também Rui Stoco, para quem a teoria do risco administrativo tem por fundamento a igualdade de direitos, a fim de que se restabeleça o equilíbrio rompido, com base na justiça comutativa:

Assim, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa⁴¹.

Assim, afastada a necessidade de demonstração de culpa do poder concedente por débitos trabalhistas deixados pela empresa

40 MEIRELES, Hely Lopes. A responsabilidade civil decorrente da obra pública. *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 62, out-dez, 1960, p. 17.

41 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.1.125.

concessionária, à luz da teoria do risco administrativo a responsabilidade subsidiária do Poder Público decorre automaticamente do fato do inadimplemento.

Trata-se, por fim, de *responsabilidade subsidiária civil-trabalhista*, no sentido de sua vocação jurídico-funcional para conferir a maior efetividade possível à satisfação dos direitos fundamentais dos(as) trabalhadores(as), quando a responsabilidade trabalhista do empregador não é suficiente para garantir essa efetividade, em sua fonte obrigacional primeira, que é a relação de emprego⁴².

CONCLUSÃO

Não obstante o acerto da jurisprudência do TST quanto à inaplicabilidade da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331, V, aos contratos de concessão, dada a marcante diferença conceitual e disciplinar entre o contrato de concessão e o contrato de prestação de serviços à Administração Pública (terceirização), a que se refere o verbete sumular, isso, por si só, não esgota o tema da responsabilidade do Poder Público por direitos trabalhistas nos contratos de concessão.

A reparação e prevenção de danos a direitos, em especial de direitos fundamentais decorrentes do trabalho, é garantia fundamental inscrita nos arts. 1º, IV, 5º, X, XXIII, XXXV, 7º, 8º, III, e 114 da Constituição da República, normas de direito fundamental que asseguram o valor social do trabalho, os direitos decorrentes da prestação de trabalho e o pleno acesso ao Poder Judiciário para proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Tais garantias mais se impõem na execução de atividades vinculadas ao desenvolvimento de serviços públicos, voltados que são ao benefício de toda a coletividade, sob intenso poder de controle pelo Poder Público concedente.

No contrato de concessão, o Poder Público exerce intenso poder de controle administrativo, dispondo de um amplo plexo de deveres-

42 AMORIM, Helder Santos. **Terceirização externa**: a responsabilidade da cadeia produtiva pelo direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2023, p. 304.

-poderes, como o de aferição e fiscalização da capacidade econômica da empresa concessionária e de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; o de modificação unilateral das cláusulas regulamentares para aperfeiçoamento do serviço; e o de fiscalização permanente da execução do contrato, o que compreende a verificação do cumprimento de obrigações legais e contratuais da empresa concessionária, vinculadas ao contrato.

Para isso, o Poder Público concedente dispõe de rígidos instrumentos de legal controle, inclusive contábeis, sobre as operações e a capacidade econômica da empresa concessionária, capazes de identificar, prevenir e fazer reparar o inadimplemento sistemático de obrigações vinculadas ao contrato, inclusive as obrigações trabalhistas.

Daí que, no contrato de concessão de serviços públicos a posição de império da entidade federativa concedente lhe atrai uma mais intensa gama de responsabilidades.

Consistindo os encargos trabalhistas em despesas indissociáveis da execução do serviço público, necessariamente constantes da planilha de formação do preço da concessão, sob indicadores e parâmetros específicos, constitui poder-dever da Entidade pública concedente fiscalizar o regular cumprimento das respectivas obrigações trabalhistas, em respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa (Constituição, art. 37, *caput*; Lei n.º 8.987/1995, art. 14).

O inadimplemento sistemático, pela empresa concessionária, de deveres legais e obrigações contratuais vinculadas ao contrato de concessão, em especial as obrigações trabalhistas, enseja a irregularidade da própria prestação do serviço público, configurando inexecução contratual. Além ofender a legalidade e a moralidade administrativas, o inadimplemento afronta os princípios constitucionais fundamentais do valor social do trabalho e da dignidade humana do(a) trabalhador(a) (Constituição, art. 1º, III e IV), a valorização do trabalho como princípio da ordem econômica (art. 170) e o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193).

A Lei de Concessões, no § 6º de seu art. 38, disciplina de forma específica a responsabilidade do Poder Público concedente em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos da empresa concessionária com terceiros ou com “*seus empregados*”. Segundo esse enunciado, enquanto não declarada a caducidade do contrato de concessão (rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, como penalidade por irregularidade contratual), a entidade pública concedente continua responsável por danos que já foram ou que vierem a ser perpetrados pela concessionária a terceiros, inclusive aos(às) empregados(as) envolvidos(as) na execução do contrato de concessão.

Essa responsabilidade funda-se nas normas constitucionais e legais de proteção ao trabalho sob influxo do art. 37, § 6º, da Constituição, que disciplina a *responsabilidade civil do Estado*, fundada na *teoria do risco administrativo*.

Segundo a teoria do risco administrativo, o Estado e as empresas prestadoras de serviços públicos são objetivamente responsáveis quando, por meio de condutas comissivas ou omissivas, causar danos a terceiros, independentemente de culpa.

A transferência da execução do serviço público ao particular, por meio de contrato administrativo de concessão, com exercício da gestão operacional do serviço público pela concessionária, constitui ação administrativa com impacto direto sobre o modelo de gestão do trabalho no desenvolvimento dessas atividades. O inadimplemento de direitos trabalhistas, pela concessionária delegatária do serviço público, implicando irregularidade da execução contratual, constitui ação administrativa que enseja dano a direitos dos(as) terceiros(as) trabalhadores(as). Ocorrendo o dano, a Constituição determina que o Poder Público responda objetivamente perante o terceiro lesado, independentemente de culpa.

Sendo o dano perpetrado por prestador de serviço público, é natural que o próprio prestador seja diretamente responsabilizado. Mas o Estado também responde objetivamente, independentemente de culpa, de forma subsidiária, solução já adotada pelo STF em caso

de fraude em concurso público praticada por empresa prestadora de serviço público.

Trata-se de *responsabilidade subsidiária civil-trabalhista*, no sentido de sua vocação jurídico-funcional para conferir a maior efetividade possível à satisfação dos direitos fundamentais dos(as) trabalhadores(as), quando a responsabilidade trabalhista do empregador não é suficiente para garantir essa efetividade, em sua fonte obrigacional primeira, que é a relação de emprego

Portanto, embora não seja de plano aplicável aos contratos de concessão de serviços públicos a responsabilidade subsidiária do Poder Público prevista na Súmula 331, V, do TST, destinada aos contratos de prestação de serviços à Administração Pública (terceirização), o inadimplemento de direitos trabalhistas vinculados ao contrato de concessão desafia a *responsabilidade civil objetiva e subsidiária* do Poder Público concedente.

É o que decorre da interpretação sistemática dos arts. 1º, III e IV; 5º *caput*, X, XXIII e XXXV; 7º, 8º, III; 114, 170 e 193 da Constituição da República; e dos arts. 1º; 2º, II; 3º, 18; 23, VII, VIII; 25; 29, I, II, IV; 31, III, IV; 35, III; e 38, §§ 1º, 3º e 6º da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões), todos sob o influxo interpretativo do art. 37, *caput*, § 6º, da Carta Magna.