

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS CONSEQUENCES IN THE LABOR COURTS

Roberto Nobrega de Almeida Filho*

Resumo: A presente análise aborda a questão da terceirização trabalhista na administração pública, especificamente as hipóteses de sua responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada. Esta dissertação pretende demonstrar a possibilidade legal, em caso de comprovada culpa *in vigilando* do órgão público contratante, de lhe imputar esse ônus, sem conflitar com a decisão proferida pela Suprema Corte na ADC n. 16/DF – que não excepcionou a intervenção da Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto, para responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante – e em harmonia com a legislação infraconstitucional específica, a saber: arts. 58, III, e 67, *caput*, e § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Colacionou-se decisões judiciais favoráveis ao tema em pauta, da Suprema Corte e do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Administração Pública. Culpa *in vigilando*.

Abstract: This analysis addresses the issue of outsourcing labor in public administration, specifically the chances of their subsidiary accountability for the funds defaulting labor by the contracted company. This paper intends to demonstrate the legal possibility, if proven guilty *in vigilando* from the public agency contractor, to impute this burden, without conflicting with the decision rendered by the Supreme Court in ADC N. 16/DF – didn't become exception the intervention of the Labour Court, in the judgment of each case, to make responsible the contracting public being subsidiarily - and in harmony with the specific constitutional legislation, namely articles 58, III, and 67, *caput*, and § 1 of Law N. 8.666/1993 and articles 186 and 927, *caput*, of the Civil Code. Collated court decisions favorable to the topic under discussion, from the Supreme Court and the Superior Labor Court.

*Desembargador Federal do Trabalho, no Egrégio Tribunal do Trabalho da 15ª Região, nomeado pelo Quinto Constitucional em 18 de abril de 2011.

Keywords: Outsourcing. Subsidiary Liability. Public Administration. Guilt *in vigilando*.

Apresento breve dissertação a respeito do tema supra referido, sem, obviamente, pretensão de esgotar tão instigante questão que vem convulsionando nossos Tribunais.

Muito embora o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 preveja a exclusão de responsabilidade trabalhista dos órgãos da Administração Pública, há que se ressaltar que essa hipótese – exoneração da responsabilidade – obviamente não é concebível naqueles casos em que o contratado tenha se pautado incorretamente no curso do indigitado contrato, deixando de cumprir seus deveres e obrigações perante seus empregados, pois, nessa situação, reflexivamente, estará configurada a falta de fiscalização por parte dos órgãos públicos contratantes, como exigido pelos arts. 58, III, 66 e 67, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

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.66. **O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada um pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.** (grifou-se)

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.

Sob esse prisma, indubitavelmente, não há como deixar de imputar, em virtude dessa postura omissa e negligente – falta de fiscalização dos deveres contratuais assumidos pelo contratado, reveladora de clara culpa *in vigilando* – a responsabilidade subsidiária do órgão público e, decorrencialmente, sua obrigação de indenizar as consequências pelo inadimplemento contratual sucedido.

A contrario sensu, estar-se-ia malferindo dogmas constitucionais de largo alcance social, econômico e político, que são fundamentos da República Federativa do Brasil estatuídos no art. 1º da Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e os direitos fundamentais vinculados aos direitos sociais, tratados nos arts. 6º e 7º, e à ordem econômica, tratada no art. 170:

Arts. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade

e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

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:

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

[...]

Afora a extensão negativa nos aspectos civilistas envolvidos pelo tema em pauta, pois, irrefutável que a omissão no dever de fiscalização gera a culpa *in vigilando* e a respectiva obrigação de reparar, conforme arts. 186 e 927, ambos do Código Civil, a seguir transcritos:

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. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assevera-se, ainda, que a proteção social do trabalhador, prestador de serviços em benefício do ente público, não pode ser vilipendiada em virtude de ação e/ou omissão do agente público na execução do contrato, posto que o inadimplemento das verbas trabalhistas implicará na responsabilização da Administração Pública, não só por conta da manifesta natureza salarial do assunto em questão mas, princi-

palmente, por dizer respeito à própria subsistência do empregado lesado; ademais, repita-se *ad nauseam*, é incumbência da Administração Estatal a fiscalização do contrato de terceirização licitado durante todo o seu percurso, conforme os próprios termos da indigitada norma de regência prevista arts. 27, IV, 58, III, 66 e 67, § 1º, *verbis*:

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.

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Frise-se, por oportuno, que não se desconhece os termos do r. julgamento da Excelsa Corte na ADC 16, quando o Plenário declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, acompanhada da ressalva do Presidente Ministro Cezar Peluso no sentido de que “[...] não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa [...] STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Diante dessa realidade, constata-se que será na apreciação do caso concreto, acompanhado dos demais elementos fático-probatórios constantes nos autos, que o Poder Judiciário Trabalhista deverá

se conduzir para diagnosticar eventual corresponsabilidade da Administração Pública, derivada dos serviços terceirizados contratados.

Cabível invocar, ainda, o método teleológico de interpretação jurídica para enfrentar a tormentosa questão em análise, tema sobre o qual vale a pena relembrar o escólio de Vicente Ráo¹ para quem: “[...]o sentido literal da lei deve ceder o passo a sentido outro, ditado pela necessidade de se satisfazerem os interesses contidos no caso concreto”. Dessa lição extrai-se que cabe ao Juiz, no momento da aplicação da regra jurídica, um exercício criativo - sem as limitações do texto legal e desvinculada da busca da vontade do legislador impressa na norma - e voltado às realidades sociais colocadas em jogo no caso *sub judice*, porém adstrito aos princípios ético-jurídicos previstos na ordem jurídica.

Nesse mesmo sentido, vale a pena invocar alguns doutrinadores citados no excelente estudo **Ativismo Judicial**, do Desembargador Luiz Roberto Nunes, publicado na Revista do E. TRT da 15ª Região, vejamos:

O próprio Kelsen não adota tese tão radical, mas ao contrário afirma categoricamente que além da interpretação ser autêntica, o aplicador tem liberdade para enquadrar o caso concreto dentro da moldura da norma jurídica: ‘a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a

livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato’. [...] Sobre a criação do direito, Karl Larenz em passagens lapidar, nos deixa os seguintes ensinamentos: ‘Muitas vezes, o Direito tem de ser descoberto pelo juiz, num processo de conhecimento criador, isto é, tem de ser produzido por ele através de operações metodicamente conduzidas. Nesta tarefa, deverá deixar-se guiar pelo princípios de valor expressos na ordem jurídica, pelos princípios a ele imanentes, em última instância pela própria ideia do Direito — não por simples considerações de oportunidade, que cabem exclusivamente ao legislador, nem por atitudes e estimativas pessoais, que podem ser apenas as de uma parte da comunidade jurídica, as de um grupo particular ou de uma mundividência determinada’.²

Insta acentuar, ainda, que o presente argumento encontra respaldo na Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 5º, *in verbis*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, de tal sorte que, na interpretação do caso concreto e das suas circunstâncias reais, constatado que a Administração Pública foi omissa na fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa contratada na terceirização, resta justificada, inclusive teleologicamente, sua responsabilização judicial por esse comportamento desidioso a fim de se assegurar o primado da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, importante destacar também que, em relação às

¹RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, t. 2. p. 611.

²NUNES, Luiz Roberto. **Ativismo Judicial**. **Revista do TRT da 15ª Região**. Campinas, n. 38, p. 57/74. jan./jun. 2011. p. 62 e 67.

empresas públicas e às sociedades de economia mista, a própria Constituição Federal equiparou-as às empresas privadas, de acordo com o § 1º, inciso II, do art. 173, *verbis*:

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 n. 19, de 1998)
I - [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Em vista do aludido comando constitucional conjugado com o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas

públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Evidencia-se, destarte, a responsabilidade subsidiária das referidas entidades públicas, por se encontrarem sob a égide do regime jurídico das empresas privadas.

Ora, corolário lógico dessa sujeição é que se ficar comprovado, pelo contexto fático-probatório constante dos autos, que a Administração Pública deu causa ao inadimplemento do contrato civil, deixando de acompanhar detalhadamente sua execução, incorrerá em ato ilícito passível de reparação nos termos dos arts. 37, XXI, da CF, arts. 27, IV, 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/1993, e art.186 do C.C., *in verbis*:

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:

[...]

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.

A referida norma constitucional indica com clareza os princípios norteadores do certame público, os quais, por sua vez, são dirigidos àqueles interessados em contratar com a Administração Pública, desde que demonstrem melhores condições técnicas/financeiras para levar a efeito o contrato licitado.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o indigitado dispositivo constitucional, resolveu no mesmo sentido; vejamos:

[...] 2 - O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, **apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe** (Adilson Dallari). (REsp n. 172.232/SP, 1ª T, Min. Relator José Delgado, publ. 21.09.1998- DJ). (g.n.)

Ut supra, fica claro o dever do administrador público de controlar - antes e durante - a licitação, cujas obrigações, inclusive os encargos trabalhistas e fiscais, foram assumidas por quem demonstrou melhores condições para cumpri-las, assim, restará preservado não só o interesse público, mas também evitar-se-á que o proponente obtenha vantagem

ilícita embolsando a parte dos recursos públicos que se destinavam ao pagamento dos trabalhadores devido à falta de fiscalização.

Não bastassem as razões antes invocadas, deve-se levar em conta, ainda, que na hipótese de exclusão da responsabilidade subsidiária do ente público - nos casos de inadimplemento contratual da empresa prestadora de serviços - inegavelmente estar-se-á vulnerando o princípio da isonomia, na medida em que a empresa privada, quando contrata em terceirização lícita, é responsabilizada subsidiariamente e, na ilícita, solidariamente, e essa circunstância, obviamente, ofende também o princípio da moralidade, pois não é justo que a Administração Pública não pague os débitos trabalhistas dos trabalhadores que laboraram em seu proveito.

O Professor Alexandre de Moraes, discorrendo sobre o princípio geral antes suscitado, preleciona que:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.³

Derradeiramente, ressalte-se que não se objetiva questionar o caráter vinculante da decisão proferida pela Excelsa Corte, na sessão plenária de 24.11.2010, que julgou procedente

³MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 312.

a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, explicitando que a simples inadimplência da contratado não transfere automaticamente à Administração Pública a responsabilidade pela quitação dos respectivos encargos trabalhistas. Convém ponderar, todavia, que o indigitado julgamento conferiu à Justiça Especializada a possibilidade de - no caso concreto e com base nos elementos probatórios existentes nos autos - apurar se a inadimplência foi causada especificamente por falha e/ou falta de fiscalização do órgão público contratante, e nesse caso, indubitável que remanesceria a culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, a obrigação de reparar (arts. 186 e 927, ambos do C.C).

Nesse sentido, torna-se relevante invocar o entendimento das seguintes e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nas Reclamações 12634 MC/ RO (3.10.2011) e 12699 MC/SP (4.10.2011) ambas da lavra do insigne Ministro Joaquim Barbosa, e 12710 MC/SP (17.10.2011) do preclaro Ministro Ricardo Lewandowski; vejamos:

No entanto, ao declarar a constitucionalidade do referido § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, a Corte consignou que se, na análise do caso concreto, ficar configurada a culpa da Administração em fiscalizar a execução do contrato firmado com a empresa contratada, estará presente sua responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas não adimplidos. Em outras palavras, vedou-se, apenas, a transferência automática ou a responsabilidade objetiva da Administração Pública

por essas obrigações.

No presente caso, aparentemente, a Corte Regional, embora de forma sucinta, a partir do conjunto probatório presente nos autos da reclamação trabalhista, analisou a conduta do ora reclamante e entendeu configurada a sua culpa *in vigilando*. E o Tribunal Superior do Trabalho, ao apreciar o recurso interposto contra o referido acórdão, seguiu a mesma linha de entendimento. (Rcl 12634 MC/RO e Rcl 12699).

Esta Corte, no julgamento da ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, declarou a plena constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, por entender que a mera inadimplência da empresa prestadora contratada não transfere automaticamente à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

No entanto, reconheceu-se, ainda naquela assentada, que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, no dever de fiscalizar as obrigações do contratado, não pudesse gerar essa responsabilidade, se demonstrada a culpa do ente público envolvido. [...]

Isso porque a atribuição de responsabilidade subsidiária à reclamante não se deu de forma automática, mas por entender o juízo reclamado que restou efetivamente configurada a culpa *in vigilando* do ente público. Além disso, esse reconhecimento parece não ter representado a formulação, pelo órgão fracionário laboral, de qualquer juízo sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. (Rcl 12710 MC/SP).

Nesse mesmo sentido, é a seguinte e recente decisão do Colen-

do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta; vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N.º 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC N.º 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC N.º 16-DF. SÚMULA N.º 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n.º 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe

prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei n.º 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa n.º 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa n.º 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC n.º 16-DF e da própria Súmula Vinculante n.º 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas

infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula n.º 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.05.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.05.2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: 'SÚMULA N.º 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. [...] 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**'.

Na hipótese dos autos, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*), verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente seria suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento **desprovido**. (TST 2ª Turma - AIRR 101500-86.2009.5.05.0016, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data da publicação 18.11.2011).

Por pertinente, reproduzo os seguintes trechos da magistral decisão acima citada:

[...]

Com efeito, como se extrai da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão (vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.2010, 2º bloco, disponível em <http://videos.tvjustica.jus.br/>, acesso em 13.12.2010, *apud* VIANA, Márcio Túlio, DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder Santos, -Terceirização - aspectos gerais - a última decisão do STF e a Súmula n. 331 - novos enfoques-, LTr 75-03, p. 282-295, esp. p. 291-292), o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos

casos de terceirização lícita das atividades meio da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal - o empregador contratado. [...]

Em consequência, absolutamente não foi descartado, naquele julgamento - tendo sido, na verdade, expressamente salientado - que continua perfeitamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como este e à luz do conjunto fático-probatório neles delineado, continue a imputar ao ente público tomador daqueles serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária por aquelas obrigações inadimplidas por seu devedor principal, em virtude da presença de culpa *in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório) ou de culpa *in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não ter fiscalizado, como deveria e como lhe era perfeitamente possível, o cumprimento das normas

trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

[...]

Concluindo, entendo que caberá à Justiça Especializada analisar a questão da responsabilização subsidiária da Administração Pública sob o prisma da culpa *in vigilando*, aferida concretamente pelo conjunto fático-probatório constante nos autos, em consonância com a própria r. decisão proferida na ADC n. 16, pela Excelsa Corte, conjugada com as demais normas cabíveis, em especial com novo o item V, da Súmula n. 331, do C. TST, bem como com os arts. 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, da Lei n. 8.666/1993, e 186 e 927, ambos do Código Civil, todos aplicáveis à seara trabalhista, conforme permitido pelo parágrafo único do art. 8º consolidado.

Referências

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo Judicial. **Revista do TRT da 15ª Região**. Campinas, n. 38, p. 57-74. jan./jun. 2011.

RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, t. 2.