

RESPONSABILIDADE DO TOMADOR PÚBLICO, NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS, APÓS A DECISÃO DA ADC 16 DO STF

GUSTAVO MENEZES DINIZ DA SILVA SEGUNDO

Doutorando pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Graduado pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Especialista em “Direito Individual e Coletivo do Trabalho”, pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva – em convênio com a Escola Judicial do TRT5; Especialista em “Direito Processual – Grandes Transformações”, pela Rede de Ensino LFG. Graduado em Direito na Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Assistente de Juiz da 15ª Vara do Trabalho de Salvador-BA.

RESUMO: O fenômeno da terceirização é uma realidade neste país e como rende, para um lado, lucro, e para o outro, exploração da mão de obra alheia, termina por ocasionar uma série de pretensões postas em Juízo, diuturnamente. Trata o presente trabalho de uma análise acerca do posicionamento do Poder Judiciário nos casos em que a empresa se utiliza do artifício da Terceirização, e, em contrapartida, a responsabilização daqueles a quem se aproveita a mão de obra alheia, em todos os ramos, concedendo enfoque maior, porém, ao Tomador Público, após a decisão da ADC 16, do Supremo Tribunal Federal.

1. TERCEIRIZAÇÃO: PROLEGÔMENOS

O dinamismo do mundo contemporâneo impõe uma série de posturas à empresa moderna. Não se admite, hodiernamente, características típicas de iniciantes, no desenvolver das atividades empresariais. É dizer, a qualificação do serviço ou maior concentração na elaboração de produtos induz o empresário a uma centralização de esforços no que realmente deve influenciar na consecução resultado final, e escopo específico da referida atividade: a obtenção do lucro. Neste panorama de preocupações com os fins, desviam-se os esforços das atividades meio a terceiros, de forma que estes, por sua vez, são os verdadeiros especializados na atividade. Surge, assim, o fenômeno da Terceirização.

A doutrina, de forma geral, é homogênea em relação ao conceito da terceirização. A título representativo, Alice Monteiro de Barros, remetendo-se a Washington Monteiro de Barros, delimita o fenômeno referido como sendo a transferência a outrem de algumas atividades consideradas como secundárias, de forma que a empresa principal possa se concentrar em sua atividade-fim. Esta, por sua vez, deve ser entendida como “*aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas*”.

A conceituação do instituto, conquanto tenha sido perfeitamente delimitada socialmente, como se observou supra, pode ser complementada, quando se insere o aspecto jurídico. É dizer, nas palavras do doutrinador pátrio Maurício Godinho Delgado,

(...) terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente,

Em síntese apertada e simplória, a terceirização nada mais é que a relação jurídica realizada entre três sujeitos, de forma que cada um dos feixes da triangulação guarda direitos e obrigações específicos, os quais não podem restar desvirtuados, sob pena de ilegalidade do mecanismo, com conseqüências jurídicas avassaladoras para as empresas envolvidas³³.

2. CONTEXTO LEGAL

Inicialmente, cumpre ressaltar que o mecanismo da Terceirização é a exceção, na qual a regra é a relação

1 TRINDADE, Washington L.da. Os Caminhos da Terceirização, Jornal Trabalhista. Brasília. 17.8.1992. ano IX, n.416, p.869. apud MONTEIRO DE BARROS, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 5ed. São Paulo: LTr, 2009. p.452.

2 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

3 Citadas conseqüências serão analisadas ainda no corpo deste trabalho.

jurídica empregatícia formada entre dois sujeitos, empregado e empregador. Esta situação encontra-se prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 2º, caput e 3º, caput. Mister ressaltar, no entanto, que a própria CLT prevê o que, doutrinariamente, entende-se como espécie de terceirização, qual seja o contrato de empreitada e subempreitada, previsto nos arts. 455 e 652, “a”, inc. III, do referido diploma legal.

Desta forma, excluindo-se as relações de empreitada e subempreitada que, a nosso sentir, não atacam diretamente a delimitação do instituto, mas sim as conseqüências práticas de uma execução do contrato retocitado, qualquer conjugação de elementos fáticos que fuja a esta previsão não deve ser considerada, salvaguardada a hipótese de criação, por política legislativa, de exceções legais. Foi nesta conjuntura, de evolução social e “atraso” legislativo em relação a novos aspectos sócio-econômicos, que foram editadas algumas normas-regras de proteção aos sujeitos envolvidos, legitimando situações.

A primeira das normas editadas remonta ao Decreto-Lei nº200/67, segundo a qual permite-se à Administração Pública possibilidades de descentralização administrativa. Assim impera o diploma, para a realização de tal mister, no §7º do art.10:

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

Ora, tendo em vista que à Administração Pública somente é dado o exercício do que é permitido na Lei, com base no Princípio da Legalidade, a partir desta normatização concedeu-se uma gama de possibilidades ao Gestor, de forma a concentrar-se especificamente à consecução dos objetivos primários do Estado.

Ocorre, porém, que não restava claro, à época, quais eram as atividades que, efetivamente, autorizava-se a terceirização. Na tentativa de exaurir as dúvidas a este respeito, foi editada a Lei nº5645/70, segundo a qual, de forma exemplificativa, relaciona as atividades de apoio permitidas à Administração Pública terceirizar a sua execução. Senão, vejam-se:

Art.3º, Parágrafo Único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.⁵⁵

De outra banda, já no aspecto privado, a normatização da terceirização surgiu em, principalmente, duas legislações, quais sejam a que trata do Trabalho Temporário (Lei nº6.019/74) e do Trabalho de Vigilância Bancária (Lei nº7.102/83). Estas duas leis, inclusive, por certo tempo, foram as únicas que autorizavam a manobra do triangulação da relação empregatícia e, por esta razão, deviam ser interpretados de forma estrita. Cumpre ressaltar que, à época, editou-se a Súmula nº256 do TST (atualmente cancelada), tratando sobre o assunto:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº6.019, de 03/01/1974, e 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviço.

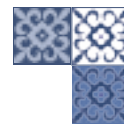
Naquele momento, importante assinalar, a edição da súmula conduzia ao aplicador do Direito a interpretar os dispositivos referidos de forma restritiva.

Mais adiante, a Constituição Federal de 1988 impera a necessidade de prévio concurso público para a admissão/investidura em cargo ou emprego público, junto à Administração pública direta indireta de qualquer dos Poderes, em todas as esferas. E, ainda no fervor do momento, edita-se a Lei nº 8.036/90, ao abarcar o entendimento de empregador à pessoa jurídica de direito privado e a de direito público; e a Lei nº 8.212/91, a qual disciplina o sistema contributivo previdenciário, ao prever a possibilidade de cessão de mão-de-obra, elencando os serviços considerados como possíveis de cessão.

Em verdade, apropriadamente relacionada à temática do presente trabalho, encontra-se a “norma” prevista na Súmula de nº331 do TST, em que há previsão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando esta se constituir em tomadora. Importante analisar, antes, no entanto, as formas de terceirização, debatidas na doutrina.

4 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200compilado.htm.

5 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm. Necessário constar que o referido parágrafo foi revogado pela Lei nº9.527/97, o que não significa a extinção das possibilidades de terceirização pelo Estado.



3. TERCEIRIZAÇÃO – SOB UM VIÉS DOUTRINÁRIO E JURÍDICO

Inicialmente, cumpre ressaltar que, como já se afirmou acima, a terceirização se trata de uma exceção, em que a regra é a bilateralidade da relação trabalhista. Por isto mesmo, nem todas as relações terceirizadas podem ser consideradas legítimas ou legais, de forma que, a depender do caso, ocorrerá a consequência jurídica de resvalar na vala comum da regra: a formação do vínculo. É o que se diferencia, doravante, subdividindo-se em dois grandes grupos: Terceirização Lícita e Ilícita.

Naturalmente, como a denominação já direciona o entendimento, a Terceirização Lícita é constatada quando estiverem reunidos todos os requisitos fundamentadores da exceção à relação bilateral. Para tanto, a Jurisprudência, de forma muito esclarecedora, indica as hipóteses permissivas desta manobra social, sob a forma da Súmula nº331 do TST, que ora se transcreve:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Como se pode observar, o TST, de modo simples, indicou quatro grandes grupos: trabalho temporário, serviço de vigilância, serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. É dizer, consideram-se lícitas aquelas terceirizações que são realizadas tomando-se como base os parâmetros da Súmula nº331 do TST. A resvalar para fora destes limites, considera-se como ilícita a terceirização e consequentemente a formação do vínculo empregatício diretamente com a tomadora.

Importante consignar que a doutrina acima expendida é capitaneada por Alice Monteiro e Maurício Godinho, segundo os quais as terceirizações somente podem pertencer a dois grandes grupamentos: as lícitas e as ilícitas. Nada obstante, há quem entenda que melhor classificação se encontra com a subdivisão terceirização regular e irregular, o que, de forma superficial, analisa-se adiante.

Entende-se por terceirização regular como sendo aquela (a) prevista em lei ou, (b) ainda que não prevista legalmente, for exercida em atividades-meio, nas hipóteses de não serem observados com a tomadora os requisitos dos arts.2º 3º da CLT. Por outro lado, a terceirização irregular pode ser configurada quando (a) fere o previsto legalmente, (b) na ausência dos requisitos da CLT, é exercida em atividades-fim e, (c) nos casos de exercício em atividades-fim na Administração Pública.

4. RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Preliminarmente, necessário considerar que a terceirização irregular/ilícita possui efeitos distintos, quando a tomadora da mão de obra é de direito privado ou se trata de Administração Pública, nas suas mais diversas facetas. Além disto, em relação ao Poder Público, a depender da época em que se presta o trabalho terceirizado, se antes ou após a Constituição Federal, os resultados são diferentes em cada caso. É o que se analisa, doravante.

4.1. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRIVADA

A Súmula nº331 do TST, de forma clara, informa, desde logo, a principal consequência da contratação

de trabalhadores por empresa interposta, considerando a ilegalidade desta manobra, que se trata da formação de vínculo diretamente com a tomadora. Necessário ressaltar, no entanto, que este vínculo é aquele que é formado, quando a tomadora for pessoa física ou jurídica de direito privado (não prestadora de serviços públicos).

Neste mesmo sentido, o quanto sumulado induz ao entendimento de que a responsabilidade pelos débitos oriundos da relação empregatícia é da empresa prestadora e, de forma categórica, acaso esta não venha a honrar as obrigações, caberá à empresa *tomadora* o pagamento das verbas, em sua totalidade (observado-se o período da prestação), ou seja, de forma subsidiária, desde que tenha participado da relação jurídica processual. É dizer, para que seja obedecido o benefício de ordem, em se responsabilizar primeiro a empresa prestadora, necessário que a empresa tomadora esteja incluída no título executivo judicial.

Convém consignar que há entendimentos jurisprudenciais no sentido de responsabilizar solidariamente a empresa tomadora (na terceirização), nos casos de acidente de trabalho ou, até mesmo, em todos os casos.

Enunciado nº 44 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomados e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos art.932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Enunciado nº 10 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

De qualquer forma, para haver responsabilidade subsidiária ou solidária, é assentado o entendimento de que, para que isto ocorra, imprescindível que a empresa tomadora tenha tido a oportunidade de se pronunciar no processo judicial, na fase de conhecimento, preservando-se, assim, o direito ao contraditório e ampla defesa.

4.2. CONSEQÜÊNCIAS, EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpra, preliminarmente, observar que a Constituição Federal foi um marco histórico, em relação à terceirização de serviços na Administração Pública. A partir da Carta Magna o vínculo empregatício com o Poder Público somente se observa através de concurso público, conforme prescreve o art. 37, II, além do que impera a Súmula nº331 do TST, em seu inciso II, mais acima colacionada.

Ocorre porém, que, antes da promulgação da atual Constituição, a realização de prévio concurso público não se constituía em requisito e, por esta razão, salvo nos casos específicos de trabalho temporário e vigilância, em que o vínculo empregatício não era formado mpor expressa previsão legal (Leis nº6.019/74 e nº7.102/83), nas hipóteses de contratação irregular, incluindo-se por meio de empresa interposta, era possível a declaração do vínculo com a Administração Pública. Oportuno informar que é este o entendimento encrustado na seguinte Orientação Jurisprudencial:

Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI – I do TST. Vínculo empregatício com a administração pública. Período anterior à CF/88.

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nº6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público em relação ao período anterior à vigência da CF/88.⁷

Por outro lado, a partir da promulgação da Lei Maior, no Brasil, aplica-se em todos os casos, o entendimento sumulado, em seu inciso II, é dizer, “a contratação irregular, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”⁸ (art.37, II da CF/1988).

4.3. ADC 16, DO STF E SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

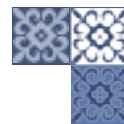
Conquanto seja pacífica na doutrina e jurisprudência a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas, nas hipóteses de terceirização, é necessário que seja constatada a conduta culposa do Poder Público, de acordo com o que prescreve a Súmula nº331, V, do TST.

Situação que gera dúvidas, em verdade, foi trazida após a edição da Lei nº 8666/92, em seu art.71, §1º. Segundo citado dispositivo:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em www.tst.jus.br. Acessado em 14-02-2014.

8 Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988.



transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.⁹

Em síntese, a Administração Pública passou a ser isenta de responsabilidade pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora, quando a contratação for oriunda de regular processo licitatório.

Ocorre, no entanto, que, em resposta à Ação Direta de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em que se discutia a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações. Em princípio, os defensores da *irresponsabilidade* trabalhista consistia nos seguintes fundamentos:

a) O processo licitatório afasta a culpa do Estado; b) A responsabilidade subsidiária representaria um duplo pagamento pelos encargos trabalhistas, uma vez que o poder público já havia pago pelos serviços prestados; c) A Administração segue o princípio da legalidade, respeita o art.71 da Lei de Licitações.¹⁰

No fervor das “discussões” jurisprudenciais e manifestações doutrinárias, sempre houve defensores, tanto da inconstitucionalidade,¹¹ do art.71 da Lei nº8666/92, quanto aqueles que defendem a responsabilização solidária,¹² entre a empresa prestadora de serviços e a Administração.

As discussões sobre este dispositivo foram superadas com a decisão prolatada pelo STF, no dia 24/11/2010, nos autos da ADC nº16 em que se declara a constitucionalidade do multicitado dispositivo. É dizer, a mera inadimplência pela empresa prestadora dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, quando da existência de terceirização, não tem o condão de transferir ao ente público tomador a responsabilidade subsidiária pelos mesmos.

Pelas razões acima, inclusive, o TST, em 31/05/2011, promoveu à modificação da redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação, para adequar à decisão exarada na ADC nº16 do STF.

Oportuno colacionar, somente para ilustrar, ementa de Acórdão prolatado pelo E. TRT da 5ª Região, em que se aprecia a questão:

Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. Em razão de reiteradas divergências quanto à aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, foi movida ação declaratória de constitucionalidade - ADC nº 16 - pelo Governador do Distrito Federal, com o objetivo de ter reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Foi proferido acórdão e, com base neste, foi elaborado o Informativo nº 610 do STF, que traz, em seu texto, a seguinte observação: “Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade” (Processo 0000396-14.2012.5.05.0641 RecOrd, ac. nº 144472/2013, Relatora Desembargadora NÉLIA NEVES, 4ª. TURMA, DJ 29/04/2013).¹³

Importante observar que, na prática da aplicação do Direito, os magistrados devem envidar esforços no sentido de apreciar as provas, e constatar (ou não) a eficácia na fiscalização pelo Poder Público no adimplemento

9 BRASIL. Lei 8666/92.

10 MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

8 11 MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.216 apud MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

1 12 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em www.tst.jus.br. Acessado em 14-02-2014. Enunciado nº11 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio da concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público”

13 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Disponível em www.trt5.jus.br. Acessado em 14-02-2014.

das obrigações contratuais celebradas entre a empresa prestadora e o empregado.

Ora, a Administração Pública, ao celebrar um contrato administrativo, mormente quando antecedido por procedimento licitatório, possui todos os instrumentos suficientes para a fiscalizar o cumprimento das obrigações legais trabalhistas, de modo, inclusive, a encerrar ou suspender o contrato firmado, com base em eventual descumprimento do contrato pela empresa contratada. É dizer, desde o momento em que se elabora uma minuta de contrato administrativo, frise-se, redação realizada pela própria Administração, há possibilidade de se incluírem cláusulas específicas de modo a garantir o cumprimento da legislação trabalhista. Para além desta situação, ainda que não tenha havido qualquer cláusula administrativa neste sentido, é de curial importância ressaltar que não é permitido o descumprimento da norma trabalhista, sob qualquer fundamento.

Partindo-se do pressuposto de que cabe à administração realizar corretamente o procedimento licitatório, com a escolha das empresas mais indicadas para a prestação do serviço, incluindo-se cláusulas assecuratórias dos direitos trabalhistas e que, além disto, deve fiscalizar o cumprimento da legislação obreira na execução do contrato, com a possibilidade de interrupção e ou suspensão da avença, qualquer descumprimento da Lei (em relação ao contrato administrativo celebrado) deve ser imputado à Administração como culpada *in vigilando* ou *in contraendo*, resultando em sua responsabilização subsidiária.

Para tanto, transcreve-se decisão prolatada pela Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Ilhéus, Dra Nélia Maria Oliveira dos Santos Hudson, em que, modificando entendimento anterior, passa a reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador (no caso, Município de Ilhéus):

(...)2.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO DE ILHÉUS – O Município de Ilhéus argüiu que não foi empregador do Reclamante; não existiu relação de emprego ou de trabalho entre as partes. Acontece que a pretensão do autor diz respeito à declaração de responsabilidade subsidiária do ente público, com base na súmula 331, inciso IV, do TST –confira-se a inicial.

O Município argüiu ainda, a vedação expressa de transferência da responsabilidade de pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais à Administração Pública, em caso de inadimplência do contratado, a teor do parágrafo 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93.

Com efeito, em 24/11/2010, o Supremo Tribunal Federal, julgou a ADC nº16 e por maioria, declarou a constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93, mas argumentou que há possibilidade de responsabilização da Administração Pública, em caso de terceirização, desde que demonstrada falha ou ausência de fiscalização no cumprimento das obrigações trabalhistas.

Em decisão recente –nos autos da ação 0000481-33-2010-5-05-0491 RTOrd –adotei entendimento no sentido de declarar a ausência de responsabilidade do ente público – tendo em vista a recente decisão do STF.

Mutante, repensei a questão.

Reconheço e declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE ILHÉUS tendo em vista que não existiu eficácia na fiscalização do cumprimento do contrato celebrado através de licitação, incorrendo em culpa “in vigilando” e “in eligendo”, quando contratou a empregadora do Reclamante, que não adimpliu os créditos trabalhistas do empregado. Mantenho no pólo passivo o MUNICÍPIO DE ILHÉUS. Declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE ILHÉUS

(...)14

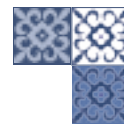
A decisão citada, já transitada em julgado não enfrentou o mérito referente da responsabilização do ente público.

5. CONCLUSÃO

As discussões acerca da responsabilização do tomador público não se exaurem, por si só, após a decisão da ADC 16 do Supremo Tribunal Federal. Conquanto tenha sido um marco histórico na matéria terceirização de serviços na Administração Pública, não foi o suficiente para espantar o assunto, junto aos tribunais.

O STF, apesar do esforço em aclarar a situação e declarar a constitucionalidade na norma-regra, perdeu a oportunidade de elencar, de forma mais concreta, os requisitos pertinentes para que fosse possível a responsabilização subsidiária do Poder Público. É dizer, ao simplesmente deixar em aberto a possibilidade do magistrado analisar no caso concreto, a existência de culpa *in vigilando* ou *in contraendo*, abre-se aresta para,

14 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Disponível em www.trt5.jus.br. Acessado em 14-02-2014. Decisão na íntegra pode ser encontrada nos autos do Processo 0000626-55.2011.5.05.0491 RTOrd, Juíza NÉLIA OLIVEIRA, Data 13/04/2012. Disponível para consulta no site www.trt5.jus.br.



de igual forma, existirem uma gama de decisões contraditórias, sob os mesmos fatos.

Desta forma, longe de resolver a situação, entendemos que os aplicadores do Direito, com base no Princípio da Proteção ao Trabalhador, devem realizar a análise da situação *sub judice* com olhos voltados para o Obreiro, de forma a evitar qualquer tipo de fraude contra o Empregado, ainda que a situação provoque uma responsabilização da própria Administração Pública.

6. REFERÊNCIAS

CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 21-10-2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Disponível em www.trt5.jus.br. Acessado em 14-02-2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em www.tst.jus.br. Acessado em 14-02-2014.

MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.216 *apud*

MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TRINDADE, Washington L.da. Os Caminhos da Terceirização, Jornal Trabalhista. Brasília. 17.8.1992. ano IX, n.416, p.869. *apud* MONTEIRO DE BARROS, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 5ed. São Paulo: LTr, 2009. p.452.