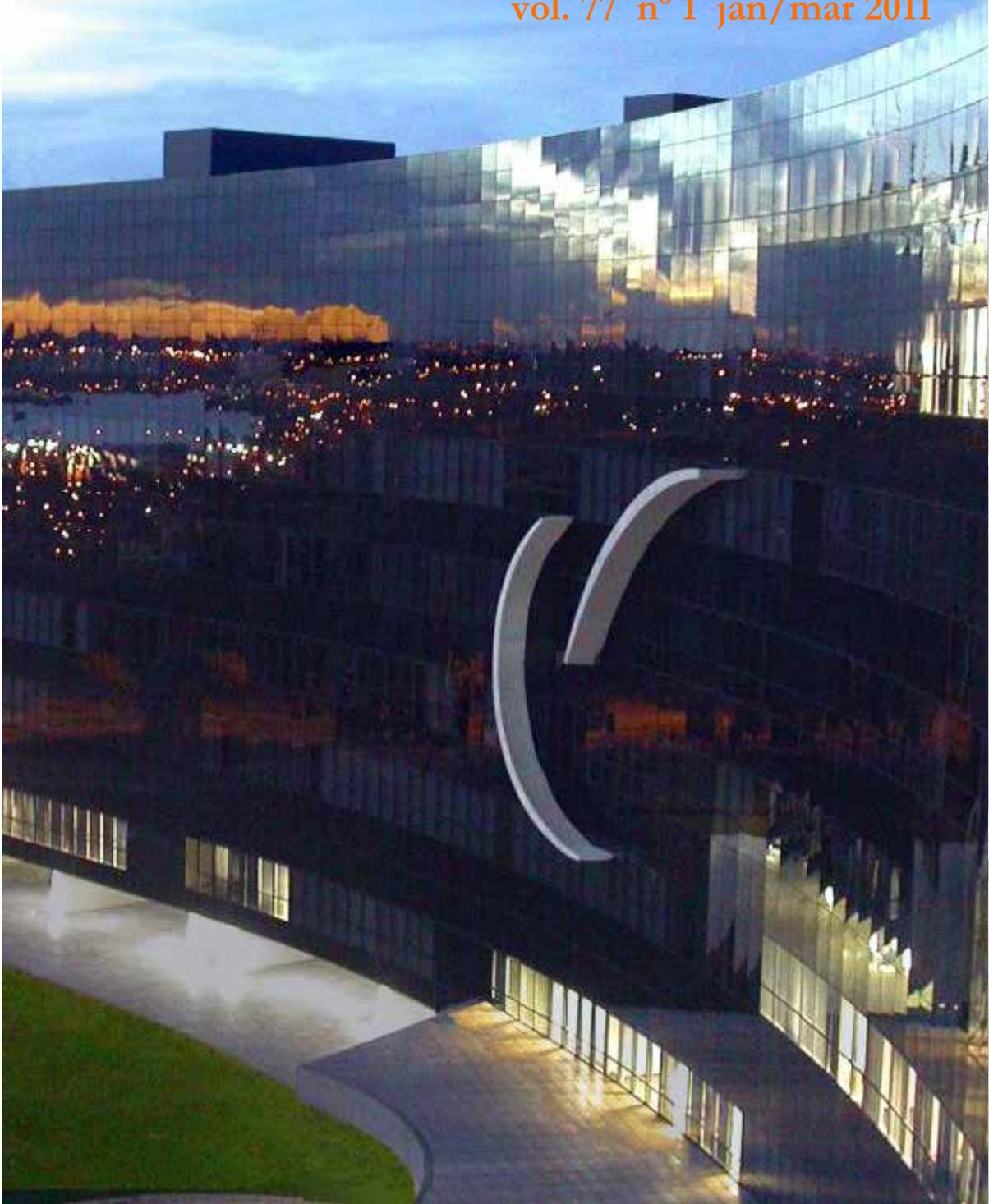


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 77 n° 1 jan/mar 2011



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen
Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Vice-Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Comissão de Documentação

Ano 77 – nº 1 – jan. a mar. – 2011

LEX MAGISTER
PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-6000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno*

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Milton de Moura França
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Órgão Especial

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

* Composição a partir de 02.03.2011.

Ministro Milton de Moura França
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Milton de Moura França
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Desembargadora Federal Maria Doralice Novaes (Convocada)

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro José Roberto Freire Pimenta

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Milton de Moura França, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Desembargadora Federal Maria Doralice Novaes (Convocada)

Oitava Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente



CRISTINA PEDUZZI
Vice-Presidente



ANTONIO LEVENHAGEN
Corregedor-Geral



MILTON DE MOURA FRANÇA



CARLOS A. R. DE
PAULA



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES

Sumário

TEMA ESPECIAL: RESPONSABILIDADE DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS DIRETA E INDIRETA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

1. Terceirização ilícita no âmbito das empresas de telecomunicações e a liminar concedida na Reclamação STF nº 10.132 – Paraná
Júlio Bernardo do Carmo 17
2. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula nº 331 do TST: poderia ser diferente?
Tereza Aparecida Asta Gemignani..... 32
3. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos enfoques
Marcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim .. 54
4. Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF
Marcos Malaquias 85
5. Terceirização nos serviços públicos
Patrícia Pinheiro Silva 95
6. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência
Bruno Santos Cunha 131
7. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal
Juliana Haas 139

NOTAS E COMENTÁRIOS

- Nova Direção do TST toma posse para o biênio 2011/2013 159
- Posse da Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes..... 160
- STF decide que TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária 160

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência temática..... 165

ÍNDICE TEMÁTICO

Índice da Jurisprudência do TST 253

**Tema Especial: Responsabilidade das
Administrações Públicas Direta e Indireta na
Terceirização de Serviços**

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NO ÂMBITO DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E A LIMINAR CONCEDIDA NA RECLAMAÇÃO STF Nº 10.132-PARANÁ

Júlio Bernardo do Carmo*

A questão nova e relevante que demanda maiores reflexões a respeito da licitude ou ilicitude da terceirização no âmbito das empresas de telecomunicações, especialmente no que tange à absorção de mão de obra congenitamente estruturada em sua atividade-fim, reside exatamente na concessão de liminar pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na Reclamação nº 10.132-Paraná, onde o ilustre Ministro Gilmar Mendes, atacando o ponto nevrálgico da controvérsia deixou explícito que “... feito um juízo sumário de cognição, *os termos utilizados no art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, não parecem ser sinônimos*, o que evidencia a existência de *fumus boni juris* que justifica a concessão da medida cautelar pleiteada”. (grifo nosso).

E assim é efetivamente, porque em havendo indiscrepante relação de sinonímia entre os termos empregados na legislação controvertida (Lei nº 9.372/97), ou seja, se *inerente* guarda efetiva relação de sinonímia com *acessoriedade* e *complementariedade*, a ininteligibilidade não mais existiria, porque *inerente* passa a ter significado *equipolente a acessório ou meramente complementar*, o que respaldaria em cores vivas a interpretação plausível e louvável que o colendo Tribunal Superior do Trabalho vem imprimindo ao art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, ou seja, a de que a terceirização só é lícita quando recrutada mão de obra com concurso de empresas interpostas para suprir necessidade permanente e contínua da atividade-meio da empresa de telecomunicações.

No plano tormentoso da dicção do direito a questão não é assim tão singela, até porque, mesmo no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho, há ministros que recepcionam o termo “inerente” como “essencial” e umbilicalmente ligado à atividade-fim, dita por excelência integrativa do objeto societário das empresas de telecomunicações.

* Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

DOCTRINA

Ou seja, considerando-se a primeira linha interpretativa, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao divisar o termo “inerente” como “secundário”, só autoriza as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes do sistema *call center* ou o trabalho dos cabistas, eis que aproveitados inequivocamente em atividade essencial para o funcionamento nuclear das empresas de telefonia.

Já a segunda vertente interpretativa divisa no vocábulo “inerente” o mesmo significado que “atividade principal, não meramente periférica”, daí porque o art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 teria intencionalmente ampliado as hipóteses de terceirização, sendo tranquilamente possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividade-fim elencada no § 1º do art. 60 da lei contestada.

Logicamente, não compete ao Tribunal Pleno dos tribunais trabalhistas antecipar-se ao exame meritório da Medida Cautelar nº 10.132-MC-PR, que entendeu relevante a arguição de suposto maltrato ao teor da Súmula Vinculante nº 10 do STF, quando os juízos e tribunais do trabalho, sem valer-se da declaração de inconstitucionalidade difusa ou incidental do art. 94, II, sob comento, acabam, sem observância da necessária regra de reserva de plenário, negando aplicação ao dispositivo contestado naquelas hipóteses em que a atividade intermediada é “fim” e não “meio” do objeto social da contratante, empresa de telefonia.

Se o vocábulo “inerente” é sinônimo ou não de “atividade-meio” ou, pelo contrário, reporta-se sim à atividade fulcral e estrutural das empresas de telefonia, isto compete ao excelso Supremo Tribunal Federal decidir.

Todavia, nós, integrantes do Poder Judiciário trabalhista, não podemos deixar de tecer considerações de relevo sobre o tema, até mesmo para indagar se existe plausibilidade ao pedido de adiamento de eventual votação de matéria administrativa tendente a uniformizar a jurisprudência interna das Cortes Trabalhistas, posicionando-se através de súmula com vinculação *interna corporis* se a terceirização é lícita ou ilícita na delegação de atividade-fim no âmbito das empresas de telecomunicações.

Por esta razão, rogando paciência aos ilustres leitores, passo a tecer as seguintes considerações estruturais a respeito do candente tema.

A mim não me impressiona, d.v., se a Súmula nº 331 do TST foi editada antes da Lei nº 9.472/97, não se podendo dizer, nem por isso, que lei federal posterior não estaria sendo recepcionada por súmula de jurisprudência anterior, como costuma ser acentuado nos memoriais que nos são apresentados pelas empresas de telefonia.

D O U T R I N A

O problema, a meu ver, não é de recepção, e sim de soberania dos tribunais trabalhistas de interpretar a legislação federal em consonância com os princípios medulares que informam o Direito do Trabalho, até porque princípios igualmente de ordem constitucional (dentre eles, a dignidade do trabalhador; a valorização do trabalho humano no regime da livre iniciativa capitalista; a isonomia remuneratória para exercentes de funções símiles, etc) respaldam a prudente e elogiável corrente interpretativa do colendo Tribunal Superior do Trabalho que divisa fraude e ofensa à lei consolidada na chamada terceirização de atividade nuclear no âmbito das empresas de telefonia.

Em outras palavras, mesmo sendo a Súmula nº 331 do TST anterior à vigência da Lei nº 9.472/97, a questão posta-se como de vazia importância, porque a atividade do Poder Judiciário na dicção do direito é em si atemporal, no que concerne à sua sacrossanta missão de preservar, através da hermenêutica dos tribunais trabalhistas, a prevalência dos princípios informadores do direito material do trabalho, que são, como dito alhures, secundados, inclusive, por princípios constitucionais, ostentando todos eles, hoje e sempre, situação de vanguarda e de indiscutível superioridade jurídica sobre a letra fria, atécnica e permissiva da legislação infraconstitucional, naquilo em que faz soçobrar a sublime missão do Poder Judiciário de pacificar com justiça, dentro da necessária bitola de não lesar a ninguém e de conceder a cada um aquilo que efetivamente lhe pertence.

Vem agora a análise crítica da Súmula nº 331 do TST, tão vergastada pelas empresas de telefonia, diante da intencional potestade que se quis imprimir à fria letra do art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97.

Em defesa da Súmula nº 331 do TST, pode-se dizer que a Lei nº 6.019/74 versa típica terceirização indesejável, mas legalmente tolerada, quando permite igualmente a terceirização em atividade-fim da empresa tomadora, porque foi editada em face da atipicidade da contratação consentida: ou seja, é sempre temporária [não pode ultrapassar 90 (noventa) dias] e só é viável para atender necessidade transitória de substituição de pessoal e de acréscimo extraordinário de serviço no âmbito da empresa tomadora.

Tanto assim é que, se a prestação de serviço se estende por mais de 90 (noventa) dias, sem autorização prorrogativa do Ministério do Trabalho, o vínculo laboral passa a ostentar-se diretamente com a empresa beneficiária dos serviços contratados, a que se acresce a responsabilidade solidária da empresa de trabalho temporário, em face de ser *jure et de jure* copartícipe de fraude.

DOCTRINA

A terceirização de atividade-fim feita sob os moldes da Lei nº 6.019/74 é atípica, não podendo ser utilizada com leviandade para tornar indefinida a terceirização consentida em atividade-fim.

Curial observar que, mesmo admitindo-se que a Lei nº 6.019/74 alberga uma espécie de *marchandage consentida* em atividade-fim, de natureza transitória, da empresa tomadora, ainda assim ela estabelece um marco temporal que pode servir de parâmetro para outras espécies de suposta *marchandage* consentida que vierem a ser contempladas especificamente em eventual texto de lei, ou seja, o prazo rigoroso, peremptório e máximo de 90 (noventa) dias.

Ora, ainda que existente lei superveniente criando a chamada *marchandage* consentida, desde que não seja transitório o fornecimento da mão de obra pela empresa contratada, ou seja, desde que fornecida ao arripio das hipóteses legalmente previstas, cujo marco regulatório é sim a Lei nº 6.019/74, ainda que por aplicação analógica ou supletiva, nada se transige em termos de marco temporal, porque o vínculo empregatício se estabelece diretamente com a empresa tomadora, na chamada atividade-fim.

A Súmula nº 331/TST, ao enumerar determinadas atividades-meio, como e.g., a contratação de serviço de vigilância e de conservação e limpeza (Lei nº 7.102/83), as quais, em regra, não formam vínculo de emprego com o tomador dos serviços, deve ainda assim ser interpretada com grão de sal, porque é da essência da inexistência de vínculo empregatício, o fato de que a empresa tomadora tenha como objeto social atividade nuclear distinta da contratada.

Quando, todavia, e isto pode acontecer na prática, de uma empresa tomadora ter o mesmo objeto social da empresa contratada ou prestadora de serviços, ou seja, empresa de asseio e limpeza que fornece faxineira para outra empresa de idêntico objeto social, a atividade-meio transmuda-se em atividade-fim e o vínculo empregatício é estabelecido diretamente com a empresa contratante, com responsabilidade solidária da empresa fornecedora de mão de obra, coparticipe de fraude.

Igual hermenêutica há de ser adotada quando a empresa terceiriza atividade-meio, mas ao invés de dedicar-se essencialmente e exclusivamente à sua atividade nuclear, mantém igualmente em seus quadros outros trabalhadores inseridos em atividade-meio ou periférica.

Como o caso é de típica discriminação, inclusive remuneratória, os trabalhadores terceirizados devem ostentar igualdade de direitos trabalhistas relativamente aos demais trabalhadores da atividade-meio da empresa tomadora, sob pena de ser perpetuada uma fraude (art. 9º da CLT).

D O U T R I N A

Em detrimento da Súmula nº 331 do TST, há segmento doutrinário obtemperando que o art. 455 da CLT já resolveria em bom tom o problema da terceirização, não havendo necessidade de edição de súmula específica para regulamentá-la.

O argumento doutrinário em epígrafe faz alusão aos contratos de grandes obras de infraestrutura, quando grandes empresas que venciam a concorrência pública se encarregavam de realizá-las.

Como obras desta envergadura importam em múltiplas frentes de trabalho, tornou-se necessário subempreitar não só para descentralizar o trabalho, como também para alcançar sua otimização pelas empresas especializadas.

Merece igualmente relevo a menção de que a própria Administração Pública foi alvo de regulamentação legal que priorizou a descentralização de serviços, podendo mencionar-se o DL nº 200/67, a Lei nº 5.645/70 e a Lei nº 9962/00, sendo que enfoque especial teve a Lei nº 5.645/70, já que no § 3º de seu art. 3º ficou estabelecido que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros assemelhados seriam, de preferência, objeto de execução indireta mediante contrato, nos termos do art. 1º do DL nº 200/67”.

Como essa descentralização era objetivada no âmbito do regime de empreitada e subempreitada, a doutrina em apreço pondera que, por força do art. 455 da CLT, o legislador celetista, já naquela época, teve o fino senso jurídico de perceber que o fato do empreendimento principal subempreitar suas tarefas não lhe retirava a responsabilidade pela relação de trabalho formada pelas subempreitadas, já que, diante de tal conjuntura, a responsabilização de todos é uma medida necessária e justa.

E a crítica mais acerba à edição da atual Súmula nº 331 do TST estriba-se em sua completa desnecessidade, já que o art. 455 da CLT, permitindo ação contra o empreiteiro principal, evitou discussão estéril e desnecessária para saber quem, na realidade, era o empregador, já que a tônica da responsabilização pelo trabalho prestado recai sobre aqueles que dele se beneficiaram.

A doutrina marginada assevera que esta senda aberta por ocasião da descentralização dos serviços, tanto no âmbito público como no setor privado, deve ser o modelo a ser trilhado nas terceirizações hodiernas, adaptando-se a ideia ao tempo, mas sem perder seu conteúdo justo (SILVA, Antônio Álvares da Silva. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. Ed. RTM).

DOCTRINA

A mim me parece, todavia, que os exemplos citados pela doutrina supra-exposta não poderiam ser transportados de forma simplista para o âmbito da terceirização hodierna, para solucionar, de vez, seus tormentosos problemas.

Esta dificuldade de transposição reside exatamente no fato peculiaríssimo de que no âmbito da terceirização, diversamente do que acontece na empreitada e na subempreitada, a problemática maior não se revolve apenas em indagar quem seria o responsável pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, mas igualmente *se seria viável o desnível salarial entre trabalhadores que exercem a mesma atividade, meio ou fim, em que pese a diversidade de empregadores.*

Na terceirização, como é curial, uma empresa prestadora de serviços fornece mão de obra para uma outra empresa que delas necessita, pagando sempre salários inferiores àqueles auferidos pelos trabalhadores da empresa tomadora, em que pese na prática existir o desempenho das mesmas funções e atividades, singularidade que afronta o princípio da isonomia salarial.

O Judiciário trabalhista deve enfrentar esses problemas ocasionados aos trabalhadores terceirizados não apenas definindo quem é o responsável pelos encargos trabalhistas, como também assegurando a prevalência do princípio da isonomia salarial.

No âmbito da empreitada e respectiva subempreitada o problema não aflora com esta singularidade, porque há diversidade de execução de trabalhos mediante especializações (subempreitada, v.g., da parte elétrica ou da parte de marcenaria), e cada trabalhador recebe o salário que for ajustado seja pelo empreiteiro ou pelo subempreiteiro, inexistindo possibilidade de vilipêndio ao princípio constitucional da isonomia salarial.

O grande problema da terceirização hodierna é exatamente este: havendo desnível salarial entre trabalhadores que, mesmo contratados por empresas distintas, labutam lado a lado nas mesmas funções, aos mesmos deve ser garantida, por uma questão de justiça social, a igualdade de salários, sem prejuízo de indagar quem é o devedor principal ou subsidiário dos demais encargos trabalhistas.

O passe de mágica consiste em proceder-se à terceirização hodierna, indispensável no mundo globalizado e automatizado, de forma equilibrada, justa e equitativa, ou seja, sem perpetrar ofensa à regra da isonomia salarial, de assento constitucional.

Este é o grande desafio: não basta apenas garantir o pagamento de direitos trabalhistas, mas sim pagá-los em sua plenitude, sem perpetração de discriminação de qualquer natureza.

D O U T R I N A

Parte da doutrina enfatiza, ainda em detrimento da Súmula nº 331 do TST, que o seu item I firma princípio genérico de que a contratação de trabalhador mediante empresa interposta é ilegal e bem por isso é que o vínculo se forma diretamente com a empresa tomadora de serviço.

A crítica doutrinária é no sentido de que tal afirmativa, contida no verbete sumular, já não mais condiz com o mundo atual.

A interposição de empresa, a *marchandage*, por si só, não seria nula, já que sua nulidade está a depender do caso concreto, pois somente quando fraudulenta e prejudicial ao empregado é que poderá ser reputada nula, conforme avanço pretoriano da Corte de Cassação Francesa.

E obtempera a doutrina em apreço: esta deve ser a posição certa. Não se pode rejeitar a intermediação se é lícita e se fez de boa-fé. Rejeitá-la pura e simplesmente é *parti pris*, ou seja, preconceito.

Além da ilegalidade gratuita, sem nenhum fundamento, a Súmula nº 331 do colendo TST vai mais longe e afirma que o vínculo se forma diretamente com o tomador de serviço (SILVA, Antônio Álvares da. *Op cit.*).

Feita a crítica, segue a defesa da Súmula nº 331 do TST.

A mim me parece que o posicionamento adotado pela Súmula nº 331 do TST, inciso I, foi sábio e altamente salutar ao empreendedorismo econômico.

Só se impõe veto à terceirização fraudulenta, aquela que se imiscui na atividade-fim da empresa tomadora, mas, em contrapartida, mostra-se amplamente permissiva quanto à existência da terceirização lícita, que é aquela que se imiscui em atividade-meio da empresa tomadora, sem descuidar da responsabilidade subsidiária daquela empresa que efetivamente se beneficia do trabalho intermediado.

Inexiste no item I da Súmula nº 331 do colendo TST qualquer ilegalidade gratuita e muito menos ausência de fundamento.

Pelo contrário. O posicionamento adotado pelo colendo TST tornou lícita a intermediação de mão de obra por empresa interposta quando ligada à atividade-meio da empresa tomadora e desde que ausentes, logicamente, a pessoalidade e a subordinação.

Seria uma espécie de *marchandage* tolerada, típica dos tempos modernos, para viabilizar ao empresário meios de competir com sucesso no acirrado mercado de consumo.

A doutrina mais exigente diz mais que o item I da Súmula nº 331 do TST, além de uma ilegalidade gratuita, sem nenhum fundamento, vai mais

longe ainda e afirma que o vínculo jurídico trabalhista se forma diretamente com o tomador de serviço.

A crítica acerba a este item do verbete sumular redundaria então em um contrato forçado, sem base na lei, e que estaria a contrariar todas as regras de formação da vontade livre, com negação da autonomia privada e da livre iniciativa.

E lança o veneno fatal: ato jurídico forçado, qualquer que seja, é a negação do Direito.

A presunção da vontade livre é pressuposto de todo ordenamento jurídico. (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*).

Novamente em defesa da Súmula nº 331, item I, do colendo TST, pode dizer-se que a observação cáustica supramencionada só seria válida quando os sujeitos da relação jurídica desfrutam de igual situação econômica.

No Direito do Trabalho a hipossuficiência do trabalhador proíbe a aplicação irrestrita da autonomia da vontade.

Não há contrato forçado, como pondera a acerba crítica doutrinária, mas sim mero redirecionamento factual do relacionamento jurídico, com lastro no princípio da realidade.

Não há espaço para presunção de vontade livre quando a intermediação prejudica o empregado.

Mesmo aderindo à *marchandage*, por um instinto de sobrevivência, a vontade do trabalhador é anódina, porque, *ultima ratio*, não pode causar-lhe prejuízo (art. 468 da CLT).

A doutrina crítica e descrente da eficiência jurídica e prática da Súmula nº 331 do TST ainda faz outros questionamentos.

Diz ela: se a interposição se faz por empresa especializada, está-se dentro dos moldes da Lei nº 6.019/74 e o contrato de trabalho se formará com a empresa fornecedora da mão de obra.

Se é realizada por simples intermediação, geralmente feita por agência de colocação, não há impedimento algum. A relação de emprego se constituirá com o tomador.

Aqui, como na hipótese anterior, o que rege a situação é a existência ou inexistência de fraude.

E vem a pergunta crucial: se a empresa fornecedora de mão de obra é solvente e não há fraude, qual a diferença para o empregado se trabalha para uma ou outra empresa? (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*).

Em rebate à crítica doutrinária opositora da Súmula nº 331/TST pode-se dizer que a situação ali retratada não é tão simplista assim.

A solvência da empresa interposta é irrelevante, porque na intermediação de mão de obra feita ao largo da permissão legal, ou seja, ao arrepio da Lei nº 6.019/74, há uma situação de disparidade salarial entre o empregado da empresa fornecedora do serviço e o da empresa tomadora, embora ambos realizem o mesmo serviço.

Há, como dito alhures, flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia salarial.

Quando a intermediação de mão de obra é feita nos moldes da Lei nº 6.019/74, seja para atividade-fim ou atividade-meio, a situação do trabalhador terceirizado não é tão prejudicial assim, porque a própria Lei nº 6.019/74 garante ao mesmo o patamar remuneratório da empresa tomadora.

Exatamente por isso é que a jurisprudência teve que traçar parâmetros éticos para evitar a espoliação do trabalhador intermediado, só tolerando este desnível remuneratório quando a intermediação é feita em atividade-meio da tomadora, sem existência de pessoalidade e subordinação direta.

Esta a baliza traçada pela Súmula nº 331 do TST: quando a intermediação de mão de obra é feita nos moldes da Lei nº 6.019/74, como não há prejuízo remuneratório para o trabalhador intermediado e a transposição do serviço é precária e temporária, o trabalho do intermediado pode dar-se tanto em atividade-fim como em atividade-meio da empresa tomadora.

Todavia, quando a intermediação de mão de obra é feita não nos moldes da Lei nº 6.019/74, mediante típico contrato de trabalho temporário, e sim mediante contrato de prestação de serviços entre as empresas fornecedora e tomadora da mão de obra, como a duração do contrato é superior a 90 (noventa) dias, o trabalho prestado pelo intermediado só pode relacionar-se com a atividade-meio da empresa tomadora, nunca em sua atividade-fim, sob pena de consagrar-se uma *marchandage espúria*.

Não fosse traçada esta baliza pretoriana, o trabalhador intermediado seria tratado como mera mercadoria, como coisa, como escravo, sujeito a salários aviltantes, embora realizando o mesmo serviço dos trabalhadores da empresa tomadora, com a agravante ainda de estar desenvolvendo atividade umbilicalmente ligada ao *core business* da empresa tomadora, tudo mediante rígidas condições de aferição de seu rendimento pessoal, logo, com pessoalidade e subordinação.

Esta última situação, a par de configurar fraude trabalhista, vilipendiando a aplicação de preceitos consolidados, desafia igualmente a soberania do Poder Judiciário trabalhista de, mediante a especificidade do caso concreto, decretar a relação de emprego diretamente com a empresa tomadora, com observância irrestrita do art. 114 da Magna Carta, sendo que tal soberania, como é curial, jamais poderia ser refreada pelo comando subalterno de uma legislação infraconstitucional, sob pena de deitar por terra o Estado Democrático de Direito, alçando-se, assim, o escopo de lucro capitalista como a razão de ser inabalável e intangível de todas as coisas.

A doutrina favorável à terceirização irrestrita de mão de obra pondera que a Súmula nº 331 do TST faz referência à Lei nº 6.019/74, para referendar a intermediação nas hipóteses nela previstas: necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços. E indaga a doutrina mais permissiva: se para estas duas hipóteses a intermediação é permitida, por que não seria também para as demais? (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*).

A resposta a tal indagação é singela.

A Lei nº 6.019/74 permite a terceirização em atividade-fim (necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços) porque esta necessidade da empresa tomadora é tipicamente sazonal, logo, precária e transitória, porque limitada no tempo.

Seu prazo, conforme comando peremptório da Lei nº 6.019/74, não pode ultrapassar 90 (noventa) dias.

Se este marco temporal for ultrapassado será a empresa tomadora, com a responsabilidade solidária da empresa fornecedora de trabalho temporário, copartícipe de fraude.

A permissão de terceirização fora da bitola estreita da sazonalidade torna permanente a prestação de serviço, e bem por isso impõe maltrato à legislação consolidada, empecendo sua aplicação, sendo por isso nula *ex radice* (art. 9º da CLT).

A generalização irrestrita da terceirização, fora do âmbito específico da Lei nº 6.019/74, ou seja, quando é feita mediante um contrato de prestação de serviços entre a empresa fornecedora e a empresa tomadora, torna possível, por não ter sido ainda regulamentada tal instituto jurídico no Brasil, o vilipêndio ao princípio da isonomia salarial, porque mesmo executando o mesmo labor do empregado da tomadora, o trabalhador da empresa fornecedora auferia salários bem inferiores, a par de ser alijado das melhores condições de trabalho existentes na empresa tomadora, geralmente estratificadas em acordos e convenções coletivas de trabalho e mesmo em sentenças normativas, situação insuportável,

máxime quando presente a pessoalidade e a subordinação direta às ordens e diretrizes da empresa beneficiária da prestação de serviços.

Ou seja, feita abstração da Lei nº 6.019/74, que respeita um patamar remuneratório digno e ético, quando a intermediação de mão de obra é feita através de um contrato de prestação de serviços, celebrado entre a empresa fornecedora e a empresa tomadora, o campo mostra-se fértil para a perpetração de fraudes, porque a tônica comum é o desrespeito ou o intencional propósito de evitar a aplicação ao caso concreto da malha tutelar da legislação social.

Em suma: a permissividade ampla e irrestrita da terceirização, como desejada pela doutrina mais arrojada, seria inviável e impraticável, máxime quando perpetrada no âmbito do *core business* da empresa tomadora, porque exigiria obediência irrestrita ao princípio da isonomia salarial, situação angustiante que tornaria inútil e antieconômica a terceirização, diante da impossibilidade de alcançar sua meta primordial, consubstanciada na redução de custos operacionais, dentre eles, logicamente, os encargos trabalhistas.

Torna-se premente a existência de uma lei que regulamente no Brasil, em termos justos, a terceirização feita mediante contrato de prestação de serviços, quando a atividade do trabalhador estiver ligada à atividade-meio da empresa tomadora, para que se evitem os abusos nefastos da *marchandage fraudulenta*¹.

1 Sérgio Pinto Martins faz uma excelente resenha a respeito da situação da terceirização no Direito estrangeiro, obtemperando que “há países que proibem o trabalho temporário, como a Suécia (Lei nº 1.877/80), a Espanha (DL de 1952 e Decreto nº 3.677/70) e a Itália (Leis ns. 264/1949 e 1.369/60). Outros países permitem a terceirização, estabelecendo regulamentação legal para a questão, como a Bélgica, Dinamarca, Noruega, Países Baixos e a França, cuja lei de 1972 serviu de inspiração para a nossa Lei nº 6.019/74”. A Argentina coíbe a intermediação de mão de obra, admitindo apenas a locação temporária de trabalhadores, prevendo solidariedade entre empresa prestadora de serviços e a tomadora, para efeitos trabalhistas e previdenciários. O art. 29 do Decreto nº 390/76 é incisivo a respeito do assunto: “os trabalhadores que sejam contratados por terceiros com vista a cedê-los a empresas, serão considerados empregados diretos de quem se utilize de sua prestação, respondendo as empresas responsáveis pela intermediação de forma solidária frente a encargos trabalhistas e previdenciários”. Na Colômbia a legislação é no sentido de que a terceirização é lícita, desde que a empresa prestadora dos serviços poste-se como a legítima empregadora e não mera intermediária, só havendo solidariedade da empresa tomadora se e quando houver inidoneidade econômica da empresa prestadora. A Itália, como dito, proíbe a terceirização (Lei nº 264/49). A Lei nº 1.369, art. 3º, estabelece que: “os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhos de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham que ser executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores que deste dependam, de um salário mínimo não inferior ao que percebem os trabalhadores que daqueles dependam, bem como lhes assegurarão condições de trabalho não inferiores às que desfrutem esses seus trabalhadores”. No Japão proíbe-se a terceirização no transporte portuário e na construção. Nos outros setores da economia vige a *Worker Dispatching Law*, de 1985, que seria uma lei do trabalhador subcontratado, com o objetivo de disciplinar a subcontratação. Somente se observados os requisitos da lei de subcontratação é que inexistirá vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços. No México a rigor não se permite a terceirização, excepcionando-se as poucas hipóteses estabelecidas na legislação nacional. No Peru a legislação é

Quando a intermediação é feita em atividade-fim da empresa tomadora, em seu *core business*, mediante pessoalidade e subordinação, não existe espaço para qualquer contemporização, eis que o vínculo de emprego é estabelecido inextrinsecavelmente com a empresa tomadora, sob pena de maltrato aos arts. 9º, 2º, 3º da CLT e art. 114 da Magna Carta, porque, como já ressaltado alhures, ao se armar a *fattispecie*, se o juiz, mesmo diante da pessoalidade e da subordinação da prestação do trabalho, não puder declarar a relação de emprego com a empresa tomadora, estaria esfacelado o poder do Judiciário de dizer o direito aplicável ao caso concreto.

A doutrina crítica ao teor da Súmula nº 331/TST pondera ainda que outra grande questão consiste em distinguir atividade-fim de atividade-meio, quando o conceito é posto em função da atividade econômica.

E vai mais além: o fim de toda empresa é o lucro e, para isto, organiza os fatores de produção de tal maneira que, entre o custo e o preço de venda, haja uma margem que se denomina “lucro”. Para atingir este fim, tudo o mais seria meio...

E arremata: se a discussão for levada para o interior da empresa para, através de raciocínio dedutivo, distinguir entre atividade-meio e atividade-fim, ou entre serviços especializados e genéricos, cairemos nas mesmas perplexidades insolúveis, que não podem ser mensuradas em termos decisórios, a não ser com grande dose de arbítrio e discriminação (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*).

Em resposta a tal crítica pode-se dizer que a Súmula nº 331 do TST intensificou realmente a proteção social do trabalhador quando lançado em atividade-fim da empresa tomadora, concedendo-lhe o mínimo ético possível: a formação da relação de emprego com a empresa que absorve sua mão de obra em caráter indeterminado, com pessoalidade e subordinação direta.

Fosse possível romper esta barreira de proteção mínima outorgada ao trabalhador quando inserido em atividade-fim da empresa tomadora, estaria definitivamente ameaçada a existência do Direito do Trabalho, porque, em termos de empreendedorismo econômico, tudo seria possível em nome da maior

restritiva da contratação por via indireta. O art. 27 do Decreto-Lei nº 2.216 proíbe, de um lado, e limita de outro, a contratação por via indireta para trabalhadores para serviços permanentes, ficando proibida a prestação de serviços em empregos permanentes paga por entidades distintas e estranhas à relação laboral. Observa finalmente o eminente autor citado que a OIT (Organização Internacional do Trabalho) não chega a tratar especificamente do tema terceirização, mas observa-se uma certa permissão neste sentido. Todavia, a Convenção nº 34, de 1933, e a Convenção nº 96, de 1949, recomendam a supressão progressiva das agências de colocação de mão de obra com fins lucrativos. Estimulam a criação de serviços públicos gratuitos com essa finalidade, o que também faz parte da Convenção nº 88, de 1948, e da Convenção nº 96, de 1968, sendo que esta última convenção foi denunciada pelo Brasil em 1972. (MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 8. ed. Ed. Atlas, p. 29 *usque* 37).

eficiência e da lucratividade da empresa, ainda que sob o preço de retirar do trabalhador o mínimo de proteção legal.

E afirmo sem medo de errar que, no campo do Direito social, ou mais especificamente do Direito do Trabalho, mostrou-se engenhosa a construção pretoriana a respeito da dissociação entre atividade-meio e atividade-fim, porque a mesma postou-se como o marco diferencial entre o empreendedorismo econômico legítimo e o espúrio, porque a terceirização de atividade-fim (feita abstração do escopo lucrativo que é objetivo de qualquer empresa) é aferida com base no objeto social da empresa tomadora, de sua atividade tipicamente nuclear e, quando perpetrada, vem ferir as balizas do mínimo ético social, porque retira do trabalhador conquistas sociais (direitos e vantagens) conseguidos ao longo da história do Direito do Trabalho, com luta, suor e lágrimas, obstando assim que o caso concreto seja coberto pela malha protetora da CLT.

Como se vê, o escopo primacial dos tribunais trabalhistas é evitar a intermediação espúria e fraudulenta de mão de obra, pela via da terceirização, pois ela pode revestir a qualidade de autêntica *marchandage*.

Dito isso, não é crível admitir que as empresas de telecomunicações possam, pela duvidosa dicção do art. 94, item II, da Lei nº 9.472/97, terceirizar pessoal em atividade-fim sem incorrer em manifesta e abominável *marchandage*.

A interpretação abertamente permissiva do art. 94, item II, sob comento, teria consequências drásticas em um país onde impera soberano o Estado de Direito.

A terceirização leviana no âmbito das empresas de telecomunicações criaria a figura do empresário descomprometido com a legislação social e com as regras econômicas do mercado capitalista, porque poderia terceirizar, sem medo, toda a sua atividade (meio e fim), sem assumir qualquer responsabilidade com os riscos da atividade econômica, já que sua atuação seria adrede preparada só para auferir lucros, em detrimento da legislação social, ficando assim alçado a um pedestal inatingível pelos demais empreendedores econômicos, os quais sim estariam submetidos, em situação de odiosa discriminação e desvantagem, às rígidas malhas legais.

Ora, se o Estado, em um regime democrático e de Direito deve ser fomentador da iniciativa privada, através de criação de mecanismos econômicos que, expungindo a concorrência desleal e corrigindo os vícios e abusos de grupos oligárquicos poderosos, acabem por permitir aos empreendedores econômicos buscar um lugar ao sol no competitivo e globalizado mundo consumidor, mediante introdução de regras de mercado justas e equitativas, por que, completamente alijada deste cenário idílico e desejável, as empresas de

telecomunicações seriam inseridas em um regime odioso de exceção, imune a todo e qualquer risco inerente ao empreendedorismo econômico?

Há ainda um perigo mais escabroso que se esconde nesta regra de exceção, porque ao tornar-se ente inatingível pelos princípios estruturais que informam o direito material do trabalho e a própria Constituição da República, as empresas de telecomunicações teriam o privilégio de afastar a incidência aos casos concretos dos arts. 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, e o que é pior, a própria soberania jurisdicional insculpida no art. 114 da Lei Magna.

Ora, se constitucionalmente compete ao Poder Judiciário Trabalhista declarar, diante da especificidade do caso concreto, a relação de emprego entre trabalhadores terceirizados no âmbito de atividade-fim das empresas de telefonia, como afastar esta potestade constitucional com fincas na dicção sinuosa do art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, norma que é de natureza infraconstitucional?

Com base nessas considerações, uma vez que a correta inteligibilidade do termo “inerente” insculpido no dispositivo contestado (art. 94, II, da Lei nº 9.472/97) pende de apreciação no bojo de reclamação constitucional movida perante o excelso Supremo Tribunal Federal, e para evitar contraste de súmulas regionais com o entendimento que vier a se firmar no Pretório excelso, o ideal seria que os tribunais regionais trabalhistas se abstivessem de editar súmulas internas regulando a terceirização em atividade-fim das empresas de telefonia, até que o Supremo Tribunal Federal venha a emitir sua decisão sobre o mérito da aludida reclamação.

Caso ocorra o entendimento dos tribunais trabalhistas no sentido de que seria razoável a votação de matéria administrativa relativamente a tal assunto, no âmbito interno de sua jurisprudência, até como meio de angariar subsídios para a escorreita apreciação do tema pela Corte ápice nacional, sugiro que o verbete de eventual súmula uniformizadora da jurisprudência interna dos tribunais trabalhistas seja revestida da seguinte redação:

“Terceirização em atividade-fim. Empresas de telecomunicações. O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97, autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os cabistas, os instaladores e reparadores de linhas e aparelhos e os atendentes do sistema *call center*², eis que aproveitados em atividade nuclear para o

2 Tenho para mim que uma atividade desenvolvida pela concessionária de telefonia ou de energia elétrica pode ser inerente, ou assim chamada por apresentar relação de mera pertinência com o serviço de telefonia ou de energia elétrica, mas sem integrar, necessariamente, o seu “core business”, ou seja, a sua atividade nuclear, sendo que a utilização deste contexto interpretativo evita que o Direito do Trabalho seja despidido de seus princípios basilares, quando em jogo interesses tanto do trabalhador como dos

funcionamento das empresas, sob pena de, criando-se regime de exceção, negar-se vigência aos arts. 2º, 3º e 9º da CLT e ao art. 114 da Constituição da República.”

São estas as considerações que julgo relevantes para o fiel exame da tormentosa questão da terceirização em atividade-fim das empresas de telecomunicações, especialmente em face da Reclamação nº 10.132-PARANÁ, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal.

empreendedores econômicos, a par de não estorvar a plenitude do exercício da soberania da jurisdição trabalhista, como prevista no art. 114 da Constituição Federal. Exemplo típico desta dissociação pode ser feita com o serviço denominado de *call center*. Se a empresa terceiriza o serviço de *call center* com o objetivo de aproximar, através de uma política de *merchandising*, os clientes da empresa, para despertar maior cobiça para os seus produtos, tal atividade é plenamente terceirizável. Se o *call center* apresenta-se, todavia, dissociado desta política de *merchandising* e objetiva apenas concretizar serviços típicos inerentes (imanescentes) ao *core business* das empresas de telefonia ou de energia elétrica, a terceirização é ilícita. Com isso se prova que o termo “inerente” por si só a nada conduz, porque tanto pode demonstrar o exercício de uma atividade principal, ligada ao *core business* empresarial, como também uma atividade tipicamente periférica. Ou seja, a dúvida maior consiste em saber se, em que pese tenha a Lei nº 9.472/97, em seu art. 60, § 1º, tentado especificar em regime de enunciação cerrada qual seria a atividade-fim das empresas de telecomunicações, a verdade é que a realidade é outra, porque não basta enunciar atividades de forma abstrata e descomprometida para aferir o âmago do objeto social da empresa de telefonia, se se relega ao olívio o trabalho humano que envolve tais atividades porque, verdade seja dita, todo e qualquer trabalhador que tem sua energia explorada na consecução daqueles misteres elencados no § 1º do art. 69 da Lei nº 9.472/97, seja mediante contratação direta ou interposta, desenvolve iniludível atividade-fim da empresa beneficiada, devendo, portanto, tal labor ficar à margem de terceirização, por vislumbrar-se casos típicos de intermediação espúria de mão de obra, cujo escopo é malferir o art. 9º da CLT, obstando a aplicação dos preceitos consolidados tutelares da relação de emprego. É dentro desta bitola estreita que deve ser interpretado o art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97, que assim dispõe: “... a transmissão, emissão ou recepção por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” constitui o núcleo do empreendimento das telecomunicações. Ou seja, todo e qualquer trabalhador que, a serviço da empresa de telefonia, esteja possibilitando o alcance de tais desideratos, está sim imune à regra de terceirização, porque consoante explícita a própria lei atrás citada, está a desenvolver atividade-fim de telecomunicação, devendo sua contratação ser assumida forma direta pela empresa de telefonia, sendo espúria a contratação indireta. Logicamente que no âmbito de tais atividades encontra-se o trabalho inarredável e imprescindível dos cabistas e dos instaladores e reparadores de linhas e aparelhos, sem cujo concurso o núcleo da atividade-fim das empresas de telecomunicações não se concretizaria. Já os atendentes do sistema *call center*, como analisado acima, podem ora inserir-se em atividade-meio ou em atividade-fim, dependendo da natureza do trabalho que desenvolvem. O compromisso do aplicador do direito ao aplicar a lei controvertida deve ser sempre no sentido de alcançar o seu exato escopo social. Ou seja, como está enfaticamente previsto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Basta este grão de sal.

ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93 E SÚMULA 331 DO TST: PODERIA SER DIFERENTE?

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“Uma coisa é um país,
outra um ajuntamento.

Uma coisa é um país,
outra um regimento.”

Affonso Romano
(*Que país é este?*)

1 – INTRODUÇÃO

Em relação aos entes públicos, o inciso XXI do art. 37 da CF/88 estabeleceu que os serviços prestados por terceiros devem ser contratados mediante processo de licitação. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 fixou que nestes casos a responsabilidade do empregador pelos débitos trabalhistas não seria transferida para a Administração Pública.

Nos últimos anos, em decorrência de significativas alterações que vêm ocorrendo na atuação dos entes estatais, esse tipo de contratação tem se intensificado notadamente em relação às atividades-meio da Administração. A questão trazida para o Judiciário trabalhista surge quando o empregador deixa de pagar o empregado e de recolher as contribuições fundiárias e previdenciárias.

Neste caso, o disposto no art. 71 suprarreferido poderia ser considerado salvo-conduto para afastar qualquer responsabilidade do ente público?

Provocado por um número significativo de processos em que esta situação jurídica é questionada, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331 que fixou dois parâmetros distintos:

a) Face às exigências previstas no inciso II do art. 37 da CF/88, quanto à necessidade de prévia aprovação em concurso público, estabeleceu que a “contra-

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas; doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP).

tação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, *não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública* direta, indireta ou fundacional”, preservando a não transferência prevista no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

b) Atento à necessidade de conferir efetividade à legislação trabalhista, fixou o entendimento de que o “inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços”, o que exige a observância do benefício de ordem, mantendo assim essa mesma diretriz legal.

Entretanto, tal orientação jurisprudencial vem sendo objeto de reiterados questionamentos junto ao STF, tendo o Ministro Marco Aurélio Mello manifestado divergência por ocasião do julgamento da ADC nº 16/DF e deferido liminar na Reclamação nº 9.016, ajuizada pelo Estado de Rondônia, por entender que a decisão judicial que adota a Súmula trabalhista teria exarado manifestação implícita de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem observar a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88, assim desrespeitando a Súmula Vinculante nº 10.

Tendo em vista a significativa repercussão desta decisão na seara trabalhista, o presente artigo se propõe a trazer ideias e reflexões, que possam contribuir para o debate da matéria.

2 – O SENTIDO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

Uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula nº 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade.

Será?

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹ explica que os “dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – *são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular (...)* essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais”.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62 e seguintes.

Entretanto, é interessante observar como a doutrinadora descola a ideia de *interesse particular* do conceito de direitos fundamentais. Com efeito, ao discorrer sobre as tendências atuais do direito administrativo brasileiro, ressalta que entre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 está o “alargamento do princípio da legalidade (para abranger não só a lei, mas também princípios e valores)”, de modo que o Estado Democrático de Direito passa a vincular a lei aos ideais de justiça, submetendo o “Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”, notadamente os que foram albergados nos arts. 1º a 4º, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a moralidade, publicidade e impessoalidade.

Destarte, a discricionariedade administrativa será por estes limitada, “o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito”. Portanto, o princípio da legalidade, referido no inciso II do art. 5º da CF/88, deve ser entendido como um conjunto de leis, valores e princípios agasalhados também nos direitos fundamentais, que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo submissão ao Estado de Direito.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais na Carta de 1988, Gilmar Ferreira Mendes² enfatiza que a “colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhe significado especial (...) ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”. Explica que os direitos fundamentais ultrapassam a órbita subjetiva, alcançando uma dimensão maior na perspectiva da ordem constitucional objetiva, assim formando a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Trazendo à colação doutrina desenvolvida por Jellinek, quanto a *Teoria dos quatro “status”*, ressalta que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Não se restringem mais à concepção tradicional de *direitos de defesa*, consagrando também direitos “que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)” por parte dos entes públicos.

Explica que na condição de *direito de defesa* impõem ao Estado o “dever de agir contra terceiros”, resguardando o indivíduo também “contra abusos de

2 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* – estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-12.

entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo”. Ademais, “reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, *implicam uma postura ativa do Estado*, no sentido de que esse se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”.

Com base na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, explica Gilmar Mendes que o dever de proteção abrange também deveres de segurança que *impõem ao Estado a obrigação de “proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas” e o dever do Estado “atuar com objetivo de evitar riscos” para o cidadão, de modo que a inobservância do dever de proteção configura lesão a direito que a Carta Constitucional reputou fundamental*.

Portanto, a definição do âmbito de abrangência do direito de proteção exige um “renovado e constante esforço hermenêutico”, concluindo que, face a sua importância como viga de sustentação da Carta Política de 1988, os direitos fundamentais “somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição”³.

Neste contexto, as lúcidas observações de Luigi Ferrajoli⁴ ao rejeitar também a análise da questão sob o estereótipo da maioria/minoria, ressaltando que os direitos fundamentais “correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais”, porque o reconhecimento jurídico desses direitos é intrínseco à condição de cidadão/sujeito, assim entendida como a superação da situação de súdito/objeto de dominação.

Na mesma senda trilhou Luis Roberto Barroso⁵ ao enfatizar que “o público não se confunde com o estatal”, pois atuam em planos diversos, chamando atenção para a importância de “reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada”, que divide o conceito de interesse público entre primário e secundário. Explica que o interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e está sintetizado nos fins que lhe cabe promover: justiça, segurança e bem-estar social, enquanto o interesse público *secundário* corresponderia ao interesse estatal da “pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma

3 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 14 e 28.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 814-815.

5 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61, 69 e seguintes.

determinada relação jurídica – quer se trate de União, quer se trate de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias.

Sem afastar a importância do interesse estatal secundário, pondera que “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário”. Ressalta, ademais, que num “Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses foram protegidos por uma cláusula de direito fundamental”, não remanesce nenhuma dúvida, pois configurados na constituição como “formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. *Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis*”. Assim, o interesse público secundário – i.e., o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia, condição ostentada pelo interesse público primário, por consubstanciar *os valores fundamentais que devem ser preservados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito de “corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas”* (grifos acrescentados).

Ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob uma dimensão objetiva, Virgílio Afonso da Silva⁶ destaca que “deve ser definido com base no significado deste direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia deste direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou boa parte deles”.

Nesta perspectiva, exigir que a Administração Pública fiscalize o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado não atende apenas ao direito de um indivíduo ou de um grupo de trabalhadores, mas visa proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental e seu significado como valor fundante da república brasileira, nos termos estabelecidos pelo inciso IV do art. 1º da CF/88.

As ponderações de Daniel Sarmento⁷ também caminham nesta direção ao destacar que uma das consequências mais importantes da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irra-

6 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 185.

7 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124 e seguintes.

diante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional” o que implica numa filtragem constitucional, na reinterpretação dos institutos legais “sob uma ótica constitucional”. Conclui que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política” que penetram “por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. *É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados*”.

Tais reflexões trazem subsídios importantes para a análise da controvérsia.

Se o ente público efetua contratação para a realização de um serviço, só porque tal se deu através de um processo licitatório estaria desobrigado de fiscalizar e exigir que este empregador cumpra suas obrigações trabalhistas, fundiárias e previdenciárias?

Se o Estado de Direito mantém a estrutura de uma Justiça Especializada Trabalhista como garantidora, por que iria permitir que um ente público se mantivesse inerte, precisamente quando a lesão é praticada contra aquele trabalhador que atua em seu benefício?

O marco normativo exige que o ente público acompanhe e fiscalize se o empregador contratado está cumprindo as obrigações patronais trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, a fim de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas instituídos como fundamentais pela Carta Política de 1988.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública aufera proveito dos serviços de um trabalhador, mas *lave as mãos* em relação aos seus direitos trabalhistas, que detém natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no art. 7º da CF/88, e fique tudo por isso mesmo?

Acaso o art. 71 da Lei nº 8.666/93 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele que presta serviços em seu benefício?

3 – O ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93

Vejamos o que diz o texto legal.

Estabelece o *caput* do art. 71 da Lei nº 8.666/93 que:

“O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”.

E o § 1º:

“A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.”

Acertadamente dispôs o preceito legal, pois cabe mesmo ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas em decorrência de sua situação de empregador, *condição que não se transfere ao ente público*, porque nestes casos a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do art. 37 da CF/88 de atuar como empregadora, conforme observado pela Súmula nº 331 do C. TST ao dispor no inciso 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/88).

Agora, situação jurídica diversa é a referida pelo inciso IV da mesma Súmula, ao tratar da responsabilidade da Administração Pública pela omissão e negligência, quando deixa de exigir e fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, fixando que:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.” (art. 71 da Lei nº 8.666/93)

Este é o texto que tem sido objeto de vários questionamentos perante o STF, como passaremos a examinar.

4 – INCONSTITUCIONALIDADE

A Súmula Vinculante nº 10

O Ministro Marco Aurélio Mello abriu divergência por ocasião do julgamento da ADC nº 16/DF (ainda não concluído). Ao apreciar a Reclamação nº 9.016 deferiu liminar, asseverando que a decisão proferida com esteio nesta diretriz jurisprudencial teria incorrido em declaração implícita de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem observância da cláusula de reserva de plenário, com flagrante violação da Súmula Vinculante nº 10, que estabeleceu:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, *afasta sua incidência, no todo ou em parte.*”

Assim, é preciso analisar primeiramente a seguinte questão: a diretriz jurisprudencial estabelecida no inciso IV da Súmula nº 331 do TST afastou a incidência do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93?

Penso que não.

Em nenhum momento a constitucionalidade do referido dispositivo legal foi questionada, nem mesmo de forma implícita. Pelo contrário, explicitamente se partiu do pressuposto de sua constitucionalidade, como demonstra o verbete sumular que faz menção expressa ao texto legal em seu inciso IV.

Ademais, a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a *transferência* dos encargos patronais do *empregador* para a Administração. Pelo contrário, *não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação*, de modo que aplicação do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi observada também pelo inciso IV deste verbete.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a Lei nº 8.666/93 teve o objetivo de instituir normas para licitações/contratos da Administração Pública e não para disciplinar a responsabilidade advinda da conduta omissiva e negligente dos entes estatais.

Ao estudar o instituto da licitação, Vladimir da Rocha França ressalta⁸ que em relação à matéria os “princípios constitucionais não podem ser com-

8 FRANÇA, Vladimir da Rocha. “Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação”. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Orgs.) *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 395-416.

preendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior intelecção e efetividade quando são conjugadas no esforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo. Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia” *evitando que haja a “violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação”*.

Ora, o art. 71 da Lei nº 8.666/93 não isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo cumprimento das obrigações legais trabalhistas.

Nem pode ser interpretado como permissivo legal que possibilite a adoção de conduta negligente por parte do ente público, que permite a violação de princípios jurídicos e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que presta serviços em seu benefício.

A responsabilidade subsidiária não transfere à Administração Pública a responsabilidade que é própria do empregador, tendo em vista que em seu conceito está implícita a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva.

Destarte, a interpretação sistemática do disposto no *caput* do art. 71 e seus parágrafos respalda a fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos estabelecidos na Súmula nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim atua no legítimo exercício de sua competência constitucional exclusiva (art. 111 e seguintes da CF/88).

Interessante analisar as razões de decidir exaradas no voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADC nº 16/DF, em que o Distrito Federal busca a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93 em face da aplicação da referida Súmula. Ponderou este Relator que não havia sentido em apreciar o pedido, pois a presunção de constitucionalidade do referido dispositivo não estava em xeque, sendo que além de assegurar a satisfação dos débitos trabalhistas, mediante a responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviço, a Súmula do TST preservou o constante do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, cuja menção expressa consignou no referido verbete, concluindo não ter sido demonstrada a existência de controvérsia sobre a constitucionalidade da norma. O Ministro Marco Aurélio apresentou

divergência e o julgamento foi suspenso por pedido de vista do então Ministro Menezes Direito.

5 – A AFERIÇÃO DOS LIMITES DE APLICAÇÃO DA LEI IMPLICA O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?

Ante tal panorama, o exame da questão exige que seja apreciado o seguinte ponto nodular da controvérsia: a aferição dos limites de aplicação de um determinado dispositivo legal implica em controle difuso de constitucionalidade?

Quando os Tribunais do Trabalho procedem à interpretação sistemática, a fim de aferir os limites de aplicação de diferentes dispositivos legais, tal configura, por si só, controle de constitucionalidade?

Ao apreciar a Reclamação nº 6.665/08, apresentada em relação à decisão proferida pelo TRT da 2ª Região no P.01663.2005.291.02.00-1, o Ministro Joaquim Barbosa julgou improcedente o pedido, ponderando:

*“A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção. Para caracterização da ofensa ao art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*) para declaração de inconstitucionalidade, é necessário que a causa seja decidida sob critérios diversos, alegadamente extraídos da Constituição, de modo a levar ao afastamento implícito ou explícito da norma por incompatibilidade com a Constituição.”*

Ademais, é importante lembrar que não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da Constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal, já tiver decidido a questão.

“(…) é importante salientar que a Súmula nº 10 desta Corte não se refere às exceções à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88). A súmula explícita e veda uma forma indireta de burla ao disposto no art. 97 da CF/88. Desse modo, permanecem hígdas no sistema as exceções legalmente previstas à cláusula de reserva de plenário.” (RCL nº 7.874, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJ de 23.04.09)

Conforme ressaltado, a interpretação sistemática, ínsita a todo julgamento, efetuada com o escopo de aferir qual a norma apta a possibilitar a subsunção

necessária para obter a solução de determinada controvérsia, não configura controle difuso de constitucionalidade dos demais dispositivos legais, que não se destinavam a disciplinar a situação jurídica em conflito.

A Lei Federal nº 8.666/93, promulgada para estabelecer “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”, disciplina as relações entre licitante e licitado, mas nada dispõe sobre a *responsabilização da administração Pública pela conduta negligente que viole direitos fundamentais do trabalhador que atua em seu benefício*, de modo que não há como ampliar sua aplicação à situação jurídica diversa daquela que visou regular.

Ademais, como bem pondera Maria Sylvia⁹, o procedimento licitatório decorre do “princípio da indisponibilidade do interesse público” e se constitui numa “restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta *melhor atenda ao interesse público*”. Deste modo, desatende aos princípios da moralidade e probidade, referidos nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública que deixa o contratante atuar sem fiscalização, permitindo que descumpra a legislação trabalhista mesmo recebendo recursos públicos para tanto, assim lesando também o interesse público.

A diretriz jurisprudencial fixada pela Súmula nº 331 não trata da constitucionalidade, ou não, do art. 71 da Lei nº 8.666/93, mas da sua observância nos termos em que foi estabelecido, o que afasta a interpretação ampliativa e aplicação do referido dispositivo a situação jurídica que não visou disciplinar, como a referente à responsabilidade do ente público que paga sem fiscalizar se as obrigações patronais trabalhistas do empregador contratado foram satisfeitas, adotando flagrante conduta negligente, que viola os direitos trabalhistas.

Neste contexto, o marco normativo que permite a subsunção do fato (conduta lesiva por omissão da Administração Pública) está posto no art. 186 do Código Civil ao dispor:

“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”.

Tal imputação não caracteriza a transferência vedada pelo art. 71 da Lei nº 8.666/93, porque o empregador continua a deter com exclusividade a res-

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 335.

pensabilidade patronal contratual. A responsabilidade da Administração Pública deriva de fato gerador diverso, *ex lege*, tendo a Súmula nº 331 observado tal disposição legal ao atribuiu-lhe a conotação de subsidiária, em que é de rigor a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva, de sorte que se trata de uma questão de subsunção do fato à norma, uma questão de legalidade, que em nenhum momento resvalou para o exame da constitucionalidade, o que afasta a aplicação da exigência contida na Súmula Vinculante nº 10.

6 – O BALIZAMENTO DE CONDUITA. BOA GOVERNANÇA. *ACCOUNTABILITY*

Como anteriormente ressaltado, o argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, da forma como foi construído não se sustenta, por se revelar falacioso.

Com efeito, não se trata de fazer valer o direito de um indivíduo ou de um grupo de empregados, mas de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas, cujo cumprimento se reveste de inequívoco interesse público por se tratar de norma fundamental, assim instituída pela Lei Maior em seu art. 7º.

Ademais, como considerar que uma conduta omissa e negligente por parte da Administração Pública possa ser considerada preservadora do interesse público?

Os preceitos infraconstitucionais que disciplinam a licitação se referem à situação jurídica diversa e não afastam o interesse público, nos termos em que foi conceituado pela Constituição quanto ao respeito ao marco normativo trabalhista, estabelecido sob a matriz fixada nos princípios fundantes estabelecidos nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Como bem pondera Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁰ a “preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se”, mas “para proteger os vários interesses das várias camadas sociais”. Conhecido também como princípio da finalidade pública, “vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” e tem o objetivo primordial de atender ao bem-estar coletivo. Assim, se a lei concede à Administração o poder/dever de processar uma licitação, tal expediente não pode ser usado como salvo conduto para burlar as leis trabalhistas, pois tal configura abuso de poder que viola o interesse público.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.*, p. 37 e seguintes; 63 e seguintes.

Neste sentido, as lúcidas reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹ ao ressaltar que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – *não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita observância do que dispuser a intentio legis*”. Concluindo que a Administração Pública tem natureza instrumental, não detendo o Juízo de disponibilidade para escolher quais dos interesses públicos confiados a sua guarda e realização deverão ser observados, ou não, sob pena de ter que responder pela omissão.

O nexo causal justificador da responsabilização é a conduta omissiva e negligente do ente público, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se este cumpriu com suas obrigações trabalhistas. Destarte, a construção jurisprudencial contida no inciso IV da Súmula nº 331 foi explicitada *secundum legem*, escorada no art. 186 do Código Civil, aplicável por compatível com o Direito Trabalhista, restando plenamente observado o princípio da legalidade, tendo o Tribunal Superior do Trabalho assim atuado no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização da jurisprudência.

Mas não é só.

Produz efeito que se espraia por toda a sociedade como balizador de conduta, ao sinalizar que a Administração Pública deve proceder com mais cautela, fiscalizando e acompanhando a prestação de serviços em prol do interesse público, dever legal que não pode ser afastado pelo simples fato da contratação ter ocorrido mediante processo licitatório.

Neste sentido, trago novamente à colação as reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao pontuar que o princípio da finalidade está encartado na legalidade, pois não se “compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual é o seu objetivo. Donde não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende a sua finalidade. A atividade administrativa desencontrada com o fim legal é inválida e, por isso, judicialmente censurável”.

11 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73-74.

O processo licitatório tem a finalidade de escolher a melhor proposta em igualdade de condições, em prol do interesse público.

A responsabilização da Administração pelo acompanhamento e fiscalização dos serviços contratados emerge, portanto, da própria finalidade da lei. Ademais, se reveste de inequívoco efeito moralizador dos procedimentos administrativos, conferindo-lhes maior lisura. Com efeito, cientes de que haverá efetiva fiscalização pelo ente público, os interessados só participarão de um processo licitatório se tiverem condições de honrar a proposta apresentada em sua integralidade, o que inclui o cumprimento das consequentes obrigações trabalhistas.

O argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir em tais casos, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, também se revela insustentável por ser antitético.

Como vislumbrar que está sendo priorizada a supremacia do interesse público, se houve a escolha de proposta menos vantajosa por apresentar números e valores irrealistas, já contando com o posterior inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim viciando o próprio processo licitatório ao elidir a igualdade de condições?

Como sustentar que está sendo atendido o interesse público, quando tal situação via de regra leva a uma paralisação dos serviços pelos trabalhadores que deixam de receber seus direitos, mesmo quando o empregador já foi pago pela Administração com recursos públicos?

Ora, é precisamente o contrário!

A responsabilização subsidiária do Estado visa preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contando com futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista pelo contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada pelos trabalhadores para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições devidas.

O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social. Ao exigir que o ente público fiscalize a atuação do contratado, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está

sinalizando que o processo licitatório é pra valer e não uma peça de ficção. Está evidenciando que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, *o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo*, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.

A maioria do país, como nação, exige que tais marcos paradigmáticos sejam respeitados por todos, sem excluir a Administração Pública, que detém responsabilidade fiscalizadora durante a prestação dos serviços contratados.

É dizer, a lei não vale só para os outros, mas para a Administração Pública também, e com muito mais razão. O ordenamento jurídico não ampara a interpretação que possibilita a negligência e omissão do próprio ente público, reduzindo-o a triste figura de acobertador da conduta ilícita do empregador contratado.

Com efeito, qual o fundamento jurídico para sustentar que ao atuar como tomador o ente público estaria dispensado de exigir e fiscalizar o efetivo cumprimento da lei trabalhista, se a força de trabalho foi prestada em seu benefício?

Como admitir que teria obrigação de ressarcir o dano provocado por ato ilícito, praticado contra terceiros, conforme prevê o § 6º do art. 37 da CF/88, mas estaria desobrigado de responder pelo ilícito praticado contra um trabalhador, de cuja atuação auferiu proveito?

Com percuciência pondera Maria Sylvia¹² que quando “a administração pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando. *Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho*”.

Luis Roberto Barroso¹³ caminha nesta mesma direção ao ressaltar que cabe à Constituição de um Estado democrático “veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que envolvem a garantia dos direitos fundamentais”.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 325.

13 BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional contemporâneo*. p. 90-91.

Neste contexto, o fato de ter ocorrido um processo de licitação isenta a Administração Pública de responder pelos atos ilícitos praticados?

Poderia ser utilizado o art. 71 da Lei nº 8.666/93 como salvo-conduto para justificar conduta negligente e respaldar a irresponsabilidade da Administração Pública, quando todo o ordenamento jurídico aponta em sentido inverso?

Ao aplicar as balizas reitoras explicitadas nos arts. 186 do Código Civil e 37 da CF/88, notadamente quanto à observância dos princípios da finalidade como informador da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, exige-se que a Administração Pública atente para as regras da boa governança, para a observância da *accountability*, conduta que irradiará seus efeitos por todo o tecido social, estimulando a ética concorrencial no processo licitatório, o que redundará na prestação de um serviço público de melhor qualidade, agora sim, em benefício da coletividade e do interesse público da nação.

7 – A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

A decisão proferida com espeque na diretriz jurisprudencial consignada na Súmula nº 331 viola a cláusula de reserva de plenário?

Ao disciplinar a matéria, estabeleceu a Constituição Federal em seu art. 97:

“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Trata-se, portanto, de exigência a ser observada quando se questiona a inconstitucionalidade de uma lei.

Não é esse o caso, pois a Súmula nº 331 do C. TST faz expressa menção ao art. 71 da Lei nº 8.666/91, reconhecendo sua constitucionalidade.

Ademais, não se pode perder de vista que este entendimento jurisprudencial advém de uma Súmula expedida pelo Plenário de um Tribunal Superior, que tem competência para tanto, assim atraindo a aplicação do disposto no art. 557 do CPC, compatível com o processo trabalhista, que preceitua:

“O relator *negará seguimento a recurso* manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal*, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.”

Se a edição de Súmula pelo Tribunal Superior (TST) produz fundamentos judiciais suficientes para respaldar uma decisão monocrática, por que deixaria

de gerar efeitos quando se trata de uma decisão de Colegiado, quando a lei sinaliza exatamente em sentido contrário como consta do § 2º deste artigo?

Tal raciocínio foi claramente explicitado pelo Ministro Ayres Britto ao apreciar reclamação com o mesmo questionamento, decidindo nos seguintes termos:

“Trata-se de reclamação constitucional, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Estado de Minas Gerais, contra acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 2. Argúi o autor que a Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao negar provimento a recurso ordinário em reclamação trabalhista, afastou a aplicabilidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Isto sem que houvesse pronunciamento do Plenário do tribunal acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal (...) E o fato é que essa súmula foi objeto de análise pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/96, em 11 de setembro de 2000. Não houve, portanto, nenhuma violação à reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal). Digo isto porque me parece, neste juízo provisório, aplicável ao caso a disciplina do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, *in verbis*: ‘Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (...)’”. (STF-Rcl-8216- MC/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado no DJ de 19.05.09)

“(…) Ademais, não me parece razoável que o relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil (o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior) possa, monocraticamente, com supedâneo em súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, julgar improcedente um recurso (que, lembre-se, não raro ataca sentença em que se tenha declarado a inconstitucionalidade de lei), sem que se confira a mesma prerrogativa às Turmas ou Câmaras dos tribunais. Daí a leitura conjunta que há de se fazer do parágrafo único do art. 481 e do art. 557, ambos do Código de Processo Civil (...)” (STF-Rcl-7219- MC/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado no DJ de 13.02.09)

DOCTRINA

Importante ressaltar os termos em que foi exarado posicionamento, quando analisada a matéria referente à Súmula Vinculante nº 10, conforme registro dos debates que constam da 15ª e 16ª Sessões Plenárias do STF – DJe nº 172/08; Divulgação: quinta-feira, 11 de setembro; Publicação: sexta-feira, 12 de setembro, cujo texto a seguir transcrevo, com grifos ora acrescentados:

“DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 15ª (DÉCIMA QUINTA)

SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 11 DE JUNHO DE 2008

DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 7

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Senhores Ministros, talvez em relação a esses dois casos, a Súmula nº 648, e em relação também à reserva de Plenário, nós pudéssemos elaborar uma Súmula, ouvido o Procurador-Geral, e depois poderíamos chegar a um texto, porque parece que são matérias pacíficas.

Em relação à Súmula nº 648, claro, já se trata de entendimento sumulado.

Em relação à reserva de Plenário, com as ressalvas que nós conhecemos e que a jurisprudência do Supremo encaminhou, e depois foram incorporadas inclusive pelo legislador, nos arts. 481 e 482 do CPC, também é uma matéria bastante pacífica. Acho que não há nenhuma dúvida em relação a isso.”

“DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 16ª (DÉCIMA SEXTA)

SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 18 DE JUNHO DE 2008

DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Penso já ter sido distribuída a proposta de súmula que deliberamos na sessão anterior sobre a questão da reserva de Plenário. Houve aprovação, mas a Ministra Ellen Gracie, agora, nos submete essa proposta. Vou ler o texto (Questão de Ordem no RE 580.108): ‘Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte’.

DOCTRINA

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, claro que podemos deixar de aplicar uma lei por ser também inadequada à espécie em termos de regência. Agora, no caso a premissa é única, a declaração – diria – ‘escamoteada’ de inconstitucionalidade da lei. Penso que a percepção dessa premissa está na cláusula, embora não declare expressamente, ou seja, afasta, para aplicar a Constituição Federal, sem levar o incidente a órgão especial ou ao Plenário. Sendo esse o sentido, estou de pleno acordo. Presidente, apenas mais uma colocação, para que fique documentado, inclusive quanto ao meu ponto de vista. Aqui também não está apanhada a situação em que, em processo subjetivo, já houve a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Ou mesmo pelo órgão especial do Tribunal *porque o CPC faz essa ressalva*.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Havendo decisão do próprio Tribunal, claro que não tem de ocorrer sucessivos incidentes.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Que são *aquelas hipóteses em que a própria lei ressalva*.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE – Senhor Presidente, eu gostaria penas, como autora da proposta, de sugerir uma pequena alteração, que me foi alcançada pelo colega Ministro Carlos Britto. Na redação que Vossas Excelências têm em mãos, quando se diz: ‘Não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma’, substitua-se esse termo ‘norma’ por ‘lei ou ato normativo do poder público’. Com isso *estaremos reproduzindo o texto do art. 97 da Constituição*. Acato essa ponderação do Ministro Carlos Britto, penso que enriquece a redação. (...)”

Portanto, esta será a Súmula Vinculante nº 10:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Destarte, como a ressalva quanto à aplicação do preceituado nos arts. 481 e 482 do CPC foi devidamente destacada nos debates, e a interpretação da Súmula Vinculante nº 10 não pode ultrapassar as balizas postas pelo art. 97 da CF/88, onde estaria a violação da cláusula de reserva de plenário na decisão que adotou o entendimento contido na Súmula nº 331?

Após apreciar inúmeros processos, nos quais ficou evidenciado o comportamento negligente do ente público, quando deixa de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelos contratados, que atuavam como empregadores dos trabalhadores que prestavam serviços em seu benefício, o Tribunal Superior do Trabalho reputou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93 nos termos em que foi promulgado. Assim, manteve o ali disposto quanto à impossibilidade de transferência das obrigações patronais, estabelecendo expressamente na Súmula nº 331 que não há vínculo de emprego entre o ente público e o trabalhador. Ao aplicar o referido verbete, as Câmaras ou Turmas mantêm este entendimento quanto à vedação de transferência, de modo que em nenhum momento se coloca em questão a inconstitucionalidade, nem mesmo implícita, do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

8 – PODERIA SER DIFERENTE?

Ao constatar que o comportamento negligente da Administração Pública provoca lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, respaldado na diretriz constitucional prevista no inciso IV do art. 1º e no § 6º do art. 37, ambos da CF/88, bem como o art. 186 do Código Civil, cuja aplicação considera compatível com o direito trabalhista, o TST vem reconhecendo a responsabilidade subsidiária pela reparação da lesão, o que implica na observância do benefício de ordem e possibilita ação regressiva.

Portanto, não há qualquer transferência das obrigações empregatícias.

O empregador continua, como sempre, detentor da responsabilidade patronal. A responsabilidade do ente público decorre de fato gerador distinto, *ex lege*, qual seja, o comportamento culposo por negligência.

E poderia ser diferente?

A Justiça Trabalhista poderia ignorar que um número expressivo de entes públicos deixam de cumprir seu dever de fiscalizar a prestação de serviços pelos contratados, efetuando pagamentos sem antes exigir a comprovação de que houve a observância das obrigações patronais trabalhistas?

Poderia admitir que a omissão do ente público redunde num enriquecimento ilícito do empregador, que se apodera dos valores referentes às verbas trabalhistas, deixando de efetuar os pagamentos de natureza alimentar devidos ao seu empregado, além de sonegar os recolhimentos fundiários e previdenciários?

A Constituição pode ser reduzida a um simples ajuntamento de normas, com o descumprimento das regras de boa governança e *accountability* que

instituem o devido processo legal administrativo, sob o descarado argumento de que o agente público se limitou a seguir os trâmites de um procedimento licitatório?

Os direitos fundamentais, estabelecidos como vigas de edificação da República Brasileira pela Carta Constitucional, podem ser rebaixados a condição de mero regimento?

A Carta Constitucional é bússola que fixa a diretriz, o caminho a ser percorrido pelo ordenamento jurídico para preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que sustentam institucionalmente o país, preservando sua vitalidade como nação.

Assim é porque a Constituição atua como “fonte de Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do direito”, como pontua André Ramos Tavares¹⁴.

Cabe ao intérprete promover a análise sob tal perspectiva, para garantir a harmonia que propicia a efetividade do sistema. Para tanto, não se pode deixar de acompanhar Luis Roberto Barroso¹⁵ quando ressalta que a ordem jurídica é um sistema dotado de unidade e harmonia. “Os diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas”, sendo a Constituição um “fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”. Por isso, o Direito “existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”, princípios albergados na Constituição que se irradiam por todo o sistema jurídico do país.

Poderia ser diferente?

9 – CONCLUSÃO

A regra posta no art. 71 da Lei nº 8.666/93 estabeleceu que os deveres patronais próprios do empregador não se transferem para a Administração Pública, mas não excluiu sua responsabilização pela preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, base de sustentação do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, cuja exigibilidade se reveste de interesse público, de sorte que falacioso e incabível o argumento que pretende restringir a dimensão da controvérsia a um simples confronto entre público e privado.

14 TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

15 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 294-295.

Ademais, em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no art. 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato de esta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do art. 186 do Código Civil quando o comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que atuou em seu benefício.

Assim sendo, ao consignar que as obrigações patronais do empregador não se transferem ao ente público, mas não impedem a sua responsabilização pela conduta culposa *in vigilando*, por omissão e negligência, imputando-lhe a responsabilidade subsidiária, que implica na observância do benefício de ordem e possibilita a ação regressiva, a diretriz jurisprudencial traçada na Súmula nº 331 pelo TST não tratou da constitucionalidade, mas da legalidade, da subsunção do fato à norma apta para discipliná-lo, inexistindo na decisão pautada por tal diretriz qualquer descumprimento da cláusula de reserva de plenário preceituada no art. 97 da CF/88 e referido na Súmula Vinculante nº 10.

10 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. “Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação”. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Orgs.) *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TERCEIRIZAÇÃO – ASPECTOS GERAIS. A ÚLTIMA DECISÃO DO STF E A SÚMULA 331 DO TST. NOVOS ENFOQUES

Márcio Túlio Viana*
Gabriela Neves Delgado**
Helder Santos Amorim***

1 – INTRODUÇÃO

Do legislador ao fiscal do trabalho, do líder sindical ao freguês de um restaurante, são vários os *terceiros* que podem influir na relação de emprego. Mas a palavra “terceirização”, como sabemos, tem sido usada para descrever um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios – como se inserisse outra dentro de si. Na verdade, esse fenômeno é ambivalente. A empresa também pratica o movimento inverso, descartando etapas de seu ciclo produtivo e os respectivos trabalhadores – como se se lançasse dentro de outra. No limite, pode até se transformar numa *fábrica vazia*¹, mera gerenciadora de rede, hipótese em que a terceirização, como certa vez notamos, desliza para a terceirização.

A primeira forma de terceirizar pode ser chamada de “interna”; a segunda, de “externa”. No entanto, mesmo a primeira, tal como a segunda, tenta especializar funções e sobretudo externalizar custos. Sob esse aspecto, são ambas o retrato em miniatura de um movimento mais complessivo do sistema, no sentido de *excluir* muito mais do que *incluir*².

* Professor na UFMG e na PUC Minas; desembargador aposentado do TRT da 3ª Região.

** Advogada; professora adjunta de Direito do Trabalho da Universidade de Brasília (UnB) dos cursos de graduação e pós-graduação; doutora em Filosofia do Direito pela UFMG; mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

*** Procurador do Trabalho em Minas Gerais; mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

1 A expressão tem sido utilizada por alguns autores italianos.

2 Esse movimento nega o Estado do Bem-Estar Social e a necessidade de proteção ao trabalhador, ao mesmo tempo em que produz desemprego, subemprego e até escravidão; um dos sinais mais evidentes e curiosos de sua lógica está no fato de que os índices da Bolsa de Nova Iorque costumam aumentar sempre que as empresas se enxugam, praticando o chamado *downsizing*.

A terceirização *interna* inspirou a Súmula nº 331 do TST. A *externa* liga-se mais de perto à questão do grupo empresarial. Essa *Introdução* começa tratando de ambas, para depois se deter na primeira.

1.1 – De volta ao passado

Na fase pré-industrial³, alguns capitalistas – que já não queriam ser apenas comerciantes, e não sabiam ou não podiam ser ainda industriais – distribuíam matéria-prima entre as famílias camponesas, para mais tarde vender o produto acabado⁴.

Embora, num primeiro momento, todas as relações fossem provavelmente de emprego, passaram a envolver também oficinas independentes, já agora nas cidades. A grosso modo, era a mesma *terceirização externa* que hoje vemos.

O problema era como gerir esse trabalho disseminado, sem método, oculto no interior dos lares e resistente a mudanças, numa época em que o mercado em expansão exigia racionalidade crescente.

A solução foi reunir os trabalhadores num mesmo espaço físico – a fábrica – a fim de controlar pelo menos os seus horários e a sua produção. A fábrica era também o lugar adequado para abrigar as máquinas que surgiam.

No início, para recrutar mão de obra, o industrial recorria com frequência aos *gatos* – que lhe ofereciam bandos de mendigos, mães solteiras ou crianças, dentre as quais podiam estar os seus próprios filhos. Em geral, o *gato* também trabalhava, chefiando a turma; com o tempo foi criando um embrião de empresa⁵, que antecipava as formas refinadas de hoje⁶.

Mas também esse modelo foi superado: pouco a pouco, o capitalista passou a escolher ele mesmo a sua gente. Desse modo podia controlar melhor os riscos, sem depender de terceiros – e ao mesmo tempo tornar os trabalhadores ainda mais homogêneos e disciplinados.

Assim constituído, o modelo de produção trazia embutido um paradoxo que parecia invencível: de um lado, via-se obrigado a reunir e uniformizar os trabalhadores, para que eles produzissem de forma vigiada, metódica e previsível; de outro, não tinha como evitar a *união* que a *reunião* provocava.

3 Na verdade, o fenômeno já existia desde épocas mais remotas, mas foi às vésperas da I Revolução Industrial que se tornou comum e abrangente.

4 Eram especialmente tecidos, que depois de confeccionados por aquelas famílias, passavam por outras mãos para serem tingidos.

5 Até conventos cediam órfãos ou mães solteiras às fábricas.

6 Na Grécia Antiga – só para citar um exemplo – havia empresas que alugavam escravos, especialmente no setor de mineração.

Sofrendo as mesmas dores, e sonhando os mesmos sonhos, cada trabalhador se via no outro, como num espelho. E assim, pouco a pouco, os indivíduos antes atomizados criaram coalizões, e destas nasceram os sindicatos. Como notou Tocqueville, os laços profissionais se revelariam ainda mais fortes que os da família.

A par de outros fatores, foi, sobretudo, essa contradição que tornou possível a emersão de um Direito *do Trabalho*, primeiro e único construído basicamente pelos oprimidos. Assim, mais do que um subproduto do sistema, ele nasceu e cresceu, em grande medida, como a resultante de um seu *modo de ser*, representado pela fábrica – uma fábrica cada vez mais concentrada e concentradora.

Mesmo no Brasil, onde a união operária era ainda frágil, Vargas agiu *em função dela*, projetando e limitando suas ações no futuro⁷. De resto, as normas da CLT – inspiradas em outros povos – já escondiam traços de sangue; em última análise, eram produto de lutas, travadas não importa aonde.

A mesma contradição podia ser vista até num dos nomes propostos para aquele novo Direito: seria ele um *Direito Operário*, não só por se aplicar quase apenas aos operários, mas por se mostrar como um deles – simples, de pés no chão, rente à vida, tão rebelde aos ritos e formas e por isso tão diferente do Direito Comum.

O mesmo paradoxo serviu para mostrar, ao longo do tempo, como as fontes daquele *Direito Operário* tanto ajudavam a criá-lo, no plano das formas, como a lhe dar existência real; pois o grupo não só construía, direta ou indiretamente, as normas de proteção, como também as fortalecia, sancionando-as⁸.

É que, como sabemos, o Direito do Trabalho não se realiza tão facilmente como o Direito Civil. Enquanto o passageiro de um táxi nem sequer cogita em não pagar a corrida, o empresário tende a aplicar a lei *como, quando, onde e quanto* quer, e assim mesmo *se quiser* – governando-a tal como governa a própria força-trabalho⁹.

Por isso, além de todo um aparato de repressão – fiscais, juízes, procuradores – a norma exige que as mesmas forças que a fizeram brotar *continuem a existir*. É preciso que o ambiente de pressão, representado pela greve¹⁰, transforme-se numa sanção paralela, de reforço.

7 No projeto de industrialização do país, o sindicato era visto (ou intuído) como um ator importante, não só para servir de interlocutor em caso de conflito, mas também para (em novo paradoxo) ajudar a disciplinar a mão de obra.

8 É claro que isso aconteceu sobretudo nos países de sindicalismo também forte.

9 O *uso seletivo da lei* foi originalmente abordado por José Eduardo Faria.

10 Aqui, damos à palavra o significado largo que parte da doutrina e (até certo ponto) a própria OIT lhe conferem – para alcançar formas atípicas de resistência coletiva.

Por fim, aquela contradição se refletiu – também como um espelho – no próprio Direito do Trabalho, que serve à classe dominada sem deixar de ser útil à dominante; e que, numa espécie de síntese, tornou-se o mais importante veículo de redistribuição de riquezas, como observa Mauricio Godinho Delgado.

Hoje, no entanto, a mesma contradição que fez nascer o sindicato, e que por suas mãos deu vida e efetividade ao Direito, começa a ser superada. E uma das razões – provavelmente a maior – é a terceirização. Ela viaja alguns séculos no tempo, para voltar – revigorada – em suas duas versões.

Quando *externa*, a terceirização fragmenta cada empresa em múltiplas *parceiras*¹¹, espalhando também os trabalhadores – mas dessa vez sem os problemas de antes, pois as novas tecnologias viabilizam o controle a distância. Em outras palavras, já é possível *produzir sem reunir*.

Quando *interna*, a terceirização divide em cada empresa os trabalhadores, opondo efetivos a terceirizados, estes se sentindo – não sem alguma razão – inferiores àqueles, e ameaçando veladamente o seu lugar. Desse modo, já é possível até mesmo *reunir sem unir*.

Em consequência, a terceirização afeta duramente – e de três modos – as fontes do Direito do Trabalho. *Primeiro*, dificultando a criação de normas protetivas. *Segundo*, facilitando a edição de normas precarizantes. *Terceiro*, enfraquecendo aquela sanção paralela e, desse modo, debilitando cada artigo da CLT.

Não custa notar, a propósito, que as fontes materiais têm esse nome porque são elas que nos dão a *matéria*, o *conteúdo*, do Direito. Desse modo, quando as fontes se transformam, o Direito também se altera em termos de efetividade e de intensidade normativa.

1.2 – Argumentos pró e contra a terceirização

A terceirização é apenas uma das práticas que tentam otimizar o processo produtivo, acelerando a produção, eliminando estoques e reduzindo custos. Os resultados dessa tendência já são visíveis a olho nu; podemos senti-los, por exemplo, quando saímos para comprar um livro e o vendedor nos pede para voltar outro dia. No limite, como disse alguém, o trabalhador irá fabricar o produto *que ele mesmo comprou*...

Não que essas práticas, em si mesmas, sejam perversas. Trata-se de uma evolução no modo de produzir, que se nem sempre nos permite encontrar todos os produtos que desejamos, pelo menos os barateia e facilita a sua diversificação.

11 Note-se que em alguns setores – como na indústria automobilística – esse processo começou a renascer várias décadas atrás; mas só recentemente pôde se disseminar por todo o mercado, graças à informática e à microeletrônica.

O problema é que o *just in time*, quando aplicado à força de trabalho, conserva a mesma lógica de eliminar estoques, valendo-se – a cada instante – da quantidade exata de mercadoria de que precisa. Como essa mercadoria, no caso, é o próprio trabalhador, as consequências são dramáticas.

Inserida nessa mesma lógica, a terceirização serviria – na ótica de seus defensores – não só para agilizar a produção, mas para fomentar novas empresas e abrir postos de trabalho. Mas a afirmação é discutível: em última análise, os terceirizados de hoje são os efetivos de ontem, apenas vestidos de outro modo. Na verdade, a terceirização aumenta a rotatividade de mão de obra e os níveis de desemprego¹².

No saldo final, os efeitos da terceirização tendem a ser bem mais negativos do que positivos. Para esclarecer melhor esse aspecto, deixemos de lado a forma externa de terceirizar¹³ para nos concentrarmos na interna. É a que mais agride a estrutura do contrato de trabalho. Na lição de Mauricio Godinho Delgado, “dissocia-se a relação econômica de trabalho da relação juslaboralista que lhe seria correspondente”¹⁴.

Nessa relação triangular, o que o intermediário quer não é a mesma coisa que o empresário quer. Como certa vez notamos¹⁵, ele não utiliza a força-

12 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 170-172. Citando Souto Maior, a autora lembra que a terceirização também dificulta a integração do empregado na empresa (*op. cit.*, p. 173).

13 No caso específico da terceirização externa, os argumentos favoráveis se multiplicam – pelo menos na área empresarial. Segundo os teóricos do ramo, a organização em rede permitiria à grande empresa concentrar-se no *foco* de suas atividades, enquanto as suas *parceiras* se especializam. Ora, quanto menores as empresas, mais ágeis e criativas tendem a ser, com reflexos positivos na qualidade dos produtos. Além disso, a externalização propagaria aperfeiçoamentos técnicos por toda a rede – gerando uma *modernização em cadeia* do setor produtivo. E como tudo isso faz reduzir os custos, os preços do produto final também cairiam. Por fim, a rede é retrátil e reversível. Pode se desfazer e se refazer a qualquer momento. Isso lhe permitiria atender melhor às variações do mercado, com ganhos para todos. O que esses teóricos não dizem, porém, é quem paga a conta. Uma parte recai sobre o pequeno empresário. É comum, por exemplo, a grande empresa descartar para a pequena as máquinas que se tornaram obsoletas, através de contratos de *leasing*. Com isso, prolonga a sua vida útil e ganha lucros adicionais. Mas a pior parte recai sobre os trabalhadores. Estudos do DIEESE, em 1999, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC, apontavam: em 72,5% dos casos, benefícios sociais inferiores; e em 67,5%, níveis salariais menores. As jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias. Note-se que as empresas menores, por serem menos visíveis, fazem o *serviço sujo* para as grandes, sonegando direitos e propondo contratos mais baratos (e por isso mais atraentes). Essa realidade é ainda mais visível quando a grande empresa expulsa trabalhadores e os reaproveita através das pequenas, em condições mais precárias (VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, n. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004, p. 50-82).

14 *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

15 *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, n. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004, p. 50-82.

trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas de troca. Não a consome: subloca-a. O que ele consome, de certo modo, é *o próprio trabalhador*, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na transação. Em outras palavras, o mercador de homens os emprega tal como o fabricante usa os seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro.

Em termos objetivos, a terceirização afeta *os terceirizados*, que em geral trabalham em condições mais precárias¹⁶; *os permanentes*, cujos salários, por isso mesmo, tendem a se aviltar; e às vezes *a própria empresa tomadora*, que além de lidar com o embate histórico entre capital e trabalho, vê-se a braços com um conflito inédito entre trabalho e trabalho.

Já em termos subjetivos, a terceirização atravessa as paredes do Parlamento para invadir corações e mentes, dificultando não só a luta para se pôr o direito, mas a luta pelo direito posto. E isso vale tanto para o terceirizado como para o efetivo, pois o que o primeiro transmite ao segundo não é apenas a degradação do salário ou do trabalho, mas o individualismo, a concorrência, a *corrosão do caráter*¹⁷.

Por isso, mais do que uma técnica de gerência, a terceirização se revela uma estratégia de poder¹⁸. Ela divide já não apenas o trabalho, mas a classe que trabalha, semeando o medo no chão da fábrica e colhendo um novo espécime de trabalhador – mais dócil e solitário, e ao mesmo tempo sempre móvel e ansioso, modelo ideal para um ritmo de trabalho trepidante, mutante e absorvente, tal como as músicas, as modas e tudo o mais que nos cerca. Também aqui, como diria Beck, a incerteza aparece não como problema, mas como solução¹⁹.

Assim, enquanto nos preocupamos apenas com a norma, *é o próprio sujeito* que se flexibiliza. Mas ele também contribui – por isso mesmo – para flexibilizá-la, toda vez que sofre calado uma violação em seus direitos.

Na verdade, em certo sentido, Direito e sujeito se integram ou se confundem. Um aponta para o outro, um expressa e revela o outro. Era assim que, num passado ainda recente, as regras de proteção – rígidas, homogêneas e fortes – pareciam réplicas dos operários, brasileiros ou não, que as tinham

16 Inclusive, como sabemos, em termos de saúde e segurança no trabalho. Assim, por exemplo, há dados que apontam para uma subnotificação de acidentes muito mais frequente que entre os trabalhadores efetivos.

17 Para usar a frase-título do livro de Sennet.

18 Tal como já acontecera com o taylorismo – que extraiu o que restava do saber (e, por isso, de poder) dos trabalhadores qualificados, herdeiros dos antigos artesãos, e que formavam a linha de frente do sindicalismo da época.

19 O autor se utiliza da frase em sentido mais genérico, ao descrever a nova lógica da produção.

feito nascer. Operários firmes, decididos, uniformes, marchando firme nas greves. Hoje, ao contrário, o que temos são trabalhadores e normas cada vez mais frágeis, diferenciados, efêmeros, *moles*.

Nesse sentido, talvez se possa dizer que o Direito do Trabalho não é apenas um conjunto de normas e institutos – mas é *o próprio trabalhador*. E é por isso que as transformações de um deles provocam transformações no outro. Esse talvez seja o maior problema da terceirização. Embora não seja a única, ela é uma espécie de bomba que ajuda a implodir o Direito do Trabalho.

1.3 – Limites jurídicos à terceirização

A Súmula nº 331 do TST traça limites jurídicos à terceirização – o que a torna duplamente importante, seja para o bem como para o mal. Para o bem, porque – em razão dos próprios limites – ajuda a conter o fenômeno. Para o mal, porque – dentro dos mesmos limites – ela o legitima e reforça.

Se pensarmos só em termos de Direito do Trabalho, o ideal seria vincular sempre o empregado ao tomador, o que implicaria proibir qualquer forma de terceirização. Mas não nos parece que isso seja viável. Afinal, como dizíamos, ela serve às exigências do *just in time*, que viabiliza a produção de bens variados e efêmeros – os quais por sua vez têm muito a ver com o nosso tempo, na medida em que nos permitem, a cada ato de escolha e compra, suprir as nossas carências e afirmar as nossas individualidades²⁰.

Além do mais, de contrapeso, talvez haja até um componente de outra ordem. A decisão de terceirizar liga-se de perto à liberdade de empresa, e o discurso da liberdade, em todos os níveis, tem-se fortalecido muito nas últimas décadas: do domínio das ideias passou aos planos da cultura, dos costumes e das emoções, ganhando uma dimensão e uma legitimidade que talvez nunca tenha tido²¹.

Mas a terceirização, como vimos, é também uma estratégia de poder. Viabilizada pela nova relação de forças entre capital e trabalho, ela aprofunda a desigualdade entre os atores sociais, minando a força do grupo e abalando os alicerces do próprio Direito.

20 É mais ou menos o que se pode concluir a partir de autores como Cova, Torres i Prat e Lipovetsky.

21 Basta notar, por exemplo, o que acontece nas relações entre pais e filhos, alunos e mestres; ou com as possibilidades, hoje virtualmente ilimitadas, de se fazer música, pintura ou qualquer tipo de arte; ou ainda com o enfraquecimento geral das regras jurídicas, em termos de efetividade.

Ora, se é assim, também o Direito deve construir a sua estratégia. Qual seria ela?

Se proibir é difícil, a solução pode ser a de onerar mais fortemente as práticas de terceirização. Talvez assim se possa reduzi-las em quantidade ou melhorá-las em qualidade, amenizando os seus efeitos perversos. E para isso, enquanto a lei não vem, seria preciso rever e/ou reinterpretar a Súmula.

No caso da terceirização lícita, parece interessante tornar solidária a responsabilidade.

É verdade que, pela lei civil, a solidariedade não se presume; vem da lei ou do contrato. Mas se esse argumento bastasse, não valeria também para a subsidiariedade? Em ambos os casos, quem paga a conta é um terceiro – e essa é a razão daquela regra²². Na verdade, porém, a palavra “lei” deve ser entendida em sentido amplo, de “direito”.

Ora, o Direito Comparado é uma das fontes do nosso (art. 8º da CLT). E vários países, como França e Portugal, preveem a solidariedade. Aliás, a lei francesa de trabalho temporário – que nos serviu de modelo – estende-a para todos os casos de “inadimplemento” (*défaillance*). Mas o legislador brasileiro, como nota Catharino, parece ter-se enganado, traduzindo aquela palavra como “falência” (*faillite*)²³. Veio a Súmula nº 331 e optou por uma solução de meio termo, compondo o fato do *inadimplemento* com o efeito da *subsidiariedade* para as terceirizações em geral.

A nosso ver, a opção por uma responsabilidade solidária, e não apenas subsidiária, teria dois aspectos positivos. De um lado, inibiria a terceirização, ou pelo menos levaria a empresa-cliente a escolher com mais cuidado o fornecedor. De outro, como pondera Souto Maior, poderia simplificar e agilizar as execuções.

Na hipótese do servidor público, seria interessante rever o entendimento que vinha marcando as decisões da jurisprudência trabalhista, de modo a garantir-lhe – seja ou não terceirizado – todos os créditos que teria se a relação fosse regular²⁴. É que do contrário continuará havendo não apenas um incentivo à violação da lei, como a prática de enriquecimento sem causa, ainda que em parte.

22 A propósito, observa Jorge Luiz Souto Maior, valendo-se de Caio Mário, que “tem ganhado força entre os doutrinadores a noção que admite a presunção da solidariedade, para satisfação mais eficiente da obrigação, como se dá em outros países”; na Bélgica e na França, fala-se em “solidariedade jurisprudencial ou costumeira”. (“A terceirização sob uma perspectiva humanista”. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.* p. 63).

23 CATHARINO, J. Martins. Trabalho temporário. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1984. p. 142.

24 Só não haveria assinatura na CTPS. Caso o vínculo de emprego não tivesse sido rompido, a Justiça o romperia, em razão da nulidade, e então não caberia a indenização representada pelos 40% do FGTS. Caso o servidor tivesse sido despedido pela Administração, entendemos que teria direito às verbas rescisórias..

Alguns autores criticam a divisão entre atividades “meio” e “fim”. Bruno Alves Rodrigues, jovem magistrado mineiro, observa com inteligência que a própria CLT trata como bancário tanto o “caixa” como “o pessoal de portaria e limpeza” (art. 226). De resto, os que exercem atividade-meio – e por isso se tornam vítimas da terceirização – são exatamente os mais frágeis²⁵.

A distinção se inspira no mesmo critério da antiga Lei nº 5.645/70, que arrolava as atividades que poderiam ser terceirizadas no serviço público. Além disso, parece partir da ideia de que nas atividades-meio seria mais fácil deixar de haver “pessoalidade e subordinação direta”.

Ora, a pessoalidade é um dado muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado. A não ser em termos formais, muitas vezes será tão tênue no trabalho comum quanto naquelas formas de terceirização. Quanto à subordinação, se a entendermos de forma objetiva, como sugere a melhor doutrina, em poucos casos estará ausente, mesmo nas atividades-meio.

Assim, a nosso ver, o critério da Súmula poderia até permanecer – pois, seja como for, é sempre um limite –, mas desde que não implique uma leitura formalista do pressuposto da pessoalidade ou uma redução artificial no conceito de subordinação²⁶.

Por outro lado, é hora de se garantir expressamente a *todos* os terceirizados os mesmos salários (em sentido amplo) dos empregados comuns. Trata-se de simples questão de isonomia. Afinal, o que importa ao Direito do Trabalho é a realidade, e eles trabalham, efetivamente, *na mesma empresa*.

Aliás, se trocarmos a forma pelo fundo, notaremos que – em última análise – quem desembolsa o valor que vai custear os salários é o tomador, embora quem os pague seja o fornecedor, depois de descontada a sua parte. De resto, como indaga José Roberto Freire Pimenta, se até os temporários têm essa garantia, como negá-la aos permanentes?²⁷

25 RODRIGUES, Bruno Alves. “Princípio da igualdade e sua efetiva verificação diante do processo de terceirização”. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Op. cit.* p. 75..

26 É o que acontece com a parassubordinação, como já observávamos há dez anos (cf. “A proteção social do trabalhador num mundo globalizado”. In: Revista Anamatra, São Paulo, n. 37, p. 31-50, ago. 1999.) Ainda a propósito da subordinação, é interessante notar – no caso do trabalho temporário – que o empregado se subordina bem mais ao cliente que ao seu contratante. Ora, se a subordinação, como se costuma dizer é a “pedra de toque” da relação de emprego, poderíamos talvez concluir que esse trabalhador é mais empregado do tomador que do fornecedor. Mas acontece que, nesse contrato, aquela “pedra de toque” que define o empregador é antes o salário que o comando – o que acentua a coisificação do trabalho, aproximando-o ainda mais de uma mercadoria.

27 Ac. TRT da 3ª Região, 3ª T., RO nº 08157/94.

É verdade que, com frequência, será difícil encontrar identidade funcional, salvo no caso do temporário. Quando a empresa terceiriza uma atividade como a limpeza, por exemplo, quase sempre o faz por completo. Mas mesmo aqui é possível estender a regra de equiparação. Basta notar, de um lado, que a Lei nº 6.019 – aplicável analogicamente – refere-se a salário igual para os “da mesma categoria”, fórmula bem mais ampla; e, de outro lado, que a própria OIT, ao interpretar sua Convenção nº 100, permite a equiparação mesmo sem aquela identidade, desde que o trabalho tenha igual valor²⁸.

A propósito da isonomia na atividade pública terceirizada, o TST editou há pouco a OJ nº 383, da SDI-1, *verbis*:

“TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, A, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.74. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei nº 6.019, de 03.01.74.”

A questão do salário nos leva à negociação coletiva. Para que a regra do salário igual se realize plenamente, é preciso que um mesmo sindicato possa abranger trabalhadores comuns e terceirizados²⁹, o que, hoje em dia – a julgar pelo que vem acontecendo em outros setores³⁰ –, demandaria mais a boa vontade dos tribunais do que mudanças na lei ou na Constituição³¹.

28 Segundo a própria OIT, “(...) se exige que a mão de obra dos trabalhadores e trabalhadoras obtenha igual remuneração por ‘trabalhos de igual valor’ e não simplesmente pelo ‘mesmo’ trabalho ou um trabalho ‘similar’. A aplicação desse princípio supõe comparar os trabalhos entre si para determinar seu valor relativo.” (La hora de la igualdad en el trabajo: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, OIT, Ginebra, 2003, p. 133). No mesmo sentido, acórdão recente do TRT da 3ª Região, de lavra do magistrado e professor Luiz Otávio Linhares Renault, segundo o qual “(...) a isonomia salarial não se acomoda mais nas barreiras clássicas do art. 461 – equiparação e enquadramento – havendo situações em que se tem de adotar como fonte de direito o art. 460 da CLT, que preconiza o salário equitativo, isto é, o salário equânime e justo; o salário na sua verdadeira dimensão social é que deve ir ao encontro da valorização do trabalho humano, importante valor para a incorporação do empregado no estado democrático de direito. (...)” (ROs ns. 162, 391 e 993/06, TRT da 3ª Região, 4ª Turma)

29 Nesse sentido, DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, *passim*.

30 Já vivemos, em boa parte, o pluralismo sindical, como mostram as sucessivas fragmentações de categorias e a própria regulação das centrais.

31 No caso de terceirizados que saltam de uma tomadora a outra, talvez fosse interessante deixar também aberta a possibilidade de um sindicato próprio.

Todas essas questões paralelas, aparentemente secundárias, acabam interferindo nos limites impostos à terceirização. Como dizíamos, quanto mais gravosa ela for para as empresas, menor será, na prática, a sua incidência – e menos vulneráveis estarão os trabalhadores, assim como, em última análise, o próprio Direito do Trabalho, como um todo.

2 – EVOLUÇÃO JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

No Brasil, a terceirização no serviço público apenas recebeu regulamentação jurídica a partir do final da década de 1960, por meio do DL nº 200/67. Nesse período, “o trabalho terceirizado estava longe de alcançar a dimensão presente no final do século XX e início do XXI. Nem sequer no horizonte do mais visionário capitalista a amplitude da contratação terceirizada era imaginada”³².

A partir do primeiro marco legislativo sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública, foi autorizada a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, por meio do art. 10, § 7º, do DL nº 200/67, que prescreve:

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

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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.”

A leitura isolada do dispositivo legal em destaque demonstra, por si só, sua fragilidade ao não estabelecer limites precisos quanto às atividades passíveis de contratação indireta (as denominadas “tarefas executivas”).

Em 1970, foi promulgada a Lei nº 5.645 para delimitar os parâmetros da contratação indireta no serviço público. Em seu art. 3º, parágrafo único, a Lei nº 5.645 discriminou os serviços passíveis de contratação pela via indireta e restritivamente às entidades com personalidade jurídica de Direito Público,

32 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 128.

nos seguintes termos: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do DL nº 200 (...). (Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único).

O rol das atividades executivas lançado na Lei nº 5.645/70 trata, inquestionavelmente, de atividades de apoio, instrumentais, meramente executórias, ou seja, atividades-meio no contexto dos serviços executados pelos entes estatais. Não houve autorização legal, portanto, para a terceirização de serviços nas atividades-fim da Administração Pública³³.

Enquanto a Administração Pública central incorporava gradualmente o processo de contratação indireta de atividades de apoio, no segmento privado da economia brasileira a terceirização de serviços ainda era uma incógnita.

Certos juristas, entre os quais se destaca Mauricio Godinho Delgado, consideram que alguns dos artigos da CLT de 1943 já atentavam para a complexa realidade das relações triangulares de trabalho, podendo ser considerados, em certa medida, precursores do futuro processo terceirizante no Brasil. Nessa direção, o autor ressalta a regulamentação da subempreitada no setor da construção civil, pelo art. 455 da CLT³⁴.

Contudo, a legislação referente à terceirização de serviços no segmento privado da economia somente começou a ganhar contornos mais definidos a partir do início da década de 1970, com o processo de implantação do modelo de produção toyotista no Brasil³⁵.

Assim, foi incorporada ao Direito do Trabalho brasileiro a Lei nº 6.019/74, que instituiu o trabalho temporário urbano como “aquele prestado por uma pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º).

A nova hipótese de contratação trabalhista regulamentada pela Lei nº 6.019/74 estabelece sistemática contratual absolutamente diversa do modelo bilateral clássico da relação de emprego, pois prevê, na relação trabalhista, três sujeitos e dois contratos: o interempresário e o de trabalho. O primeiro, entre a empresa fornecedora e a cliente. O segundo, entre a fornecedora e o

33 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 419.

34 Idem. p. 417-418.

35 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 102.

trabalhador³⁶. Note-se que “(...) o regime legal de trabalho temporário acabou cimentando caminho para a naturalização da ideia da ‘prestação de serviços interempresariais’ na iniciativa privada, no embalo do movimento já iniciado na administração pública”³⁷.

Nos anos de 1980, as empresas passaram a adotar, com maior recorrência, práticas toyotistas de gestão em seus quadros administrativos, com destaque para o complexo automobilístico³⁸.

O processo de terceirização trabalhista foi especialmente impulsionado, neste mesmo período, com a edição da Lei nº 7.102/83, que autorizou a terceirização de serviços de vigilância patrimonial e de transporte de valores (art. 3º)³⁹.

Em 1986, o TST aprovou o Enunciado nº 256, por meio do qual restringiu as hipóteses de terceirização lícita para os casos de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância bancária (Lei nº 7.102/83). Não houve manifestação quanto à possibilidade de terceirização de serviços na Administração Pública.

Assim dispôs o Enunciado: “(...) Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

A década de 1990 adotou, em grande medida, o toyotismo enquanto prática de gestão empresarial, incorporando os programas de qualidade total e de terceirização trabalhista em praticamente todos os setores da economia privada⁴⁰. Também no setor público a terceirização de serviços expandiu-se sistematicamente.

Em 1993, o TST cancelou o Enunciado nº 256 e editou a Súmula de Jurisprudência nº 331, publicada no DOU, em 21 de dezembro de 1993. A Súmula nº 331 respondeu às necessidades de revisão, alteração e ampliação do Enunciado nº 256, seu antecedente. Assim dispôs a nova súmula:

“I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

36 VIANA, Márcio Túlio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. *Revista Tribunal Regional do Trabalho*. Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 1997, p. 152.

37 AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009. p. 110.

38 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. *Op. cit.* p. 103.

39 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. cit.* p. 419.

40 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. *Op. cit.* p. 104.

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CR).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).”

As hipóteses de terceirização lícita discriminadas na Súmula nº 331 do TST demarcam os limites traçados pelo Direito do Trabalho com respeito à validade da terceirização de serviços no Brasil. Isso significa que os vínculos de terceirização estabelecidos fora do parâmetro sumulado são considerados inválidos. A Súmula nº 331 estabelece, de forma sintética, a terceirização lícita composta por quatro grandes grupos, sendo o primeiro deles a única hipótese de terceirização temporária permitida por lei. São eles: Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74; Súmula nº 331, I, TST); Serviços de vigilância (Lei nº 7.102/70; Súmula nº 331, III, *ab initio*, TST); Serviços de conservação e limpeza (Súmula nº 331, I, TST) e Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Súmula nº 331, I, TST)⁴¹.

Em todas as três situações de terceirização permanente discriminadas na Súmula nº 331 do TST, deve-se observar a inexistência de pessoalidade e de subordinação direta do trabalhador terceirizado para com o tomador de serviços. A não observância de tais exigências implica a configuração da ilicitude da prática terceirizante, com a consequente fixação de vínculo empregatício com o tomador de serviços⁴².

Tal exigência vincula apenas as hipóteses de terceirização permanente, não sendo pressuposto de licitude para a terceirização temporária (contraponto do texto do inciso I com o do inciso III da referida súmula). Isto quer dizer que, no trabalho temporário, o trabalhador poderá exercer seu ofício com pessoali-

41 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. *Op. cit.* p. 143.

42 VIANA, Márcio Túlio. Alguns pontos polêmicos da terceirização. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 8, Caderno 2, 2ª quin. abr./1997. p. 153.

dade e subordinação em relação ao tomador de serviços, sem que se desnature o vínculo empregatício com a empresa prestadora de serviços⁴³.

Na realidade, a referida permissão torna o empregado temporário duplamente subordinado, devido ao comando simultâneo que recebe tanto de seu empregador formal quanto da empresa tomadora de serviços⁴⁴.

A Súmula nº 331 do TST também exerceu grande impacto no âmbito da Administração Pública brasileira ao estabelecer diretrizes para a terceirização no serviço público. De um lado, ela igualou “(...) a disciplina das empresas estatais à das entidades da administração pública central, admitindo como lícitas as contratações de serviços de limpeza e outras atividades de apoio (manutenção, portaria, telefonia etc.)”⁴⁵. Além disso, afastou a exigência de realização de concurso público para as respectivas funções de apoio. Por fim, reconheceu explicitamente que a ilicitude da terceirização no serviço público não enseja o reconhecimento de vínculo de emprego, em razão da previsão constitucional de prévio concurso público⁴⁶.

Em 1994, por força da Lei nº 8.863, foi ampliada a hipótese de terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores para além do segmento bancário, autorizando as empresas privadas especializadas a exercerem “(...) atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residenciais; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas” (art. 10, § 2º, Lei nº 7.102/83, modificada pela Lei nº 8.863/94).

Em 1997, foi editado o Decreto nº 2.271/97, em substituição à revogada Lei nº 5.645/70, para regulamentar o disposto no § 7º do art. 10 do DL nº 200/67⁴⁷.

Em seu art. 1º, *caput* e parágrafo primeiro, o Decreto nº 2.271/97 dispôs sobre a possibilidade de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares no âmbito da Administração Pública central. Na direção oposta, em seu parágrafo segundo, excluiu a possibilidade de execução indireta para as atividades próprias das categorias funcionais abrangidas

43 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. *Op. cit.* p. 144.

44 VIANA, Márcio Túlio. *Alguns pontos polêmicos da terceirização*. *Op. cit.* p. 154.

45 AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. *Op. cit.* p. 123.

46 Idem. *Ibidem*.

47 Idem. p. 124.

pelos planos de cargos de órgãos ou entidades da Administração Pública. Dessa forma, dispôs:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos de órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

O Decreto nº 2.271/97 avançou, ainda, ao diferenciar a terceirização de serviços da intermediação de mão de obra, ao prescrever em seu art. 4º:

“Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais permitam:

(...)

II – Caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

(...)

IV – Subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.”

A jurisprudência do TCU, por meio da Decisão nº 25/00, proibiu a terceirização de serviços na Administração Pública em relação às “categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”.

A exegese da Súmula nº 331, IV, do TST ainda era omissa quanto à responsabilidade da Administração Pública na terceirização trabalhista. Assim, em 11.09.00, o inciso IV foi alterado pela Resolução nº 96 do TST, passando a ser redigido da seguinte forma:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam

participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”. (art. 71 da Lei nº 8.666/93). (Alterado pela Resolução nº 96, de 11.09.00, DJ 19.09.00)

O inciso IV da Súmula nº 331 do TST trata do tema da responsabilidade em sede de terceirização trabalhista. Especialmente no que concerne à responsabilidade da Administração Pública, é necessário interpretar o tema à luz da CF/88. O estudo do Direito do Trabalho e, mais especificamente, da terceirização pelo viés constitucional torna-se imprescindível na medida em que a CF/88 estabelece, em seu art. 37, II, § 2º, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como pressuposto de validade para o ingresso em emprego público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração⁴⁸.

Estabeleceu-se, assim, mecanismo vedatório do reconhecimento de vínculo de emprego com a Administração Pública, ainda que lícita a terceirização. O que significa, portanto, que a CF/88 pretendeu reforçar a necessidade de observância do princípio da supremacia do interesse público e bem-estar coletivo sobre o interesse particular⁴⁹.

Tal orientação é inclusive reforçada pelo inciso II da Súmula nº 331 do TST ao estabelecer que “(...) a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)”.

Sobre os efeitos da terceirização ilícita praticada por entidades da Administração Pública, três correntes interpretativas se apresentam, conforme elucidada Mauricio Godinho Delgado⁵⁰.

A primeira delas considera que a terceirização ilícita, além de não gerar vínculo empregatício entre o prestador de serviços e a Administração Pública, também não produz qualquer crédito trabalhista em favor do trabalhador ilicitamente terceirizado.

A segunda vertente sustenta a validade do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e o ente estatal tomador de serviços, “(...) que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada”⁵¹.

48 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. Op. cit. p. 153.

49 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001. p. 69.

50 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit. p. 430-432.

51 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit. p. 430.

Já a terceira corrente assegura ao trabalhador terceirizado “todas as verbas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador de serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional”⁵².

Nesse caso, respeita-se a vedação constitucional, ficando impossibilitado o trabalhador terceirizado de ter sua CTPS assinada pela Administração Pública, que assim exercerá, apenas, o papel de responsável subsidiária, caso ocorra o inadimplemento das obrigações contratuais pelo empregador formal, a empresa prestadora de serviços.

Parece-nos que a terceira corrente é a que melhor conduz o debate sobre os efeitos da terceirização trabalhista no serviço público, pois está direcionada pelo necessário “reconhecimento da CF/88 enquanto base de unidade e expressão de diversidade das relações de trabalho no Brasil”⁵³.

Entretanto, cabe enfatizar que a jurisprudência se pacificou na direção de negar, taxativamente, a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com a entidade estatal, mantendo-se, desse modo, o vínculo com a empresa prestadora de serviços. Porém, por equidade, efetiva-se o denominado *salário equitativo*, garantindo-se ao trabalhador irregularmente terceirizado as verbas próprias compatíveis que caracterizam o servidor que realize função assemelhada. Esta linha hermenêutica foi finalmente incorporada pela OJ nº 383 da SDI-1, do TST.

2.1 – A responsabilidade do Estado pelo inadimplemento das obrigações da empresa interposta

Questão polêmica diz respeito à previsão de responsabilidade do Estado quando a empresa prestadora de serviços, em sede de terceirização trabalhista, é inadimplente em relação às suas obrigações contratuais⁵⁴.

52 Idem. p. 432.

53 DELGADO, Gabriela Neves. Prefácio do livro de Marcella Pagani. *Direito do Trabalho: uma possibilidade efetiva e concreta para todos os trabalhadores*. Belo Horizonte: BookJVRIS, 2011. p. 7.

54 Sobre o tema, consultar: ROSIGNOLI, Juliana; ARAÚJO, Michele Martinez Carneiro. “Terceirização e Administração Pública”. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 268-270.

A primeira corrente que se debruça sobre o tema defende a tese da responsabilidade subsidiária do Estado quanto ao pagamento das verbas trabalhistas dos contratados, no caso de inadimplência da empresa prestadora de serviços. Esse, inclusive, é o entendimento da Súmula nº 331, IV, do TST.

A segunda corrente defende a tese de litisconsórcio necessário entre o Estado e a empresa contratada, sendo a responsabilidade do Estado extracontratual e a da empresa contratual.

A terceira corrente nega qualquer responsabilidade ao Estado, com fundamento no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que prescreve: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo (comerciais, trabalhistas e fiscais), não transfere à Administração Pública a responsabilidade de pagamento”.

Para os adeptos dessa terceira corrente, o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade trabalhista, em razão da inadimplência do contratado, sob o fundamento de que ela observou as regras da licitação, o que impossibilita que seja posteriormente penalizada por culpa alheia.

Registre-se, contudo, que a orientação fundada na ausência de responsabilidade da Administração Pública, nos termos do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, entraria em conflito com o art. 37, II e § 6º, da CF/88. Não obstante, deve-se já adiantar que o STF, julgando a ADC nº 16, em sessão de 24.11.10, considerou inaceitável essa objeção, por entender que o § 6º do art. 37 não se aplica às terceirizações estatais.

No julgado, como se verá adiante, o STF considerou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, afirmando que a simples inadimplência da prestadora de serviços terceirizados não transfere, de modo automático, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas para a entidade pública.

3 – A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 71

DA LEI Nº 8.666/93, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC Nº 16

No julgamento da ADC nº 16 ajuizada pelo governo do Distrito Federal, o STF pronunciou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, vedando à Justiça do Trabalho a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pelo só fato do inadimplemento dos direitos trabalhistas, tal como se extraía da literalidade do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, acima transcrito.

Nesse julgamento, vencido o Ministro Ayres Britto que considera o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações inconstitucional em relação à terceirização de

serviços, o pronunciamento de constitucionalidade do dispositivo foi tomado do voto da maioria, sob duas noções claramente retratadas nas falas do Ministro Cezar Peluso, relator da ADC⁵⁵.

Primeiro, entendeu-se que o verbete do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços *pelo só fato do inadimplemento destes direitos*, rejeita aplicação e efetividade ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem declarar sua inconstitucionalidade, o que violaria de forma transversa a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF, afrontando a Súmula nº 10 do STF⁵⁶.

No segundo momento, apreciando a constitucionalidade do dispositivo, os Ministros concluíram que a norma do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não fere a Constituição e deve ser observada pela Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, *pela só constatação de inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada*.

No mesmo passo, concluíram que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta, no entanto, a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Em suas manifestações, no curso do julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, refutando os viéses interpretativos que pretendiam vedar de forma absoluta qualquer atribuição de responsabilidade ao Poder Público, tal como a interpretação literal proposta pela Ministra Cármen Lúcia⁵⁷, tratou de

55 Conforme dados extraídos do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.10, 2º bloco, ADC nº 16. Disponível em: <<http://videos.tjjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010. Até o fechamento do presente artigo, os votos dos Ministros do STF relativos ao julgamento da ADC nº 16 ainda não haviam sido publicados.

56 STF, Súmula nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte”.

57 A Ministra Cármen Lúcia defendeu a ausência absoluta de responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento de direitos dos trabalhadores terceirizados, em qualquer hipótese, por interpretação literal e isolada do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, como se infere da seguinte manifestação: “Presidente, eu acho que aqui há um dado. A norma, como eu acabei de ler, é taxativa, no contrato administrativo não se transferem ônus à administração que são entregues ao contratado. Se a justiça do trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei, não há alternativa”. Conforme dados extraídos do vídeo da sessão plenária do STF, 24.11.10, 2º bloco, ADC nº 16, disponível em: <<http://videos.tjjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

balizar o limite dessa declaração de constitucionalidade numa clara hermenêutica de ponderação, que privilegia a noção expressa no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, para impedir a imputação ao Poder Público de responsabilidade automática pelo cumprimento das obrigações trabalhistas inadimplidas – eis que esta responsabilidade trabalhista é exclusiva da empresa contratada, empregadora –, mas, por outro lado, reconhecendo que a isenção de responsabilidade proposta pela norma está condicionada por outras normas que impõem à Administração Pública o dever de bem licitar e de fiscalizar de forma eficiente o contrato administrativo, inclusive quanto ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Neste sentido, o seguinte pronunciamento do Ministro Relator: “Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode neste julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração”⁵⁸.

Ressaltando o acerto do TST ao imputar responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, *quando configurada culpa da Administração*, o Ministro Peluso adiante explica:

“(...) Eu só quero dizer o que eu estou entendendo da postura da justiça do trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa que eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à administração. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), *nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a justiça do trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...)*”⁵⁹ (grifo nosso).

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, que seguiu o entendimento do Relator: “Eu tenho acompanhado esse posicionamento do

58 Passagem transcrita do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.10, 2º bloco, disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

59 Idem, ibidem.

Ministro Cezar Peluso no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque realmente ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, *está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da administração, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666*⁶⁰ (grifo nosso).

Até nas fileiras mais resistentes à aplicação da responsabilidade subsidiária ao Poder Público colheu-se a preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir do julgamento, caso afastada a responsabilidade do Poder Público pela fiscalização dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tal como se infere da seguinte fala do Ministro Gilmar Mendes: “Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço. A empresa recebeu, certamente recebeu da administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, mas que haja essa culpa *in vigilando* é fundamental (...). Nós tivemos até esse caso aqui mesmo na administração do tribunal, né? (...). *Talvez aqui reclame-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS*⁶¹ (grifo nosso).

Em meio às discussões, a Ministra Cármen Lúcia questionou a legalidade da aplicação de responsabilidade à Administração Pública, à vista da literalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitação, tendo em conta que, segundo argumentou, a Administração somente pode efetuar o pagamento de faturas às empresas contratadas quando comprovado o pagamento prévio de direitos trabalhistas e verbas previdenciárias. Diante do argumento, o Ministro Cezar Peluso reafirmou sua convicção sobre a possibilidade de aplicação desta res-

60 Idem, *ibidem*.

61 Idem, *ibidem*.

ponsabilidade à luz de uma interpretação sistemática daquele dispositivo com outros dispositivos legais e constitucionais. Disse o Ministro Relator: “V. exa. está acabando de demonstrar que a administração pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É isso que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela justiça do trabalho, não é a constitucionalidade da norma. *A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei*”⁶² (grifo nosso).

Nesse marco hermenêutico, a maioria dos Ministros envolvidos no julgamento admitiu a possibilidade de compatibilização do § 1º declarado constitucional com outros dispositivos legais e constitucionais, especialmente aqueles que imputam responsabilidade fiscalizatória do contrato ao ente público tomador dos serviços, admitindo que desse cotejo se extraia o reconhecimento de culpa e consequente responsabilização da Administração.

3.1 – O dever da administração, de fiscalizar de forma eficaz o contrato de prestação de serviços quanto ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados

Ultrapassadas as polêmicas iniciais, a interpretação vencedora no julgamento da ADC, retratada nas manifestações do Ministro Relator, tem seu sentido alicerçado no princípio de justiça fundante do Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º), que pressupõe a justa distribuição de direitos e prerrogativas na exata proporção dos deveres e atribuições imputados ao sujeito, inclusive ao Estado, noção que decorre do princípio hermenêutico da proporcionalidade, à luz do qual, quanto maiores as prerrogativas, maiores são as correlatas responsabilidades.

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

Daí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato

62 Idem, *ibidem*.

de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram *a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem como objetivo da República *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), que fundamentizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na *valorização do trabalho humano* (art. 170) e que alicerçam a ordem social no *primado do trabalho* (art. 193).

No plano infraconstitucional, o dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados decorre primeiramente de dispositivos da Lei de Licitações, mas o padrão fiscalizatório, que diz respeito à extensão e profundidade deste dever de fiscalizar, encontra-se emoldurado na integração deste diploma legal com preceitos da *Instrução Normativa (IN) n° 02/08, alterados pela Instrução Normativa n° 03/09, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)*, que regulamentam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal.

Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN n° 02/08 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, como será adiante demonstrado, levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados.

Isto porque a procedimentalização da fiscalização no âmbito dos contratos de terceirização não constitui matéria própria para disciplina legislativa, sendo tema reservado às normas regulamentadoras.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do *princípio da predominância do interesse*, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos⁶³, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

63 Nesse sentido o art. 22, XXVII, da Constituição, segundo o qual “compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

DOCTRINA

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 02/08 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública Federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37).

3.2 – O padrão de fiscalização dos direitos dos trabalhadores terceirizados

O arcabouço jurídico que rege a fiscalização contratual impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar o cumprimento de direitos trabalhistas pelas empresas contratadas, desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, passando pela previsão das responsabilidades trabalhistas da empresa na formalização do contrato e pela vigilância diária do cumprimento daqueles direitos no curso da execução contratual, até atingir os momentos finais do contrato, quando incumbe à Administração adotar medidas voltadas a preservar o pagamento de direitos rescisórios dos trabalhadores envolvidos no contrato, ou assegurar-se de que tais trabalhadores venham a ser alocados em outros contratos firmados pela empresa contratada.

Nos termos do art. 19 da IN nº 02/08 do MPOG, para a contratação de serviços contínuos com exclusividade de mão de obra os cuidados já devem se iniciar no *edital de licitação*, que deve:

a) indicar o modelo de *Planilha de Custos e Formação de Preços* a ser preenchido pelas empresas proponentes com as informações necessárias à composição do preço do contrato, indicando a quantidade de empregados necessários à execução do contrato e todos os dados complementares para o cálculo do custo desta mão de obra, com valores unitários por empregado relativos a salário, gratificação natalina, férias, adicionais, transporte, alimentação, uniformes, assistência médica, treinamentos e todos os demais direitos previstos em acordos e convenções coletivas, conforme modelo previsto no Anexo III da referida Instrução (inciso III);

b) conter a indicação, quando da apresentação da proposta, dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço (inciso IX);

c) *prever que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão*

de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (inciso XVIII); e

d) conter a garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, com a previsão expressa de que esta garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, IV, desta IN (XIX).

O art. 19-A da referida IN nº 02/08, com texto inserido pela IN nº 03/09, permite mediante previsão editalícia e contratual, que a Administração Pública receba autorização prévia da empresa contratada para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato, para o pagamento direto de remuneração de férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados da empresa terceirizada⁶⁴, assim como para efetuar descontos nas faturas e realizar o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser inadimplidos pela empresa contratada.

Ademais, na fase licitatória da *habilitação* incumbe ao ente público exigir das empresas licitantes a comprovação de sua regularidade para com os encargos sociais, inclusive trabalhistas, devendo a empresa fazer *prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei* (Lei nº 8.666/93, art. 29).

Posteriormente, no momento do *juízo das propostas*, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade. Diz o art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, que “não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários (...) incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos (...)”.

Regulamentando este dispositivo, o § 3º do art. 29 da IN nº 02/08 dispõe que, percebendo indício de inexecuibilidade da proposta de preço, a Administração Pública adotará diversas providências voltadas a aferir a observância

64 A Resolução nº 98/09 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica, determinando que as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a serem pagas pelos Tribunais e Conselhos às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, sejam glosadas do valor mensal do contrato e depositadas exclusivamente em banco público oficial, para liberação direta aos trabalhadores no momento oportuno.

dos direitos e insumos que devem compor o preço do serviço, dentre as quais a verificação dos acordos e convenções coletivas aplicáveis aos trabalhadores da terceirizada, a consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego, assim como a verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada, para aferir o patamar de suas obrigações trabalhistas.

Após estas cautelas, classificada a proposta vencedora, *o contrato administrativo* será automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital, assim como a todas as condições contidas na proposta vencedora, especialmente os direitos trabalhistas que compõem o preço do serviço. Por conseguinte, incumbe ao ente público contratante especificar no contrato de prestação de serviços as responsabilidades da empresa contratada em satisfazer os direitos dos seus empregados, nos patamares previstos na planilha de custos, cabendo-lhe, por consequência, fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações⁶⁵.

Em face desta vinculação, exsurge que a *execução contratual*, no modelo da Lei nº 8.666/93, *vai além do cumprimento do seu estrito objeto*, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo.

Consideradas estas premissas, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 determina que a Administração Pública fiscalize a execução do contrato por meio de um representante especialmente designado, *que 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*.

Regulamentando este dispositivo da Lei de Licitações, os arts. 34 e 36 da IN nº 02/08 deixam evidente a *ampla noção compreensiva da execução contratual* a ser fiscalizada, ao determinar que na fiscalização *do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada* sejam exigidas comprovações: de regularidade para com o INSS e FGTS; de pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; de pagamento do 13º salário; de concessão de férias e correspondente pagamento de adicional; de realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; de fornecimento de cursos de treinamento e

65 Neste sentido, os arts. 54, § 1º, 55, XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93.

reciclagem exigidos por lei; do cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento, enfim, de todas as demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato (art. 34).

Para tanto, o art. 36 da IN exige que a Administração, no ato de pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores. Isto, sem prejuízo da penalidade administrativa decorrente da inexecução contratual, nos termos do art. 77 da Lei de Licitações, segundo o qual *a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.*

O art. 78 deste diploma, por sua vez, prevê como motivo para a rescisão contratual o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, o que se enquadra perfeitamente à hipótese de inadimplemento trabalhista.

Da leitura integrada destes dispositivos decorre como **dever da Administração** que o seu representante – o gestor do contrato –, no ato de fiscalização, determine a regularização imediata das irregularidades trabalhistas, sob pena de rescisão contratual.

A ausência desta notificação constitui inquestionável violação, pela Administração, do seu dever de fiscalizar.

Espancando qualquer dúvida sobre os limites desta fiscalização, o parágrafo único do art. 31 da IN nº 02/08 dispõe que, além das outras disposições previstas no capítulo, “a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN”. E por meio deste anexo o diploma legal institui um denominado *Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização* que esquematiza a fiscalização de direitos trabalhistas em quatro momentos distintos, a saber:

a) a *fiscalização inicial (no momento em que a terceirização é iniciada)*: que compreende a elaboração de uma planilha resumo de todo o contrato com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão, divididos por contrato, com nome completo, função e direitos devidos; conferência de todas as anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados; verificação de que o salário pago não seja inferior ao

DOCTRINA

previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria; consulta sobre eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas; verificação da existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados e ao fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) etc.;

b) a *fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)*: que compreende a elaboração de uma planilha mensal com informações sobre o nome completo do empregado, função exercida, dias efetivamente trabalhados, horas extras trabalhadas, férias, licenças, faltas, ocorrências; verificação do número de dias e horas trabalhados efetivamente; exigência de que a empresa apresente cópias das folhas de ponto dos empregados por ponto eletrônico ou meio que não seja padronizado (Súmula nº 338/TST), de forma que, em caso de faltas ou horas trabalhadas a menor, deve ser feita glosa da fatura; exigência de comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio-alimentação dos empregados; realização da retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores da contratada, caso exista autorização da empresa contratada, conforme definido no instrumento convocatório, ou exigência de comprovação de recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais etc.;

c) a *fiscalização diária*: que consiste na conferência diária de quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções, acompanhando com a planilha mensal; verificação de que os empregados estejam cumprindo à risca a jornada de trabalho, instaurando-se uma rotina para autorizar pedidos de realização de horas extras por terceirizados etc.; e

d) a *fiscalização especial*: que compreende a análise da data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT); verificação dos reajustes dos empregados no dia e percentual previstos (verificar a necessidade de proceder ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de reajuste salarial); controle de férias e licenças dos empregados na planilha resumo; verificação das estabilidades provisórias dos empregados (cipeiro, gestante, estabilidade acidentária) etc.

Este é o modelo de fiscalização que incumbe à Administração, na figura do gestor de contratos. Constatado o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada e não ocorrendo a regularização imediata no prazo oferecido pela Administração, a IN nº 02/08, regulamentando os arts. 78 e 79 da Lei nº 8.666/93, impõe a obrigatoriedade da rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços por iniciativa da Administração Pública, como preveem os arts. 34, § 4º, e 34-A da norma regulamentadora. Diz este último:

D O U T R I N A

“Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação”.

Contrário senso, identificada a má-fé ou a incapacidade da empresa em corrigir o inadimplemento trabalhista, há que se lhe aplicar de imediato a rescisão contratual, sem prejuízo da proibição de licitar com a Administração Pública na forma do art. 87, III, da Lei de Licitações.

E estando assim evidentes os extensos limites do dever constitucional e legal da Administração de fiscalizar o cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, disso decorre naturalmente que a inobservância deste dever de fiscalização implica a responsabilidade da Administração pelo inadimplemento dos direitos que deveriam ser fiscalizados.

Esta responsabilidade não se esgota com a demonstração de uma simples verificação superficial da formalização dos vínculos de emprego, pois o padrão fiscalizatório acima retratado exige o envolvimento direto e diário da Administração com a rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada.

A Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da *eficiência administrativa* que rege a Administração Pública (Constituição, art. 37).

A leitura teleológica das normas em apreço sinaliza para a busca de um resultado fiscalizatório concreto, consistente num controle capaz de impor à empresa contratada o cumprimento dos direitos laborais dos seus empregados, levando-a a adimplir todos os encargos sociais e trabalhistas decorrentes do contrato administrativo, com vistas, inclusive, a atrair de forma plena e iniludível o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Lado outro, a ausência de fiscalização ou a fiscalização insuficiente, descomprometida com a efetividade dos direitos fiscalizados, implica inadimplência do ente público contratante para com o seu dever de tutela, dever decorrente da sua própria condição de Administração Pública.

DOCTRINA

Neste caso, estabelecido o nexo causal entre a inadimplência da Administração pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da empresa contratada, resulta naturalmente configurada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração, com sua consequente responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos.

Como bem ressaltou o Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADC: “(...) A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei”⁶⁶.

Assim, resta conclusivo que embora o STF não tenha enfrentado a questão da responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores terceirizados sob o enfoque dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como se é de esperar de uma Corte Constitucional incumbida de zelar pela efetividade da Constituição, ainda assim, em seu ligeiro contato com a matéria, esta Corte preservou as condições necessárias para que a Justiça do Trabalho continue interpretando as normas jurídicas em apreço com respeito à justa proporção entre o imperativo de proteção do patrimônio público e o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados.

66 Passagem transcrita do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.10, segundo bloco, acima referido, disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

INADIMPLEMENTO TRABALHISTA E JULGAMENTO DA ADC Nº 16/DF

Marcos Malaquias*

Com o início do julgamento da ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) nº 16 ajuizada pelo Distrito Federal perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, o tema relativo à responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para prestar serviços públicos voltou a ser destaque no cenário jurídico. Mais ainda, recentemente, após a prolação dos votos dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, no dia 24.11.10, que declararam a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, reconhecendo, por conseguinte, a isenção do ente público quanto ao adimplemento trabalhista.

Contudo, no referido julgamento, foi destacada a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, com base na Súmula nº 331 do TST, desde que demonstrada a existência de culpa do ente público na fiscalização da regularidade da empresa prestadora de serviço público. Veja-se, nesse sentido, a notícia extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal¹:

“Decisão:

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do art. 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O Ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

* Advogado.

1 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>> Acesso em: 25 nov. 2010.

DOCTRINA

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.”

Com efeito, o resultado final do julgamento da ADC nº 16/DF mantém a viabilidade jurídica de aplicação do entendimento constantemente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, certo é que o ente público poderá ser responsabilizado quando demonstrada a culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

O posicionamento adotado pelos Ministros do STF corresponde, na prática, à própria valorização do papel constitucional atribuído ao Tribunal Superior do Trabalho – TST. Este, por sua vez, tem como papel preponderante a análise fática de questões afetas ao Direito do Trabalho.

Assim, a partir da verificação de cada caso, é possível que a Administração Pública seja responsabilizada, por meio da análise promovida pelo Colendo TST. Dessa forma, a aplicação da Súmula nº 331, item IV, mesmo diante da redação do art. 71 da Lei nº 8.666/93, mantém-se intacta.

Os prejuízos causados a terceiros, por ente público (ainda que indiretamente), não podem permanecer sem a devida reparação. Este aspecto fortalece a tese acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública, sobretudo porque o ente público dispõe de meios capazes de fiscalizar a atuação da empresa prestadora de serviço público.

Na ocorrência de falhas de fiscalização: 1) quanto à regularidade da pessoa jurídica constituída, no ato da contratação, e 2) quanto à gestão de recursos humanos após a contratação, há comprovação de modalidade culposa prevista no ordenamento jurídico (culpa *in eligendo* e *in vigilando*), razão pela qual exsurge plenamente cabível a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do Colendo TST.

Neste contexto, cabe salientar que o Estado assume a condição de garantidor da execução de serviços e atividades, por meio de novas formas de fiscalização e controle. A fim de corroborar, convém destacar a lição de Gonçalves (2007, p. 47):

“Entre as características principais nas transformações do Estado, destaca-se a manutenção dos princípios retores do Estado de Direito, baseados na separação dos poderes, garantia das liberdades e demais direitos individuais e submissão da Administração Pública à lei.”

O Estado, considerado como sujeito de Direito, é responsável pelos atos praticados no exercício das funções públicas, tendo o dever de arcar com os ônus suportados por um dos membros da sociedade, principalmente quando esse suporta demasiadamente algum encargo proveniente de um descumprimento da legislação.

A Administração Pública pode, no âmbito de sua atuação, verificar, preventivamente, a regularidade da atuação da empresa contratada e constatar o efetivo cumprimento da legislação trabalhista em relação à empresa que ela própria depositou confiança.

Neste particular, Gonçalves (2007, p. 118) destaca que “com relação ao controle nos contratos administrativos, verifica-se o poder geral da Administração em desempenhar a fiscalização da execução do contrato”.

Dessarte, essa fiscalização, para bem da Administração Pública, deverá ser ampla, com intuito de verificar a regularidade da atuação da empresa contratada não só em relação ao objeto contratado, mas, igualmente, em relação às implicações reflexas que convergem na prestação do serviço, a exemplo do que ocorre com o tratamento dispensado à mão de obra utilizado para o alcance do objeto do contrato de prestação do serviço público.

No mesmo sentido, Gonçalves (2007, p. 193) assevera que a Lei nº 8.987/05:

“Previu que o poder concedente terá acesso aos dados relativos a administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, bem assim que a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, parágrafo único).”

Ora, a responsabilidade pela reparação dos danos causados a outrem está intrinsecamente relacionada à ideia de que os membros que compõem a sociedade são responsáveis pelos fatos resultantes da conduta praticada ou por sua omissão. Santos (2008, p. 28) esclarece que:

“E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano às outras pessoas.”

No caso da Administração Pública há uma peculiaridade, qual seja, o vínculo existente entre o ente público e a empresa contratada para a execução de serviço que fora delegado, primeiramente, à Administração Pública. Assim, não há como afastar o caráter subsidiário do ente público nessa relação jurídica em relação a terceiros. Santos (2008, p. 192) destaca que:

“Mas é evidente que remanesce a responsabilidade do Estado, subsidiariamente, uma vez que foi sua a opção de prestar o serviço por meio de empresa privada e, principalmente, porque foi sua a escolha daquela determinada empresa. Assim, na hipótese nada incomum de restar impossível a responsabilização da empresa, v.g., por motivo de insolvência, subsiste a responsabilidade do Estado.”

A atuação do Estado não pode passar ao largo da possibilidade de responsabilização subsidiária, quando ocorre o inadimplemento trabalhista decorrente do descumprimento da legislação pela empresa contratada, justamente por envolver não só o elemento culpa, mas, igualmente, a efetivação de garantias constitucionais extensivas aos cidadãos.

Por isso, à luz desses aspectos, exsurge cristalina a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, justamente em face da falha na escolha das empresas prestadoras de serviços públicos e na fiscalização dos procedimentos adotados na gestão de recursos humanos. Nesse sentido, Araújo (2008, p. 40) considera que:

“A culpa *in eligendo* se caracterizava pela má escolha dos empregados ou propostos, por parte do patrão ou comitente; a culpa *in vigilando* se referia à falta de atenção e cuidado para com o comportamento das pessoas que estavam sob a guarda ou responsabilidade do agente;”

Mais adiante, a mesma autora destaca que:

“Isso poderia levar à conclusão de que o Estado é responsável pelos atos praticados pelos empregados das empresas prestadoras de serviço público. Tal, porém, não acontece porque o próprio texto constitucional estabelece que essas pessoas jurídicas de direito privado são objetivamente responsáveis pelos atos de seus empregados, em razão da prestação do serviço público.”

Na mesma esteira de entendimento, vale a lição de Gonçalves (2007, p. 195), segundo o qual:

“Como exigência atual, o Estado deve atuar, fazer atuar e incentivar o exercício do controle e fiscalização das atividades dos participantes

na prestação de serviço público delegado, ou na gestão de atividade pública por entidade privada, bem assim na gestão de atividade pública circundada pelo contrato de gestão.”

Em consonância com a referida assertiva, Vieira e Furtado (2008, p. 31) assevera que:

“Existe entendimento na Administração de que o acompanhamento do recolhimento de encargos trabalhistas e previdenciário não deveria ser realizado pelo gestor ou fiscal, e sim pelos órgãos responsáveis, como o Ministério do Trabalho e Secretaria da Receita Previdenciária, visto se tratarem de órgãos arrecadadores e fiscalizadores. Entretanto, na prática, tem-se percebido que devido à falta desse acompanhamento na gestão/fiscalização dos contratos por parte da Administração, quando da ocorrência de processo trabalhista impetrado pelo empregado contra a empresa, o Judiciário tem entendido que quando o empregador não cumpre com suas obrigações trabalhistas, a Administração acaba sendo responsabilizada.”

Dessa forma, vez que se constitui dever da Administração Pública gerir a fiscalização da regularidade das empresas privadas, no ato da contratação e, posteriormente, durante a prestação dos serviços públicos pela empresa terceirizada, tem-se cabível a atribuição de responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento trabalhista, quando demonstrada a existência de falha na escolha e na fiscalização da gestão.

Nesse sentido, a Administração Pública deve sempre selecionar, com prioridade ante as demais participantes do certame, as empresas que possuem condições suficientes ao cumprimento das questões jurídicas, técnicas e econômicas e, num segundo momento, o menor preço.

Com a adoção dessa medida, o próprio interesse público, em última análise, estará preservado. Justamente por isso, existe no âmbito da Lei de Licitações disposição expressa a respeito do cumprimento dos requisitos para habilitação da empresa a ser contratada. É o que dispõem os arts. 27 a 37 da Lei nº 8.666/93, segundo os quais:

“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. (Incluído pela Lei nº 9.854 de 1999)

(...)

Art. 37. A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências do art. 27 desta Lei, ou as estabelecidas para classificação cadastral.”

No momento da habilitação jurídica da empresa, o ente público tem totais condições para constatar a qualificação técnica, econômica, jurídica e financeira. Nesse momento, é possível constatar se a empresa participante terá condições ou não de cumprir o objeto da licitação.

Como decorrência, se a Administração Pública não aproveita essa fase, cometendo falha ao habilitar quem não era capaz, afigura-se inafastável a sua responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento. No mesmo sentido, ainda que seja constatada a regularidade da empresa prestadora, se a Administração Pública, no decorrer da prestação do serviço público, não promove a fiscalização efetiva da regularidade da empresa, comete falha capaz de ensejar, igualmente, sua responsabilização.

Ora, se o agente público não cumpre o seu mister, contratando uma empresa que não seja juridicamente habilitada, ou tecnicamente capaz, ou, ainda, financeiramente sólida e, o mais grave, que não forneça garantias reais, não apenas no tocante à sua participação no certame, mas, igualmente, à formalização do contrato, mostra-se inequívoca a responsabilidade subsidiária do ente público.

E mais: se o agente público não acompanha cotidianamente a execução do contrato, bem como o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas, é claro que não ocorrência de prejuízos financeiros aos empregados, não haverá como se afastar definitivamente o risco da Administração Pública ter que indenizá-los.

Realmente, o teor da Súmula nº 331, item IV, do TST surge, então, como medida capaz de amenizar os prejuízos causados ao trabalhador, cuja ocorrência, em grande parte, poderá ser atribuída à Administração Pública, justamente por não ter o órgão público licitante exigido a comprovação de garantias reais, aptidão técnica e econômica, e por não ter acompanhado cada detalhe da execução do contrato. Por isso, afigura-se patente a coparticipação da Administração Pública na reparação de eventuais prejuízos que os trabalhadores venham a experimentar.

Consoante dito alhures, a Administração Pública dispõe de meios jurídicos capazes de preservar o cumprimento do contrato administrativo de terceirização de serviços públicos, até porque, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93, tal conduta constitui obrigação a ser cumprida.

A submissão do trabalhador aos efeitos negativos do inadimplemento trabalhista, não obstante a prestação laboral, constitui afronta a vários princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Assim, verifica-se que a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do TST, em detrimento da redação insculpida no art. 71 da Lei nº 8.666/93, tem o condão de resgatar a plena efetividade de um dos primados da ordem constitucional vigente, qual seja, o art. 1º e incisos da Constituição Federal de 1988:

“Art. 1º A República Federal 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:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”²

A sociedade está ancorada nos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, de forma que tais princípios poderão ser invocados sempre que a liberdade e a integridade dos cidadãos estiverem comprometidas.

O teor da Súmula nº 331, item IV, do TST apresenta-se como um vetor capaz de recuperar o respeito à garantia fundamental do trabalhador referente à percepção de uma contraprestação justa em decorrência do trabalho realizado. Não por acaso a remuneração possui caráter alimentar. Daí a importância de se impedir que o inadimplemento trabalhista permaneça sem solução jurídica.

Sarlet (2003, p. 105), em relação ao estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, esclarece que:

“Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inciso III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão funda-

2 Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 out. 2005.

mental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

A corroborar o quanto abordado pelo ilustre autor, tem-se a lição de Barcellos (2002, p. 146), ao destacar a importância do princípio da dignidade humana:

“Como se sabe, os princípios constitucionais – e especialmente o princípio da dignidade humana – manifestam as decisões fundamentais do constituinte, que deverão vincular o intérprete em geral e o Poder Público em particular. Assim, os elementos aleatórios acima referidos – diferentes concepções da ordem jurídica, preconceitos etc. – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com as quais o intérprete inevitavelmente se depara. Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”

Neste mesmo sentido, está a lição do autor Bonavides (2004, p. 631):

“O admirável Estado de Direito construído por um constitucionalismo que protege e consagra na raiz de todos os seus princípios a dignidade da pessoa humana, sem a qual a liberdade é abstração – constitucionalismo de valores, por conseguinte –, cobra, para sua sobrevivência, no cotidiano exercício de suas funções, uma justificativa final, um título de legitimidade, cuja carência há de conduzir, como já advertimos, ao governo de juízes, à ditadura constitucional da toga, o que seria um desastre e uma fatalidade para a democracia.”

A partir das considerações feitas alhures, é possível salientar que, mesmo diante da declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, certo é que a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do Colendo TST ainda dispõe de plena força. Isto porque um dos principais fundamentos utilizados pela jurisprudência do TST está intimamente ligado à existência da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*. O ente público ao celebrar um contrato de prestação de serviços possui a obrigação de fiscalizar a prestação do serviço público em sua integralidade. Se não o faz, deve ser responsabilizado.

Esse poder de fiscalização, por sua vez, tem em si uma diretriz de fundamental importância, qual seja, garantir a qualidade do serviço público que será contratado. Como decorrência, a ausência efetiva do exercício dessa

DOUTRINA

prerrogativa e da adoção de providências quanto às eventuais irregularidades tende a caracterizar a culpa *in vigilando*.

De igual modo, no caso de contratação de empresa sem a capacidade financeira suficiente ao adimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados contratados, a Administração Pública incorre em culpa *in eligendo*.

Dessa forma, dúvidas não há quanto ao fato de que o Tribunal Superior do Trabalho em momento algum aplica o disposto na Súmula nº 331, item IV, com base em declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. De fato, o fundamento, consoante dito alhures, reside na demonstração da culpa em sua modalidades (*in vigilando e in eligendo*).

É certo que um dos argumentos utilizados pela Administração Pública em algumas medidas judiciais diz respeito ao comprometimento de recursos públicos voltados a outras finalidades, para que sejam utilizados no adimplemento das verbas trabalhistas, o que ocasionaria, em última análise, um dano irreparável aos cofres públicos.

No entanto, a Justiça do Trabalho, por meio das reiteradas decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, principalmente, vem decidindo com base na presença da culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* da Administração Pública, seja pela falha na escolha, seja pela ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço, pela responsabilidade do ente público no caso de inadimplemento trabalhista.

Daí porque o entendimento adotado pelo TST, não obstante a redação do art. 71 da Lei de Licitações, afigura-se, no mínimo, razoável. Diante da ausência de legislação específica, verifica-se que o TST, nos termos da Súmula nº 331, item IV, construiu uma interpretação convergente não só com os princípios específicos de proteção aos trabalhadores, mas, igualmente, com os ditames constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, como visto acima, a aplicação do referido entendimento em nada confronta com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, tal como definida pelo Excelso STF no julgamento da ADC nº 16/DF. Ao contrário, apenas proporciona a solução jurídica em consonância com a ordem constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade civil*. Direito Civil. São Paulo: RT, 2008.

DOCTRINA

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 587.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato Administrativo – tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil*. Direito Civil. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEIRA, Antonieta Pereira; FURTADO, Madeline Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Leis:

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331, item IV*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2010.

TERCEIRIZAÇÃO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Patrícia Pinheiro Silva*

1 – INTRODUÇÃO

As cíclicas mudanças no modelo de produção não poderiam passar despercebidas pelos Estados do mundo inteiro.

De fato, o novo modelo de acumulação de capital veio como resposta à Revolução Tecnológica e à velocidade das comunicações ensejada pela Globalização. Calcado na ideia de flexibilidade, o Toyotismo não tardaria a requerer modificações no papel exercido pelo Estado na economia.

Assim, embalado pelos ideais neoliberais, o Estado e a Administração Pública passaram por um forte processo de desestatização, que tem como um de seus expoentes a terceirização, instituto que será objeto deste trabalho.

Desta forma, o presente estudo terá por objetivo dirimir a problemática consubstanciada nos seguintes questionamentos: o que se entende por terceirização nos serviços públicos? Quais os seus limites e consequências? Para tanto, realizaremos uma análise sistemática do ordenamento jurídico administrativo, constitucional e laboral, bem como buscaremos fontes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam da matéria.

Cumprе observar que este artigo terá como foco a terceirização levada a cabo, especificamente, pelas pessoas jurídicas de Direito Público, tendo em vista que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica encontram-se regidas pelo Direito Privado, na forma do art. 173, CF, inclusive no que se refere à contratação de serviços.

* Advogada; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Juspodivm; especialista em Direito do Estado pelo Juspodivm.

2 – CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Inicialmente, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos serviços públicos para, a partir daí, delimitar a possibilidade de utilização do instituto de terceirização na prestação desses serviços.

2.1 – *Delimitações conceituais*

O conceito de serviço público foi elaborado e disseminado, inicialmente, na França, onde é utilizado para indicar amplamente todas as atividades estatais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 478).

No Brasil, contudo, tal acepção é utilizada como linguagem leiga. Nesse sentido, é frequente a utilização do termo “serviço” ou mesmo “serviço público” para designar tudo aquilo que o Estado faz, ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Esta concepção ampla abrangência, assim, serviços que, juridicamente, convencionou-se denominar como obras públicas, atividades típicas de “polícia administrativa” e, até mesmo, a exploração estatal de atividade econômica regida eminentemente pelo Direito Privado (neste último caso, adota-se o rótulo “serviço público industrial, comercial ou econômico”) (MELLO, 2010, p. 682).

Sobre o tema, esclarecedoras são as lições de Odete Medauar (2008, p. 313):

“A expressão *serviço público* às vezes vem empregada em *sentido muito amplo*, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração pública, desde uma carimbada num requerimento, até o transporte coletivo. (...) No sentido amplo da expressão ‘serviço público’ são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo (...). Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como *serviço público*” (grifos da autora).

Entretanto, a amplitude conceitual está indissocialmente ligada à inutilidade do conceito, que perde, portanto, interesse jurídico. Isto porque um conceito amplo não consegue captar adequadamente as características e o regime jurídico aplicáveis ao instituto sob análise. Assim, inconveniências geradas pela utilização de um conceito excessivamente amplo de serviço público têm conduzido a doutrina a propor outros conceitos, agora mais restritos.

Na verdade, como bem ensina Eros Roberto Grau (2007, p. 111), *serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*. Citando Sartre, o autor elucida que, enquanto o conceito seria algo atemporal (2007,

p. 134), a noção representa um “esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas” (2007, p. 135). Assim, a noção de serviço público deve ser resgatada na realidade social, em função das vicissitudes das relações entre as forças sociais, entre os interesses do capital e do trabalho (2007, p. 110).

Corroborando esta assertiva, também Hely Lopes Meirelles (2004, p. 320-321) entende que apenas é possível uma definição genérica de serviço público, não sendo possível a indicação das atividades que o constituem, porque estas variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Por isso, o que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta.

Trata-se, portanto, de noção ligada ao papel que, num determinado tempo, certa sociedade decidiu atribuir ao Estado na economia. Nessa linha, conclui Eros Roberto Grau (p. 136): Serviço Público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Como se pode notar, Eros Grau restringe a noção de serviço público, ao excluir de seu âmbito de incidência as atividades econômicas em sentido estrito, cujo exercício apenas caberá ao Estado em caráter excepcional, nos termos do art. 173 da Constituição.

Contudo, a noção de serviço público é ainda mais limitada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 671): Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No mesmo sentido, Odete Medauar (2008, p. 313) ensina que: Serviço Público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo ne-

cessário à via coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público.

Apesar de a noção restrita de serviços públicos ser predominante na doutrina brasileira, no presente trabalho valeremo-nos do seu sentido amplo, a fim de tratar da terceirização na Administração Pública como um todo. Isso porque, como bem salientado por Helder Santos Amorim (2009, p. 90-91), a interpretação constitucional sobre os limites da terceirização no interior de um ente ou órgão público independe da natureza de sua atividade principal, tendo em vista que este é sempre responsável na mesma medida pelo exercício de suas atribuições. Mais importante para a determinação dos limites da terceirização é a definição do regime jurídico a que se encontra submetido o ente público tomador de serviços terceirizados.

2.2 – Níveis de gestão do serviço público

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 240-241), a partir das lições de Guglielmi, destaca os modos de gestão ou administração do serviço público, que compreende questões de organização, funcionamento e direção dos mesmos.

Destarte, distingue três funções:

a) *Gestão estratégica*: função mais elevada, que concerne à direção e estratégia do serviço público. Pertence, obrigatoriamente, a uma pessoa pública titular do serviço, a quem cabe a última palavra quanto à escolha dos objetivos; não se transfere nem mesmo pela concessão de serviço público. Neste ponto, Dora Ramos (2001, p. 119) destaca que a gestão estratégica abrange a competência para “criar e suprimir o serviço público; para escolher seu gestor operacional; para fixar os princípios de organização e de funcionamento expressos no caderno de encargos imposto ao gestor; para controlar a observância desses princípios e sancionar as violações operadas”.

b) *Gestão operacional*: refere-se ao modo de funcionamento e a uma parte da organização, vale dizer, concerne às tarefas correntes de regulação (assegura a continuidade, a logística, a resolução dos conflitos, as faltas e as urgências) e de otimização (envolve operações pelo melhor custo, bem como adaptações previstas no quadro jurídico existente) dos serviços. Abrange competências para: regulamentar os laços com os usuários do serviço público, que são seus clientes; regulamentar os laços com os agentes do serviço público, que são seus empregados; dirigir o trabalho de instalação do serviço público, ou, pelo menos,

a disposição dessas instalações. Ela é profundamente heterogênea, uma vez que, em certos casos, as regulações são feitas pela pessoa jurídica encarregada da exploração, e as otimizações são decididas pela pessoa pública que possui a direção dos objetivos.

c) Gestão material: refere-se ao efetivo desempenho, à execução material das operações de prestação de serviço. Não é caracterizada por competências, porque a pessoa executante não está normalmente em situação de produzir atos jurídicos para as necessidades do serviço público. Esta função caracteriza-se pela realização material de atividades que não constituem um serviço público em sua inteireza, uma vez que são apenas tarefas anexas a esse serviço. Outrossim, não há vínculo contratual entre o prestador do serviço (mero executante material sem competência para gerir o serviço público) e o público usuário. A atividade é executada em nome do gestor operacional.

3 – TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DISTINÇÕES CONCEITUAIS

Como reflexo dos processos desestatizantes dos últimos anos, cada vez mais prestações de serviços públicos vêm sendo repassadas para a iniciativa privada, através dos institutos da concessão e da permissão – formas de descentralização de serviços por colaboração. Da mesma forma, a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades através da contratação de terceiros, vale dizer, por meio da terceirização.

Neste ponto, mister se faz conceituar o que se entende por terceirização na Administração Pública, distinguindo-a das chamadas concessões e permissões de serviços públicos.

A terceirização ou locação de serviços, na Administração Pública, atualmente é disciplinada pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública). Constitui-se numa das formas pela qual o Estado busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Por meio dela, atividades de apoio ou meramente instrumentais à prestação do serviço público são repassadas para empresas privadas especializadas, a fim de que o ente público possa melhor desempenhar suas competências institucionais.

A própria Lei nº 8.666/93 define “serviços” como a atividade destinada a obter determina utilidade de interesse para a Administração (art. 6º, II). Assim, o serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata o serviço é presta-

do à comunidade, através do ente público contratante, beneficiário direto da prestação (AMORIM, 2009, p. 97).

Na verdade, trata-se de nova terminologia adotada para designar fórmulas há muito utilizadas pela Administração Pública, que, contudo, retornou impregnada da nova ideologia neoliberal. “A terceirização é vocábulo emprestado à vida empresarial para designar os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos, desde longa data utilizados pela Administração Pública” (PIETRO, 2005, p. 19).

De logo, portanto, percebe-se uma distinção entre a terceirização e as concessões ou permissões de serviços públicos, referente ao seu objeto. É que serviços públicos jamais podem ser integralmente terceirizados, pois a locação de serviços refere-se apenas à execução material de atividades específicas.

Essa interpretação decorre do quanto disposto no art. 175 da CF/88, *in verbis*: “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”.

A respeito do tema, Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 239) entende que:

“A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material. (...) A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público”.

Dessa maneira, na terceirização a Administração Pública apenas transfere a execução material de determinadas atividades, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos também recebem a gestão operacional.

Outrossim, segue a autora (2005, p. 241), distinguem-se quanto à forma de remuneração, tendo em vista que a remuneração das concessionárias é feita pelos usuários dos serviços e pelas formas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, previstas nos arts. 11 e 18, VI, da referida Lei nº 8.987/04. Já na terceirização, a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público ou pelo gestor operacional.

Cumprir observar que essa distinção restou mitigada, em face do advento da Lei nº 11.079/04, que passou a prever a figura da parceria público-privada, espécie de concessão de serviço público que permite a remuneração da empresa parceira pelo Poder Público.

Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 242), ainda, traz a distinção quanto às prerrogativas públicas, que apenas são transferidas para a concessionária, não para a empresa terceirizada. Isso porque a concessionária assume a posição do poder concedente na prestação do serviço público concedido, ao passo que a terceirizada é mera executora material de uma atividade que é prestada para a Administração e não para os usuários do serviço público (perante o usuário, é a Administração que aparece como prestadora do serviço).

Por fim, os institutos diferenciam-se quanto ao poder de intervenção na concessão de que goza o poder concedente, em caso de descumprimento do contrato por parte da concessionária (arts. 32 a 34, Lei nº 8.987). Na terceirização, o Poder Público poderá rescindir o contrato, o que apenas acarretará as seguintes consequências: assunção imediata do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, Lei nº 8.666).

Ratificando as distinções elencadas, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 703) leciona:

“(...) Nos simples contratos de prestação de serviço, o prestador do serviço é simples executor material para o Poder Público contratante. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de conseguinte, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado – e o faz para si próprio – é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material. Já na concessão, tal como se passa igualmente na permissão – e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos –, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.”

Observe-se, por fim, que, em qualquer hipótese, a gestão estratégica do serviço público sempre permanecerá com o Poder Público. Aliás, como ensina Moreira Neto (1993, p. 32), essa é a tendência do Estado atual, que vai perdendo o monopólio da execução administrativa e a administração dos interesses públicos, para se concentrar na sua direção, bem desempenhando o monopólio da decisão administrativa.

4 – ESCORÇO HISTÓRICO DA NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em meio à proposta de Reforma Administrativa na área Federal, o Decreto-Lei nº 200 de 1967 foi o primeiro diploma normativo a tratar da terceirização, tratando da matéria no seu art. 10, § 1º, alínea c, c/c § 7º.

Neste momento, foi permitida a contratação de empresas para a realização material de tarefas executivas, “de interesse direto da administração pública (v.g., o serviço de limpeza de prédio público), figura designada pela norma, em outras passagens, como ‘contratação indireta ou contratação de serviços’, objeto específico desta obra (AMORIM, 2009, p. 104).

Observe-se que foi permitida a contratação de serviços e não o mero fornecimento de mão de obra, de sorte que a Administração Pública poderia contratar terceiros para a realização de tarefas executivas. Trata-se claramente de terceirização, cessão de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas tecnicamente (especializadas) (CARELLI, 2003, p. 117).

Vale ressaltar que, neste momento, vigorava um paradigma de administração pública centralizadora e burocrática, o que, nas palavras de Helder Amorim (2009, p. 104-105):

“(…) confere à norma em apreço um aspecto ‘despreocupadamente’ exortativo da contratação de tarefas internas do setor público ao setor privado, com finalidade estritamente organizacional, num cenário político que não representava qualquer risco de abuso privatista. (...) No paradigma administrativo da época, a preocupação maior do governo militar residia na desburocratização dos processos de decisão na administração pública direta e no controle operacional e financeiro das empresas estatais. O grande desafio da época era flexibilizar a administração dessas empresas para atribuir maior operacionalidade e reduzir custos nas atividades econômicas do Estado.”

Não há que se falar, ainda, na utilização das terceirizações como instrumento a serviço da desestatização, o que somente ocorreria mais tarde, sob as influências da ideologia neoliberal.

Posteriormente, a Lei nº 5.645/70 veio a exemplificar algumas das atividades meramente executivas passíveis de terceirização, ao dispor que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato” (art. 3º, parágrafo único¹).

Como se vê, trata-se de rol exemplificativo, mas cuja extensão encontra limites no ponto comum que se pode extrair da lei, qual seja, a necessidade de que tais atividades digam a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio (DELGADO, 2009, p. 411).

Atente-se que, em 30.09.86, foi editado o Enunciado nº 256/TST, que restringia a licitude da terceirização na iniciativa privada às duas hipóteses legalmente previstas (trabalho temporário e vigilância bancária). Por outro lado, a legislação federal incitava a mesma prestação de serviços em atividades instrumentais e de apoio administrativo no âmbito do Poder Público. Esta diversidade de tratamentos entre o Poder Público e o particular repercutiu numa diferença de tratamento interno à própria Administração Pública, entre os entes com personalidade jurídica de Direito Público (regidos pela Lei nº 5.645/70) e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (regidas pelo Direito do Trabalho na forma do art. 173, CF) (AMORIM, 2009, p. 120).

Em 21.11.86, foi publicado o DL nº 2.300, disciplinando as licitações e contratos no âmbito da Administração Federal. O referido Decreto-Lei trazia previsão expressa da possibilidade de regime de execução indireta de obras e serviços (art. 9º, II).

A CF/88, em seu inciso XXI do art. 37, trouxe o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. “É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta” (PIETRO, 2005, p. 236).

A fim de dar cumprimento ao inciso XXI do art. 37 da CF, o legislador editou, em 21.07.93, a Lei nº 8.666, instituindo normas sobre licitações e con-

1 Este parágrafo encontra-se revogado pela Lei nº 9.527, de 1997.

tratos da Administração Pública. Numa redação semelhante à trazida pelo DL nº 2.300/86, permitiu o regime de execução indireta de obras e serviços (art. 10, II).

Marçal Justen Filho (2009, p. 125-126) distingue os regimes de execução:

“A execução direta verifica-se quando a obra ou serviço é executado pela própria Administração. A Lei acrescentou a expressão ‘pelos próprios meios’ ao conceito existente no DL 2.300/1986. Desse modo, deixou claro que a execução direta envolve também o instrumental da Administração. No caso de execução direta, a Administração direta não necessitaria, em princípio, do concurso de terceiros. Logo, não caberia cogitar de contratação administrativa (portanto, nem de licitação). (...) As obras e serviços podem desenvolver-se sob regime de execução indireta. A responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou prestador do serviço. A execução indireta se faz sob a modalidade básica da empreitada.”

No seu art. 6º, II, a Lei define serviços como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, e, a seguir, exemplifica as atividades de “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A devida interpretação da norma enseja a delimitação dos serviços passíveis de terceirização.

É que, conforme defende Helder Amorim (2009, p. 129), a Lei refere-se à “utilidade de interesse da administração”, ou seja, a um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada. Daí decorre duas consequências: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Outrossim, conclui o autor (2009, p. 129), uma interpretação dedutiva a partir da exemplificação que consta na Lei permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas.

Nesse diapasão, influenciado pelo avanço da legislação federal e, até mesmo, da pressão exercida pelo capital e pela própria doutrina trabalhista, o TST, em dezembro de 93, editou o Enunciado nº 331, calcado na distinção entre mero fornecimento de mão de obra e a verdadeira terceirização. A partir daí, passou-se a admitir a terceirização nas atividades-meio, e, conseqüentemente,

o Tribunal estendeu para as empresas estatais o tratamento até então apenas concedido às Pessoas Jurídicas de Direito Público.

A década de 90, no Brasil, iniciou um período de assunção pelos governantes das políticas neoliberais, entre as quais se encontra o enxugamento do quadro de pessoal, através, inclusive, de processos de terceirização. Tem início, portanto, um período de relevante disseminação do instituto do setor público – em muitos casos, diga-se, violando-se os preceitos legais que apenas admitiam a terceirização em atividades de apoio ou instrumentais.

Em face das distorções na aplicação da legislação federal ensejada pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços para camuflar verdadeira intermediação de mão de obra, foi posto na ordem jurídica nacional o Decreto nº 2.271/97, que traz óbices ao desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública (CARELLI, 2003, p. 117).

Com efeito, o art. 4º do referido Decreto vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitissem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II); a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV).

Na mesma linha, o Decreto expressamente dispõe que:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

Saliente-se que o § 1º desse artigo traz uma lista não exaustiva de serviços que são considerados materiais, acessórios, instrumentais ou complementares dos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, de modo que, quanto a estes, a execução indireta não só é possível como é desejável (LIMA, 2007, p. 65).

5 – LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Dado o avanço indiscriminado do uso das práticas terceirizantes no serviço público, inclusive contrariando, muitas vezes, a legislação que trata da matéria, passaremos a verificar os limites traçados pelo ordenamento jurídico para além dos quais se configura a terceirização ilícita.

5.1 – Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

O regime jurídico de direito público, que rege o direito administrativo, caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público implica a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, de tal forma que os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência pelo agente público quanto ao cumprimento do interesse público, vale dizer, o agente é um servo do interesse público (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35).

Observe-se que o interesse público não pode ser confundido com interesse do aparato estatal, mas deve estar sempre relacionado com os interesses da coletividade, com o atendimento do bem-comum.

Especificamente quanto ao tema do presente trabalho, os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros – entre os quais se enquadram os contratos de prestação de serviços ou terceirização –, destacam-se pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito (MELLO, 2010, p. 621).

Dito isto, cumpre à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência (LUDWIG, 2007, p. 35).

Assim, o Estado deverá perquirir se a terceirização irá permitir: a) que os entes e órgãos da administração pública possam concentrar-se (DL nº 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades nodais de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL nº 200/67, art. 10, § 7º); (b) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa (DL nº 200/67, art. 10, § 7º); e (c) promover a economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto nº 2.271/97, art. 2º, III) (AMORIM, 2009, p. 94).

Apenas se viável o cumprimento dos objetivos legais e, portanto, do próprio interesse público, deverá o Estado optar pela terceirização.

Cumpra observar, ainda, que a eficiência da atividade não é mensurada exclusivamente pela redução de custos. “Justamente por cuidar-se de administração do interesse público, que por definição conjuga os anseios de uma coletividade, inexistente o intuito de lucro, de forma que se admite até a operação deficitária de determinadas atividades”. O fato é que existem custos sociais inerentes à atuação do Estado, que não podem deixar de ser atendidos, e por isso a análise da melhor forma de atender o interesse social deve ser feita com muita cautela (RAMOS, 2001, p. 161).

Por outro lado, como bem salienta Helder Amorim (2009, p. 76), a crescente presença no interior da máquina estatal, por meio de empresas terceirizadas, não pode constituir fator de predomínio do capital privado sobre interesses sociais. Salientando os riscos da terceirização, o autor informa:

“Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relações entre os governos e as elites econômicas. O corporativismo das elites burocráticas, de servidores públicos privilegiados, firmemente combatido pela Reforma do Aparelho de Estado, acaba substituído pelo corporativismo das empresas empreiteiras, prestadoras de serviços, não menos agressivo na colonização privada do espaço estatal.”

Dessa forma, a prática da terceirização no serviço público deve ser condicionada pela realização de finalidades de interesse público, subordinando-se a contratação e conseqüente inserção de particulares no seio da Administração ao atendimento, também por parte dos entes privados, do bem-comum.

5.2 – *Princípio da legalidade*

O princípio da legalidade vem expresso no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, a ele devendo respeito toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Por sua vez,

a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o que implica dizer que ela só pode fazer aquilo que a lei permite (PIETRO, 2008, p. 63).

No que concerne ao instituto da terceirização realizada pelas pessoas jurídicas de Direito Público, Helder Amorim (2009, p. 93-94) a vislumbra como uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos para obterem auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio administrativo legalmente autorizadas. A contratação se manifestará por meio de um contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, a serviço das finalidades estatais – daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede.

Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade.

5.3 – Atividades passíveis de terceirização

Conforme explicitamos no item 4, a Lei nº 8.666 trouxe a definição daquilo que entende por serviços passíveis de terceirização. Fixou, então, em seu art. 6º, que se trataria de “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, e, a seguir, exemplifica as atividades de “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A partir da interpretação da norma, pudemos perceber que a lei define serviços como um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada – “atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, nos termos da lei.

Neste ponto, traçamos as nossas primeiras delimitações dos serviços passíveis de terceirização, no sentido de que: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Por outro lado, uma interpretação dedutiva a partir do rol de atividades elencados na Lei permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas. Este entendimento foi ratificado pelo Decreto nº 2.271, que dispôs *in verbis*:

D O U T R I N A

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.”

É de se notar, portanto, que a legislação federal adotou a distinção doutrinária entre atividade-fim e atividade-meio, apenas admitindo a terceirização destas últimas.

Com base nessa distinção, a doutrina (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 636-637) propõe uma classificação interessante dos serviços prestados pelo Estado:

a) Serviços públicos administrativos: trata-se de atividades internas da administração pública, as suas atividades-meio. Abrange todas as atividades que beneficiam indiretamente a coletividade ao proporcionar um adequado funcionamento dos órgãos públicos e entidades administrativas, ainda que não representem uma prestação diretamente fruível pela população. São atividades preparatórias que visam a assegurar uma eficiente prestação dos serviços diretamente fruíveis pela população.

Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p. 36) entende que “atividades administrativas instrumentais são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos secundários, ou derivados, para o atendimento dos quais o Estado se organiza”.

Odete Medauar (2008, p. 313) exemplifica tais atividades-meio como: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições etc.

Por outro lado, “atividades administrativas finalísticas são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos primários, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado” (MOREIRA NETO, 1993, p. 36).

Seguindo em nossa classificação, entendemos que as atividades-fim do Estado, ou seja, atividades prestacionais diretamente voltadas aos administrados, dividem-se em serviços públicos sociais e serviços públicos econômicos. Vejamos.

b) Serviços públicos sociais: são todos os serviços que correspondam a atividades elencadas no art. 6º, e ao Título VIII da Constituição (v.g., educação, saúde, assistência social etc.). Sua prestação é obrigatória pelo Estado, que o fará como serviço público, sob regime de direito público. Observe-se que tais atividades não são de titularidade exclusiva do Estado, de tal forma que os particulares poderão prestá-los complementarmente, como *serviços privados* e independentemente de delegação.

c) Serviços Públicos econômicos, comerciais ou industriais: são espécies de atividades econômicas em sentido amplo, o que enseja a possibilidade de serem explorados com intuito lucrativo (v.g. serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de fornecimento domiciliar de gás canalizado etc.). Ocorre que o legislador entendeu por inseri-las entre as atividades de titularidade exclusiva do Estado, que poderá exercê-las diretamente ou mediante delegação a particulares – ou seja, sob regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF/88).

Pelo exposto, verifica-se que apenas o objetivo da terceirização restringe-se ao repasse a empresas privadas especializadas de determinadas atividades-meio ou atividades executivas e burocráticas de apoio (serviços administrativos), realizadas no âmbito interno da Administração Pública, a fim de que o ente ou órgão público possa se empenhar nas suas competências finalísticas dispostas em lei.

A terceirização realizada em atividades centrais da competência dos entes públicos enseja uma dimensão político-desestatizante ilegítima, fruto de abuso de poder do administrador, que, ao promover a invasão da iniciativa privada no setor público, viola a própria competência. O desvio de objeto contratual e da finalidade do instituto da terceirização viola o regime institucional da contratação de serviços na Administração Pública (AMORIM, 2009, p. 101).

5.4 – *Vedação à intermediação de mão de obra*

A lei de licitações e contratos administrativos, ao dispor sobre os serviços passíveis de terceirização, os define como atividades destinadas a obter determinada utilidade de interesse para a Administração (art. 6º, II).

Destarte, verifica-se que a lei elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a inviabilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Em face das distorções na aplicação da legislação federal ensejada pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços como verdadeira intermediação de mão de obra, foi posto na ordem jurídica nacional o Decreto nº 2.271/97, disciplinando a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e

fundacional. Neste Decreto, há claras disposições para evitar o desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública (CARELLI, 2003, p. 117).

Com efeito, o art. 4º do referido Decreto vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitissem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II) ou a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV).

A proibição à locação de mão de obra encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, que serão analisados a seguir.

5.4.1 – O concurso público e os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade

Desde a CF/88, a aprovação em concurso público foi adotada como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, na forma do art. 37, II, em obediência aos princípios da impessoalidade e da moralidade. A impessoalidade, enquanto princípio constitucional expresso que rege a Administração Pública brasileira (art. 37, *caput*, da CF), significa a necessária ausência de subjetividade do administrador público no desempenho de suas tarefas. Vale dizer, trata-se de uma imposição lógica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que vedam ao administrador a busca de interesses pessoais, próprios ou de terceiros no exercício de suas competências.

Em um de seus aspectos, o princípio da impessoalidade impede que a Administração proceda a discriminações entre os administrados, a fim de lhes beneficiar ou prejudicar. Consubstancia-se em uma faceta do princípio da igualdade, no sentido de que o Estado deve sempre observar a isonomia no tratamento dos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

Por outro lado, por meio do princípio da moralidade, busca-se a adequação da conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei nº 8.112, art. 2º, parágrafo único, IV).

Nas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 195-196):

“O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de uma atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio. (...) A doutrina enfatiza que a moralidade administrativa independe da concepção subjetiva (pessoal) de conduta moral, ética, que o agente público tenha; importa, sim, a noção

objetiva, embora indeterminada, passível de ser extraída do conjunto de normas concernentes à conduta de agentes públicos, existentes no ordenamento jurídico.”

Assim, o princípio da moralidade será transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado, de tal forma que deverá o agente público cumprir a legalidade atendendo a uma expectativa ética da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

Ora, ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, a Administração viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade. A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preencham os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento (LUDWIG, 2007, p. 22).

Observe-se que, mesmo que seja realizado procedimento licitatório para a contratação da empresa terceirizada, os princípios constitucionais em análise continuarão a serem vilipendiados. É que, apesar de a licitação ser regida pelos princípios da publicidade e da escolha da proposta mais vantajosa, “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas” (RAMOS, 2001, p. 160).

O procedimento licitatório, portanto, “não impede as ingerências dos administradores na escolha dos trabalhadores terceirizados” (AMORIM, 2009, p. 77).

Ademais, a exigência de concurso público tem a finalidade de evitar que o político, valendo-se de sua qualidade de administrador, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores a cada gestão. Na mesma linha, a intermediação traz consigo um interesse eleitoral, tendo em vista que o político passa a ter famílias inteiras a depender dos contratos firmados com as empresas terceirizadas; assim, há uma garantia de inúmeros votos pelo medo de perda do posto de trabalho em caso de o candidato da oposição sair vencedor (MAIOR, 2005, p. 104-105).

Atente-se que a ilicitude é agravada pela impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego com a Administração, em função da necessidade de concurso público para tanto, o que implica conferir-se tratamento vantajoso à ilicitude (LORA, 2008, p. 101).

5.4.2 – *Limite de gastos com pessoal*

O art. 169 da CF estabelece restrições para a o gasto do administrador com despesas relativas a recursos humanos, que não poderá exceder os limites fixados em lei complementar.

A fim de regulamentar o dispositivo, foi editada a LC nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que fixou limites percentuais para a despesa com pessoal (art. 19).

Para evitar que os maus administradores, em verdadeiro ato de desvio de poder, utilizassem-se de falsas terceirizações para burlar as restrições legais, o legislador determinou que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referissem à substituição de servidores e empregados públicos seriam contabilizados como “outras despesas de pessoal”.

Neste ponto, Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 237) critica os termos em que o dispositivo foi redigido, uma vez que, aparentemente, ele admitiria a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra. Contudo, segue a autora (2005), uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico permite inferir que, sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão de obra, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal. Assim, entende-se que o legislador não tratou da licitude da terceirização, mas apenas das consequências de sua prática para fins de responsabilidade fiscal.

Por outro lado, havendo terceirização lícita, as despesas do contrato não estarão abrangidas pelas limitações da lei, tendo em vista que o objeto do pacto foi um resultado ou atividade.

Esse entendimento foi acatado pelo legislador que, numa verdadeira interpretação autêntica, conferiu a seguinte redação ao art. 64 da Lei nº 9.995/00 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União):

“Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

DOCTRINA

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente.”

Assim, entendeu o legislador que a substituição de gastos com pessoal próprio pela contratação de terceiros corresponde a um arranjo orçamentário, que não atende à finalidade da norma legal de conduzir o administrador a reduzir os gastos da máquina com pessoal e direcionar os dispêndios para o setor de investimentos. “A regulação da matéria na Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de evitar subterfúgios que comprometam o objetivo de equilíbrio das contas públicas”. A solução encontrada foi incluir no limite de gastos com pessoal as intermediações de mão de obra (RAMOS, 2001, p. 153).

5.5 – Princípio da organização funcional da administração pública

A Administração Pública possui natureza institucional, vale dizer, corresponde a um conjunto de pessoas que atua de modo organizado, permanente e contínuo, conforme regras específicas e comprometida com a promoção de valores fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 565).

Segundo Helder Amorim (2009, p. 105), esta concepção retrata a administração pública como uma “organização funcional”.

Nesse diapasão, o princípio da organização funcional da administração pública encontra respaldo constitucional. É que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático (art. 1º, *caput*, CF/88), o que demanda que as funções públicas sejam exercidas “por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito”. A profissionalização garante a neutralização dos agentes públicos contra influências indevidas dos poderosos ou da própria massa popular (JUSTEN FILHO, 2005, p. 566).

Essa concepção institucional da Administração Pública, calcada num conjunto uniforme de sujeitos, permite que dela se extraia uma identidade que se prolonga no tempo, independentemente dos ocupantes dos cargos ou empregos públicos. Disso decorre a formação de regras e costumes, de padrões de conduta que se impõem a seus integrantes, gerando uma linha de continuidade na Administração e proporcionando aos administrados maior segurança jurídica (JUSTEN FILHO, 2005, p. 566).

Ocorre que a utilização da terceirização, ao invadir competências centrais dos órgãos e entes públicos, dinamiza “o movimento de desregulamentação institucional e de desprofissionalização do serviço público, concorrendo para liquidar funções e esgotar planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades estatais”. Assim, resta vulnerabilizado o princípio constitucional da organização funcional da administração pública, que demanda um quadro próprio de servidores, organizado e profissionalizado, para o exercício permanente das atividades concretizadoras do interesse público (AMORIM, 2009, p. 20).

Observe-se, contudo, que nem mesmo todas as atividades materiais acessórias podem ser “indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas” (RAMOS, 2001, p. 130).

É que, “se a lei criou cargos ou funções para ser preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico”, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Assim, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade (RAMOS, 2001, p. 134-135).

Nessa linha, ensina José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 11):

“Representando compartimentos internos da pessoa pública, os órgãos públicos não são livremente criados e extintos pela só vontade da Administração. Tanto a criação como a extinção dos órgãos dependem de lei, e nesse sentido dispõe a vigente Constituição quando inclui a exigência na relação das denominadas “reservas legais”, matérias cuja disciplina é reservada à lei (...).”

Com efeito, o art. 48, X, da CF remete ao Congresso Nacional a competência para criar, transformar e extinguir cargos e empregos públicos. Esta competência apenas é excepcionada pelo art. 84, VI, alínea *b*, da CF, que atribui ao Presidente competência privativa para extinguir funções ou cargos públicos, “quando vagos”.

Acatando os fundamentos doutrinários e legislativos supra, o Decreto nº 2.271/97 expressamente dispõe, no seu art. 1º, § 2º: “Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

Observe-se que, na forma do decreto, existe a possibilidade de que cargos apenas parcialmente extintos tenham suas funções exercidas parte por servidores de carreira e parte por terceirizados. Isso permite a transição do sistema de cargos para o sistema de funções terceirizadas (AMORIM, 2009, p. 125).

6 – CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Quando a terceirização for tida como ilícita, o contrato será nulo em função do princípio trabalhista da primazia da realidade e da incidência do art. 9º da CLT². Desta forma, o vínculo jurídico empregatício será formado diretamente com o tomador dos serviços, que responderá diretamente pelo adimplemento das verbas trabalhistas, na forma da Súmula nº 331 do TST.

Contudo, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado à Administração Pública. É que a Constituição de 88 adotou a aprovação em concurso público como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, sob pena de nulidade da contratação (art. 37, II e § 2º).

Essa posição foi expressamente acatada pelo TST, no item II da Súmula nº 331, *in verbis*: “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)”.

Apesar de não se reconhecer o vínculo de emprego, vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual o ilícito não pode ensejar o enriquecimento ilícito do Estado, que já foi beneficiado pela prestação do labor.

Diante da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, Godinho Delgado (2009, p. 425) entende que:

“O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional. Nesse instante, não há que se claudi-

2 “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

car quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante (art. 156, CCB/1916; arts. 186 e 927, *caput*, CCB/2002). O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula nº 331, IV, do TST (...).

Desta forma, os direitos trabalhistas deveriam ser integralmente adimplidos pela empresa prestadora de serviços. Em caso de inadimplemento, contudo, será atribuída a responsabilidade subsidiária ao ente público.

Atente-se, por fim, que o administrador que celebrar contratos de terceirização ilícita será responsabilizado civil, administrativa e criminalmente, bem como se sujeitará às penas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

7 – CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA: A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS

Nas terceirizações realizadas entre entes privados, a doutrina e a jurisprudência trabalhista pacificaram o entendimento de que há responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Atualmente, a discussão que ainda se trava refere-se à responsabilidade do tomador de serviços quando este for uma pessoa jurídica de direito público.

É que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 expressamente impede a transferência à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora, nos seguintes termos:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do *art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.*”

Com base nessa norma, a doutrina administrativista vem rejeitando qualquer possibilidade de repasse de responsabilidade ao ente público, em caso de terceirização lícita. Este é o entendimento de Marçal Justen Filho (2009, p. 783), que expressamente ressalva a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratado. Conforme aduz o autor, a Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária frente aos credores do contratado, mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato. Assim, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

Ocorre que, numa verdadeira jurisprudência *contra legem*, o TST, no item IV da Súmula nº 331, fixou entendimento no sentido de que:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial” (art. 71 da Lei nº 8.666/93).

A fim de solucionar o impasse, a questão foi levada ao STF, por meio da ADI nº 16, de autoria do Governador do Distrito Federal. Esta ação foi julgada em 24.11.10, quando o Plenário declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. No mérito, o Supremo entendeu 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.*

Assim, a Suprema Corte vedou a aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado em função do inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviços, passando a apenas admitir eventual responsabilidade subjetiva, desde que comprovada a culpa do Estado. Em que pese a decisão do STF ser dotada de “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103, § 2º, CF), apenas por amor ao debate, exporemos as razões pelas quais pugnamos pela ampla responsabilidade da Administração em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pelas prestadoras de serviço.

7.1 – A violação ao princípio da isonomia

Se todos são iguais perante a lei, na forma do art. 5º da CF, não há sentido, à luz do princípio da isonomia, que a Administração se exima de qualquer responsabilidade quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas. É que, como visto no capítulo 03, se o tomador de serviço for ente privado, haverá responsabilidade subsidiária (em caso de terceirização lícita) ou solidária (em caso de terceirização ilícita).

O ente público, segundo defende o TST, deverá sempre gozar de responsabilidade subsidiária, ou seja, já possui tratamento diferenciado em face da necessidade de realização de concurso público.

Ora, como bem observa Godinho Delgado (2009, p. 433), seria grosseiro privilégio antissocial se os benefícios da Administração fossem estendidos para a total irresponsabilidade, pois tal exceção não se encontra autorizada pela Constituição.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2009, p. 540) entende que “mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem-comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão ao direito dos trabalhadores”.

Outrossim, a inconstitucionalidade dessa distinção é ressaltada no que tange às empresas estatais, uma vez que o art. 173, § 1º, II, da CF expressamente determina “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Por fim, como destaca Pamplona Filho (2001, p. 132), também há violação ao princípio da isonomia no convívio estabelecido pela lei entre a total irresponsabilidade do § 1º e a solidariedade absoluta constante no § 2º, sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual, mormente quando a CF elencou o trabalho e a previdência como direitos sociais.

Na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 17), sendo inexistente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, e, mais além, ainda que existente tal correlação, mas sendo ela incompatível com os interesses prestigiados na Constituição, as discriminações não serão recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária.

7.2 – *A responsabilidade objetiva*

O estágio atual de evolução da teoria da responsabilidade extracontratual do Estado não permite que este se exima do seu dever de reparar o dano lesivo a terceiro e que lhe seja imputável em virtude de comportamento seu, seja este unilateral, lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, material ou jurídico (CUNHA Jr., 2008, p. 323).

Sobre a evolução da teoria da responsabilidade do Estado, esclarecedoras são as palavras de Saulo José Casali Bahia (1995, p. 11):

“Viveu-se, no campo da responsabilidade civil do Estado, uma noção de evolução. Partiu-se da irresponsabilidade do Poder Público (Teoria da Irresponsabilidade), para em seguida admitir-se a responsabilidade do Estado baseada na culpa, nos moldes do Direito Civil (Teoria da Culpa Civilística), carreando-se, progressivamente, a esta responsabilização, aspectos de Direito Público (Teoria da Culpa Administrativa). Ainda neste avanço, iniciou-se a prescindir da aferição apriorística da culpa, admitindo-se sua presunção, com a inversão do ônus probatório, culminando-se com o refinamento oferecido pelas teorias da culpa anônima e da falta administrativa. Num passo seguinte, buscou-se a responsabilização do Estado por atividades lícitas que desenvolvesse (de acordo com a Teoria do Risco Administrativo), pretendendo-se que chegasse aos rigores da Teoria do Risco Integral. No momento, a responsabilidade civil do Estado avança para consolidar-se através da Teoria do Risco Social (Responsabilidade sem Risco).”

Nesse diapasão, a própria CF/88 expressamente abraçou a responsabilidade civil objetiva do Estado ao dispor que “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” (art. 37, § 6º).

Assim, modernamente, o problema da responsabilidade do Poder Público por atos ou omissões prejudiciais de seus agentes “é equacionado em termos eminentemente objetivos, sendo o administrado dispensado do ônus probante quanto à culpabilidade direta ou indireta da Administração”, desde que presentes todos os elementos da responsabilidade (dano, vítima, sujeito ativo, agente público no exercício de suas funções, causas com referibilidade ao Estado) (ARAÚJO, 2005, p. 715).

Pelo exposto, verifica-se que a Lei nº 8.666, na contramão de todo o esforço constitucional de avançar na responsabilização do Estado, simples-

mente promove a liberação deste de toda e qualquer responsabilidade em face do inadimplemento das verbas trabalhistas.

Com efeito, o Estado responde pelos atos de seus agentes praticados nessa qualidade, na forma do art. 37, § 6º. A expressão “agente público” abrange também os particulares em colaboração com a Administração Pública, categoria na qual se encontra o terceiro contratado para prestar serviços ao Poder Público (RAMOS, 2001, p. 150). Desta forma, os prejuízos causados aos trabalhadores pela empresa prestadora de serviços não poderiam deixar de ser reparados pelo ente público ao qual compete em princípio a prestação da atividade terceirizada.

Ainda que o ato não pudesse ser imputado diretamente ao Estado, mas a terceiro que com ele contratou, o ente público não pode se eximir de toda e qualquer responsabilidade. O fundamento para tal afirmação se encontra no fato de que o Estado responde, objetivamente, também nas situações em que o dano não é gerado por sua atuação direta e imediata, mas sua atividade cria a situação propiciatória do dano, vale dizer, seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação (MELLO, 2010, p. 1010).

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1019):

“Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, *por ato seu*, situação propícia à eventualidade de um dano.”

De fato, ao terceirizar serviços que, a princípio, lhe caberia prestar, o Estado cria a situação jurídica que ensejou, ainda que de forma mediata, a prestação laboral sem a devida contraprestação. Assume o risco, portanto, de ter que honrar o pagamento de tais verbas.

Da mesma forma, a licitude da contratação (comportamento ativo que corresponde a uma causa mediata do dano) não impede a responsabilidade do ente estatal. É que a responsabilidade independe da licitude do ato, estando calcada na ideia de repartição equânime dos ônus sociais, evitando que alguns administrados (no caso, trabalhadores terceirizados), suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (MELLO, 2010, p. 1.006).

No mesmo sentido, dispõe Arnoldo Wald (1993, p. 22):

“Finalmente, a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos (...). Este pensa-

mento firmou-se na doutrina universal, ensejando igualdade de todos os indivíduos diante dos encargos públicos. Na realidade, a verdadeira solução jurídica impõe sempre a reparação dos danos nas relações entre o indivíduo e a coletividade, fazendo recair sobre a comunidade os riscos decorrentes da vida social. (...) Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque, como salienta Pedro Lessa, o aparelho administrativo não está devidamente organizado e o único remédio contra tal desorganização – acrescenta o eminente mestre do nosso Direito – ‘seria, precisamente, forçar o Estado, por aplicação severa da regra da responsabilidade, a escolher empregados mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público’.”

Outro fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado está na noção de risco-proveito, segundo a qual deverá responder pelos danos, independentemente de culpa, aquele que se beneficiar de determinada atividade que crie ou intensifique os riscos já existentes.

No caso, o ente ou órgão público beneficia-se da força de trabalho do terceirizado, razão pela qual não pode se esquivar da responsabilidade objetiva, ainda que subsidiária, pelas parcelas devidas pelo empregador do trabalhador.

A ideia de risco traduz uma objetivação da responsabilidade, a fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana do trabalhador, contra a insegurança material. Todo dano deve ter um responsável, pois *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), vale dizer, a pessoa que se aproveita dos riscos ocasionados deverá arcar com as consequências. Na terceirização, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que reverteu em proveito do tomador (BARROS, 2009, p. 455-456).

Neste ponto, interessantes são as lições de Alice Monteiro de Barros (2009, p. 456):

“O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação de credor.”

Pelo exposto, verifica-se que o princípio da proteção ao trabalhador e a teoria do risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o obreiro, fixando-se uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o em-

pregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pelo subempreiteiro (ABDALA, 1996, p. 589).

Por fim, Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 105) defende a responsabilização objetiva do tomador, ainda que ente público, calcada na ideia de abuso de direito (art. 187, CC/02). Embora a terceirização seja um direito assegurado às empresas, por força dos princípios gerais da atividade econômica, em especial da livre iniciativa e da livre concorrência, não lhes é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho.

7.3 – A responsabilidade subjetiva

Ainda que se entenda não ser possível a responsabilização objetiva do Estado pelo inadimplemento das verbas trabalhistas – conclusão com a qual não concordamos, vale ressaltar –, não há como fugir da responsabilidade calcada na culpa (subjetiva).

Trata-se, no caso, de responsabilidade indireta, por fato de terceiro, fundada na ideia de culpa presumida *in eligendo* (em razão da má escolha da empresa prestadora) ou *in vigilando* (decorrente da má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais) (SANTOS, 2007, p. 64).

Com efeito, “a empresa tomadora há que selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os chamados serviços secundários. Um conhecimento da estrutura da prestadora, de seu porte e de sua fidedignidade são indispensáveis, pena de responder pela incorreta e descuidada eleição” (FURTADO, 1993, p. 1321).

Aliás, como observa Henrique Hinz (2005, p. 140-141):

“(…) Não se trata apenas de pesquisar perante as juntas comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemático-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acrescido dos encargos sociais e lucro dessa. Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre os mesmos incidentes, os encargos tributários

decorrentes do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro. Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e ao Fisco, ou não.”

Da mesma forma, os cuidados devem ir além da escolha de empresa idônea, impondo-se uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a prestadora cumprindo suas obrigações trabalhistas. Pode-se, inclusive, apor no contrato cláusula que condicione a liberação de sua prestação à prévia comprovação de quitação por parte da contratada (FURTADO, 1993, p. 1321).

De fato, a Administração tem o dever de fiscalizar a execução, em sentido amplo, dos contratos, inclusive quanto ao cumprimento de leis trabalhistas, na forma da Lei nº 8.666, arts. 58, III, c/c 67.

Assim, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra respaldo também na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

7.4 – O princípio da moralidade

Como visto linhas acima, o princípio da moralidade busca adequar a conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei nº 8.112, art. 2º, parágrafo único, inciso IV). Assim, este princípio restará transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado, de tal forma que deverá o agente público cumprir a legalidade atendendo a uma expectativa ética da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

Se, com sua opção em terceirizar determinados serviços, a Administração causa, ainda que de forma mediata, prejuízos ao operário, deve responsabilizar-se integralmente e de forma subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas.

Nessa linha, há uma expectativa ética da sociedade de que a Administração honre suas dívidas, inclusive no que concerne à energia de trabalho posta à sua disposição, como é o caso do trabalhador terceirizado. A responsabilidade do ente público visa, justamente, a evitar o enriquecimento sem causa do Poder Público em detrimento do trabalhador.

7.5 – O princípio da função social do contrato

De acordo com o Código Civil, a liberdade de contratar deve ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).

Por princípio da função social do contrato, deve-se entender um princípio de conteúdo jurídico indeterminado, que possui o precípua efeito de impor

limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 84). Assim, o contrato “deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 80).

A respeito do aspecto extrínseco do princípio da função social dos contratos, Gagliano e Pamplona Filho ensinam (2010, p. 83):

“(...) o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social. (...) Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado. Por isso, ao concebermos a figura do contrato – quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública – não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.”

Vale dizer, se dentro do seu aspecto organizacional, pode a Administração Pública decidir, ou não, pela contratação de empresas de prestação de serviços para o desempenho de atividades que, de outra forma, seriam de sua própria responsabilidade, deverá ele ter em mente não só o aspecto econômico aí envolvido, mas também os aspectos sociais relacionados a essa operação (HINZ, 2005, p. 140).

Assim, a função social do contrato determina a adequada e efetiva remuneração da força laboral, ainda que para tanto seja necessária a responsabilização subsidiária da Administração Pública em face do inadimplemento do empregador (LORA, 2008, p. 107).

7.6 – O valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana

A terceirização implica uma parceria para a otimização do negócio e aumento dos lucros, mas também para a repartição dos ônus.

Calcada que está no princípio da livre iniciativa, a terceirização, tal qual a ordem econômica, deve estar pautada na valorização do trabalho humano, na dignidade da pessoa humana e nos ditames da justiça social (art. 170, CF).

Ora, como bem defende Alice Monteiro de Barros (2009, p. 539), a isenção da responsabilidade da Administração implica conceder a esta, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável, em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV).

No mesmo sentido, Ilse Marcelina Lora (2008, p. 107-108):

“Com efeito, a CF, em diversos dispositivos, de que são exemplos o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), e inciso IV (valores

sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado de Direito); art. 3º, I (construção de sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil); art. 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos); art. 6º (consagração dos direitos sociais); e art. 170, III (função social da propriedade), conferiu manifesta prevalência à proteção do trabalho humano e dos créditos trabalhistas. A concretização de tais princípios é que deve orientar a interpretação de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, com a consequente assecuração, a quem trabalha, da contraprestação de seu labor, postura indispensável para assegurar o chamado mínimo existencial, elemento fundamental da dignidade humana.”

Por tudo isso, entendemos ser inconstitucional a norma prevista no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que exime o Poder Público de qualquer responsabilidade quanto aos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços por ele contratada.

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, foi possível extrair as seguintes conclusões sistematizadas atinentes ao tema, conforme a seguir expandido:

1. No Brasil, é frequente a utilização do termo “serviço público”, em sentido amplo, para designar tudo aquilo que o Estado faz, ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Esta concepção ampla abrangência, assim, serviços que, juridicamente, convencionou-se denominar como obras públicas, atividades de “polícia administrativa”, a exploração estatal de atividade econômica (neste último caso, adota-se o rótulo “serviço público industrial, comercial ou econômico”) etc.

2. Apesar de a noção restrita de serviços públicos ser predominante na doutrina brasileira, no presente trabalho utilizamos o seu sentido amplo. Isso porque a interpretação constitucional sobre os limites da terceirização no interior de um ente ou órgão público independe da natureza de sua atividade principal, tendo em vista que este é sempre responsável na mesma medida pelo exercício de suas atribuições.

3. As terceirizações na Administração Pública constituem-se numa das formas pela qual o Estado busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Por meio delas, atividades de apoio ou meramente instrumentais à prestação do serviço público são repassadas para empresas privadas especializadas, a fim de que o ente público possa melhor desempenhar suas competências institucionais.

4. Serviços públicos jamais podem ser integralmente terceirizados através do repasse da sua gestão operacional ou estratégica, pois a locação de serviços

refere-se apenas à execução material de atividades específicas. O serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata este serviço é prestado à comunidade, através do ente público contratante, beneficiário direto da prestação.

5. Dado o avanço indiscriminado do uso das práticas terceirizantes no serviço público, inclusive em violação à legislação que trata da matéria, verificamos os limites traçados pelo ordenamento jurídico para além dos quais se configuraria a terceirização ilícita.

6. Os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros – entre os quais se enquadram os contratos de prestação de serviços ou terceirização –, destacam-se pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito. Dito isto, cumpre à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência.

7. O instituto da terceirização corresponde a uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos para obter auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio. A contratação se manifestará por meio de um contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, a serviço das finalidades estatais – daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede. Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade.

8. A Lei nº 8.666 trouxe a definição daquilo que entende por serviços passíveis de terceirização como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração” (art. 6º). A partir da interpretação da norma, traçamos as nossas delimitações dos serviços passíveis de terceirização, no sentido de que: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Por outro lado, uma interpretação dedutiva a partir do rol de atividades elencadas na Lei permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas, entendimento este que foi ratificado pelo Decreto nº 2.271, em seu art. 1º.

9. A Lei nº 8.666 elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a invia-

bilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Em face das distorções na aplicação da legislação federal pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços como verdadeira intermediação de mão de obra, o Decreto nº 2.271/97, em seu art. 4º, trouxe disposições expressas para combater tais práticas. A proibição à locação de mão de obra encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, a exemplo da regra do concurso público e dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

10. Segundo o princípio da organização funcional, a Administração Pública possui natureza institucional, vale dizer, corresponde a um conjunto de pessoas que atua de modo organizado, permanente e contínuo, conforme regras específicas e comprometida com a promoção de valores fundamentais. Com efeito, a democracia demanda que as funções públicas sejam exercidas por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito, o que permite a formação de uma identidade da Administração que se prolonga no tempo, independentemente dos ocupantes dos cargos ou empregos públicos. A profissionalização garante a neutralização dos agentes públicos contra influências indevidas dos poderosos ou da própria massa popular.

11. A terceirização de competências centrais dos órgãos e entes públicos dinamiza o movimento de desregulamentação institucional e de desprofissionalização do serviço público, concorrendo para liquidar funções e esgotar planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades estatais. Assim, viola o princípio da organização funcional da Administração.

12. Observe-se que nem todas as atividades acessórias podem ser indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas, sob pena de violação ao princípio da legalidade. É que, se a lei criou cargos ou funções para ser preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Assim, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade.

13. Quando a terceirização for tida como ilícita, ainda que o contrato seja nulo, não poderá ser formado vínculo de emprego diretamente com a Administração, em face da exigência de aprovação em concurso público para ingresso nos quadros públicos (art. 37, II e § 2º). Ainda assim, o ilícito não pode ensejar o enriquecimento

ilícito do Estado, de tal forma que o trabalhador terceirizado terá direito a todas as verbas trabalhistas; o empregador formal (entidade terceirizante) responderá, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias, ao passo que responderá, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula nº 331, IV, do TST.

14. Atualmente, a discussão que ainda se trava refere-se à responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações lícitas. É que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 expressamente impede a transferência à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora. Ocorre que, numa verdadeira jurisprudência *contra legem*, o TST pacificou entendimento no sentido de que a Administração responde subsidiariamente pelas verbas trabalhistas, em caso de inadimplemento pela empresa prestadora de serviços.

15. De fato, a irresponsabilidade da Administração viola o princípio da isonomia em face das pessoas jurídicas de Direito Privado, sem qualquer justificativa para tal privilégio antissocial; da mesma forma, há violação ao princípio da isonomia no convívio estabelecido pela lei entre a total irresponsabilidade do § 1º e a solidariedade absoluta constante no § 2º (relativa aos encargos previdenciários), sem que haja um motivo razoável para esse tratamento desigual, mormente quando a Constituição elencou o trabalho e a previdência como direitos sociais. Outrossim, defendemos a responsabilidade objetiva do Estado, calcada no art. 37, § 6º, da CF, bem como na ideia de risco-proveito; subsidiariamente, entendemos a aplicação da presunção de culpa, seja pela culpa *in eligendo*, seja pela existência de culpa *in vigilando* da Administração. Por fim, pode-se afirmar que a responsabilidade subsidiária sustenta-se no princípio da moralidade, no princípio da função social do contrato, no valor social do trabalho e no princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vantuil. “Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – Responsabilidade subsidiária do tomador de serviço”. *Revista LTr*, ano 60, n. 5, maio, 1996, p. 587-590.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

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

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOCTRINA

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contemporizando a Terceirização. *Revista LTr*, ano 57, n. 11, nov, 1993, p. 1318-1321.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos: teoria geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HINZ, Henrique Macedo. “A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 71, n. 2, mai/ago, 2005, p. 131-145.
- JUSTEN FILHO, Marçal. 2009. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIMA, Denise Hollanda Costa. *Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- LORA, Ilse Marcelina Bernardi. “Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, ano 33, n. 60, jan/jun, 2008, p. 81-122.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. “Contratação irregular perante a Administração Pública”. *Revista da Amatra – V: Vistos etc./Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região*, ano 6, v. 1, abr, 2007, p. 19-51.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2005. “Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional”. *Boletim Científico – Escola Superior do MPU*, ano 4, n. 17, out/dez, 2005, p. 87-117.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração Pública no Estado contemporâneo”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 117, jan/mar, 1993, p. 23-56.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2001. “Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública”. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 27, n. 101, jan/mar, 2001, p. 127-134.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Rodrigo Coimbra. “Repensando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados nas atividades lícitas”. *Justiça do Trabalho*, ano 24, n. 288, dez, 2007, p. 59-76.
- WALD, Arnoldo. “Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 117, jan/mar, 1993, p. 5-22.

FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA: UMA NOVA EXEGESE E REFORÇO DE INCIDÊNCIA

Bruno Santos Cunha*

1 – A ARREGIMENTAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inúmeras são as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais surgidas a partir das várias hipóteses e espécies distintas que se apresentam para a arregimentação de pessoal pela Administração Pública. Desta feita, em que pesem as ilações trazidas pelo Ministro Carlos Ayres Britto quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16¹, o fato é que não é de hoje que uma das maiores celeumas que se instaura no cerne da Administração Pública diz respeito à gestão de pessoal, sobretudo no tocante à contratação/admissão de agentes para exercício das atividades afetas às entidades administrativas, sendo certo que a terceirização de mão de obra, pela via da contratação administrativa, é apenas mais uma das sistemáticas diuturnamente utilizadas para tal.

Por certo, as chamadas “novas formas de prestação de atividades administrativas” – no sentido mais amplo que se possa dar à temática –, abarcam uma série de formatações jurídicas distintas para a arregimentação, ou seja, formas pelas quais, ao longo dos anos, se buscou “admitir” pessoal na Administração Pública para exercício de múnus específico, ainda que não típico, em termos finalísticos. O que se vê, pois, é que tais formas destoam daquelas expressamente

* *Procurador do Município do Recife; mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP); ex-professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); advogado.*

1 Nos termos do Informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal, eis o posicionamento do Ministro Carlos Ayres Britto quando do julgamento da ADC nº 16: “(...) a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Saliêntou que esta significaria um recrutamento de mão de obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.”

destacadas pelo ordenamento constitucional, na dicção já relatada do Ministro Carlos Ayres Britto: o concurso público (art. 37, II), a nomeação para cargo em comissão (art. 37, V) e a contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Nem por isso, repise-se, hão de ser de todo fulminadas as ditas “novas formas”, já que, na linha perfilhada por José dos Santos Carvalho Filho:

“A ideia de que a função administrativa é, em regra, executada pelo Estado por intermédio de seus agentes é bem mais singela do que aquela que diz respeito à situação jurídica que vincula tais agentes ao Estado. Como a função administrativa é multifária e complexa, torna-se compreensível a criação de novos mecanismos com o fito de melhor adequar-se à sua execução.”²

De fato, dentre as formas já aventadas, ganharam relevo a terceirização de mão de obra, a contratação de cooperativas, a gestão associada de serviços por meio de convênios, a habilitação e contratos de gestão com as chamadas Organizações Sociais (OS) e a pactuação de termos de parceria com as chamadas OSCIPs – estes dois últimos formando aquilo que se denomina de interação com o terceiro setor (ou terceira via).

O que se discute, no entanto, é se tais formas podem se ajustar licitamente ao sistema jurídico vigente, sem fulminar, de todo, a impessoalidade, a moralidade e a probidade administrativa – marcas distintivas da Administração galgada no espírito democrático e no republicanismo. Ainda no ponto ora debatido, o que há de se dizer é que o já aludido terceiro setor não pode ser utilizado para substituir por completo o exercício da competência atribuída constitucionalmente ao Estado. Ademais, os próprios Tribunais Pátrios já firmaram tal posicionamento acerca do tema, ao salientar que tais entidades só podem suplementar as atividades públicas, não substituí-las.

Assim, vale ressaltar que a utilização de mão de obra de fora dos quadros intrínsecos da Administração Pública, para o exercício de atividades inerentes às suas funções intestinas, demanda extrema cautela e fundamentação jurídica ímpar. É que toda vez que se pretende desempenhar atividades típicas de Administração Pública por meio de pessoal não efetivamente ligado ao ente público por vínculo jurídico específico – seja sob vínculo estatutário ou contratual trabalhista –, há de se respeitar regimento específico que permita a utilização de tal mão de obra sem ferir ou desrespeitar princípios inerentes ao

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Terceirização no setor público: encontros e desencontros”. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

acesso aos cargos públicos e, sobretudo, que atenda aos princípios norteadores da Administração, como a impessoalidade e a moralidade, corolários da atuação estatal alinhada ao interesse público.

Dentro de tal regramento³ – que, em específico, foge ao presente trabalho –, impende destacar que a realização ou não de atividade finalística por agentes apenas indiretamente vinculados ao ente deve ser vista como baliza para a regularidade da prestação de serviços, sobretudo quando o ente público se desfaz, de todo, de seu múnus público específico. Em suma, se afigura viável a execução indireta quando os serviços não se enquadrarem dentre os “especificados como sendo atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar terceirização de atividade-fim do órgão ou entidade administrativa contratante”.⁴

De qualquer sorte – e ainda que não se discuta, em termos político-econômicos, questões relacionadas à hipertrofia estatal ou à instauração de um Estado mínimo ou máximo⁵, a contemplar em seu bojo todo o rol de agentes necessários para desempenho de suas atividades finalísticas e as que lhes são adjetas (que compõe aquilo que se convencionou denominar de atividade-meio) –, importa adentrar na discussão relativa à terceirização de mão de obra por intermédio de contratação administrativa e, por conseguinte, na eventual caracterização de responsabilidade da Administração Pública daí advinda.

2 – A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA E SUAS DECORRÊNCIAS: A LEI Nº 8.666/93 E A JURISPRUDÊNCIA

De início, necessário apresentar breve contextualização acerca das atuais decorrências da chamada terceirização de mão de obra, isto é, a forma pela qual o tema ora se apresenta na praxis administrativa e no cotidiano dos Tribunais – sobretudo naqueles afetos ao Judiciário Trabalhista. É que, muito embora o escopo do presente trabalho não seja apresentar as minúcias da validade jurídica ou não de tal sorte de atuação administrativa (terceirização), importa destacar, em primeiro plano, as consequências jurídicas advindas da mesma e, logo após, as soluções alvitradas para que a Administração Pública faça o correto uso do instituto, sem incorrer em ilegalidades e posterior responsabilidade.

3 A título meramente exemplificativo, cite-se o Decreto-Lei nº 200/67, o Decreto Federal nº 2.271/97, o Decreto Federal nº 1.094/94, a IN nº 02/08-SLTI/MPOG e as próprias diretrizes da Lei nº 8.666/93.

4 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 416.

5 Para tal espécie de abordagem, vide: FORTINI, Cristiana. “O perfil do direito administrativo atual e o emprego da terceirização pela Administração Pública”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 8, dez./fev. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

DOCTRINA

Em primeira acepção – e em apertada síntese –, frise-se que o posicionamento sistemático dos Tribunais Trabalhistas acerca da utilização de mão de obra por intermédio de terceirização é aquele cristalizado no enunciado de Súmula nº 331 do TST. Por oportuno, eis a redação de tal dispositivo:

“Súmula nº 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, 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 20.06.83) 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.93).”

No que toca à Administração Pública, duas são as decorrências fundamentais de tal enunciado: 1) pelo princípio do concurso público (art. 37, II, da CF/88), a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração; 2) o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços (*in casu*, a Administração), muito embora a Lei nº 8.666/93 – que regula justamente a forma da contratação administrativa de tais serviços, enquanto atividade-meio – tenha disposição expressa em contrário, a saber:

“Lei nº 8.666/93 – Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Ante tal quadro, o que ora se discute no âmbito doutrinário e jurisprudencial – agora em seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – são as implicações de tal embate de proposições. Assim – e dentre outros vieses –, é possível elencar uma série de entraves que hão de ser dirimidos a partir da manifestação conclusiva do STF; seja por intermédio das ilações advindas da ADC nº 16, seja em virtude de outros pronunciamentos a ela complementares (e.g., Reclamações). Dentre as principais celeumas, frise-se: 1) a acepção diametralmente oposta entre lei e enunciado de súmula; 2) a questão da declaração implícita de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais, a ensejar a aplicação da Súmula Vinculante nº 10 do STF⁶; 3) uma alegada objetivação da responsabilidade do ente estatal contratante; 4) aferição de eventual elemento subjetivo⁷ na conduta administrativa, sobretudo em face de conduta omissiva; 5) subsidiariedade ou solidariedade na responsabilização administrativa.

De fato, muito ainda há de se discutir nos pontos acima explicitados, sendo certo que a doutrina e os Tribunais se ocuparão dos mesmos. O que se quer, por ora, é salientar que, expostas as principais discussões jurídicas havidas em função da utilização dos mecanismos de terceirização de serviços por parte da Administração, o escopo do presente trabalho tangencia tais imbróglis, buscando apresentar caracteres de gestão administrativa que possibilitem uma releitura do instituto da terceirização, adequando-o ao padrão de legalidade sem que se tenha, de *per si*, uma aniquilação do instituto, que, como já visto anteriormente, coaduna-se com a prestação de atividades estatais.

3 – A ÊNFASE NA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO: A SAÍDA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De logo – e a partir da consideração final havida no julgamento da ADC nº 16 –, resta claro que o Supremo Tribunal Federal houve por considerar, no mérito, que “a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à

6 STF. “Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

7 Elemento subjetivo que, em tais casos, consubstancia-se na chamada culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, que serão abordadas oportunamente.

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. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado nº 331 do TST⁷⁸.

Em tal contexto, o expediente que surge para a Administração, no sentido de viabilizar suas contratações de mão de obra pela terceirização e adequá-las aos preceitos legais, passa por dois enfoques distintos: 1) controle prévio, no bojo do certame licitatório tendente à contratação administrativa (terceirização), no qual deverá a Administração zelar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, a abranger caracteres de saúde financeira e capacidade de adimplemento da contratada, nos moldes dispostos, sobretudo, no art. 31 da Lei nº 8.666/93; 2) controle concomitante à execução contratual, em nítido viés fiscalizatório (vide art. 67 da Lei nº 8.666/93), na busca da integral consecução dos termos ajustados e no adimplemento de todas as parcelas acessórias à prestação contratada (*in casu*, todas as decorrências de natureza trabalhista advindas da disponibilização de mão de obra).

Em suma, o que os dois enfoques acima elencados representam é a configuração do já aludido elemento subjetivo, a ser aferido na conduta administrativa em relação à terceirização de mão de obra. Respectivamente, há de se falar em culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

O primeiro ponto – culpa *in eligendo* – está ligado à metodologia e forma de escolha do fornecedor da mão de obra terceirizada, ou seja, ao certame licitatório, que redundará na efetiva contratação administrativa dos serviços. Nesse quadrante, cabe à Administração a máxima diligência no sentido de bem selecionar o contratado, com base nos institutos habilitatórios e qualificatórios dispostos na Lei de Licitações. O móvel é, pois, a escolha de fornecedor apto a honrar com a prestação pretendida, sem descuidar das implicações jurídico-econômicas dela provenientes.

Em segundo momento – e já no bojo da contratação administrativa propriamente dita –, ressaí a figura da culpa *in vigilando*, como quebra do dever legal de vigilância que reside na efetiva gestão e fiscalização contratual: o que, por ora, assume papel de destaque na ação administrativa.

8 Informativo nº 610 do STF.

De fato, é no espectro da gestão e fiscalização que eventual omissão administrativa pode e deve ser fulminada, dando azo ao efetivo cumprimento contratual e ao afastamento de futura responsabilização. No ponto, importa dizer que, enquanto a gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente⁹, com conhecimento técnico suficiente. Tal agente – fiscal –, com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração Pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária.

Caberá ao fiscal, pois, uma atuação mais focal e especializada, sobretudo no tocante à verificação e constatação do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, sendo assente a necessidade de que o mesmo possua conhecimento técnico na área (*in casu*, orientação jurídico-trabalhista). Diante disso, inegável a possibilidade de uma pluralidade de fiscais, cada qual afeto à área específica (e.g. um fiscal no tocante ao serviço executado pela mão de obra contratada e outro em relação às decorrências jurídico-laborais da contratação).

Evidente, assim, o reforço de incidência no tocante à fiscalização dos contratos, principalmente diante das atuais repercussões acerca da responsabilidade da Administração nos casos que envolvam a chamada terceirização de mão de obra, a representar instrumental apto e necessário ao correto exercício da atividade administrativa, em sentido largo.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de quaisquer determinações ainda pendentes acerca da real abrangência daquilo que decidido no bojo da ADC nº 16, é certo que o que se extrai da referida decisão é que a declaração de constitucionalidade do dispositivo contido na Lei nº 8.666/93 não impedirá o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública diante da terceirização de mão de obra.

No entanto, o que salta aos olhos, por ora, é uma possível reconfiguração da sistemática de apuração da responsabilidade dos entes públicos, a ensejar

9 Frise-se que, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93, é possível que, além do representante da Administração especialmente designado, seja manejada a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição fiscalizatória.

necessário cotejo entre sua atuação – comissiva ou omissiva – com as decorrências do caso concreto: hipótese que poderá implicar o reconhecimento ou não de eventual omissão culposa, mormente em relação à escolha (culpa *in eligendo*) e à fiscalização do contratado (culpa *in vigilando*).

Portanto, o que se depreende de tal ordem de acontecimentos é o necessário reforço na fiscalização contratual, a fomentar uma mudança significativa na atividade dos agentes públicos que atualmente despenham tal função, no sentido de que a mesma não representa mera faculdade assegurada à Administração, mas sim verdadeiro dever a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais¹⁰ subjacentes à contratação administrativa realizada.

5 – BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Terceirização no setor público: encontros e desencontros”. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORTINI, Cristiana. “O perfil do direito administrativo atual e o emprego da terceirização pela Administração Pública”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 8, dez./fev. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 780.

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA CONTRATADA À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juliana Haas*

I – INTRODUÇÃO

A Administração Pública não está impedida de firmar contratos de serviços para serem executados por terceiros do setor privado. Ao contrário, a própria Constituição Federal o prevê (art. 37, inciso XXI), e à legislação específica (Lei nº 8.666/93) coube regulamentar esse tipo de contratação.

A terceirização de serviços, no entanto, é objeto de permanente controvérsia, razão pela qual se dedica este trabalho a analisar a responsabilidade da Administração na terceirização lícita quanto às verbas trabalhistas não pagas por empresa por ela contratada.

II – CONTROVÉRSIA JURÍDICA ENVOLVENDO O ENUNCIADO DO TST E A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inúmeras são as demandas que tramitam na Justiça do Trabalho em que se discute a questão da responsabilidade da Administração Pública quanto aos créditos trabalhistas não pagos pela contratada.

Os entes federados, quando demandados judicialmente, alegam que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 prevê que a “inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”.

* *Analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região; pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná e em Gerência de Projetos – Setor Público pela Fundação Getúlio Vargas.*

DOCTRINA

O Judiciário Trabalhista, entretanto, vinha negando essa garantia ao aplicar o item IV da Súmula nº 331 do TST, segundo o qual:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.”

De acordo com Sérgio Pinto Martins, embora o TST não tenha dito que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 é inconstitucional, o fundamento que vinha sendo utilizado no julgamento da matéria era o fato de que o § 6º do art. 37 da CF, que trata de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, não faz distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista, razão pela qual não poderia fazer tal distinção a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A Administração Pública beneficiada pela prestação dos serviços, portanto, deveria responder pelo inadimplemento da prestadora, pois teria culpa *in eligendo* na escolha do parceiro inadequado e *in vigilando* por falta de fiscalizá-lo quanto às verbas trabalhistas devidas ao empregado.

As opiniões doutrinárias divergiam. Alguns autores pugnavam pela inconstitucionalidade do privilégio estabelecido para a Administração Pública no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Ilse Marcelina Bernardi Lora, por exemplo, defendia a tese de que o mencionado dispositivo era ofensivo ao princípio da dignidade e da valorização do trabalho e do trabalhador insculpidos na CF e que comprometia, portanto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, provocando seu esvaziamento. Nesse contexto, afirmava que afastar a responsabilidade do Estado significava deixar o trabalhador ao desamparo, numa atitude excessiva, desproporcional e afrontosa ao mínimo existencial.

Sustentava ainda que o dispositivo era incompatível com a regra insculpida no já citado § 6º do art. 37 da CF, segundo a qual o Estado responde objetivamente nos casos em que seu comportamento determina o dano e também nas situações em que o dano não é gerado por sua atuação, mas por atividade sua que cria a situação ensejadora do dano.

Concluía que nessas circunstâncias, detinha o Judiciário Trabalhista, no exercício do controle de constitucionalidade difuso, o poder-dever de afastar a

aplicação do dispositivo em comento, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços.

Também Helder Santos Amorim pugnava pela inconstitucionalidade de uma interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ou de qualquer norma com semelhante disposição, tendente a afastar do Poder Público a responsabilidade pela satisfação de direitos fundamentais inadimplidos pelas empresas por ele contratadas porque, segundo o autor, tal imunidade “constitui violenta lesão à liberdade fático-econômica do homem trabalhador, desferida pelo primeiro destinatário de sua guarda e proteção, que é o Estado”.

José Ribeiro de Campos, na mesma esteira, chegou a sustentar que a posição do TST expressada no item IV da Súmula nº 331 era a que mais se harmonizava com os princípios do Direito do Trabalho e da teoria da responsabilidade do Estado, pois se a Administração Pública, por comportamento omissivo ou irregular não fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, em típica culpa *in vigilando*, devia responder pelas consequências do inadimplemento do contrato.

Contudo, ponderava que as normas referentes à responsabilidade civil constantes no Código Civil em vigor e mesmo no anterior não sustentavam a tese adotada pelo TST na Súmula nº 331, pelo contrário, levavam à conclusão de que a responsabilidade da tomadora é solidária.

Rodrigo Curado Fleury, por outro lado, interpretava a proibição insculpida no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 como uma vedação à transferência direta da responsabilidade trabalhista para o ente público contratante, via previsão editalícia ou contratual, o que materializaria a figura da solidariedade contratual prevista no art. 896, 2ª parte, do CC revogado (art. 265, 2ª parte, do CC em vigor). Dessa forma, continuaria a empresa prestadora e real empregadora como responsável direta e primeira pelos débitos para com os empregados, havendo apenas a possibilidade de, esgotadas todas as formas e tentativas de execução quanto a esta, buscar-se a satisfação do crédito trabalhista junto ao ente público tomador. Este, após pagar a dívida, poderia buscar o ressarcimento junto à empresa contratada, que continuaria sempre sendo titular do débito, sub-rogando-se nos direitos do credor, de acordo com o que prevê o art. 985, inciso III, do CC revogado (art. 346, inciso II, do CC vigente).

No campo constitucional, o mesmo autor invocava, para defender a responsabilidade estatal subsidiária, o princípio da isonomia, afirmando que não era crível que dois trabalhadores da mesma prestadora, com idênticas atividades e atribuições, pudessem ter tratamento absolutamente diverso, apenas porque

um prestava serviços em um local onde funcionava um ente privado e outro onde estava instalado um órgão público.

Chamava ainda atenção para o aspecto da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, inscrita no § 6º do art. 37 da CF, que, por força do princípio da hierarquia das leis, se sobrepunha, segundo ele, à vedação de que trata o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Alegava que salvo a hipótese de comprovada fraude documental, dispunha a Administração de todos os elementos jurídicos suficientes à garantia da execução plena do contrato, razão pela qual eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da contratada certamente contaria com a conivência, ainda que sem culpa ou dolo, dos agentes públicos responsáveis, tanto na escolha da prestadora, donde decorreria culpa *in eligendo*, quanto na falta ou insuficiência de acompanhamento da execução do contrato, o que materializaria a culpa *in vigilando*.

Utilizando os mesmos argumentos, Reane Viana Macedo reputava mais acertada a aplicação da Súmula nº 331 do TST ao revés da disposição do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, porque fundada aquela

“Na busca da verdadeira justiça, na qual trabalhadores têm seus direitos resguardados e não se fazem menores diante da irresponsabilidade de quem quer que seja, mas se fazem valer perante todos, mostrando-se mais valiosa a vida e dignidade do ser humano como trabalhador do que os cofres públicos que justamente deveria servir para oferecer qualidade de vida para os cidadãos em todos os aspectos fundamentais, como o trabalho.”

Já Teresa Aparecida Asta Gemignani entendia que a diretriz jurisprudencial contida no item IV da Súmula nº 331 fora explicitada *secundum legem*, escorada no art. 186 do CC, aplicável por compatível com o Direito do Trabalho, tendo assim atuado o TST no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização da jurisprudência.

À Gisele Hatschbach Bittencourt, entretanto, causava estranheza a aplicação do enunciado do TST (jurisprudência) em detrimento da fonte formal e material do direito (lei), mormente quando em torno desta não houvera qualquer pronunciamento do STF declarando a sua inconstitucionalidade.

Para essa autora, a responsabilidade subsidiária, tal como vinha sendo imposta à Administração Pública, traduzia-se em verdadeira criação de uma nova ordem jurídica por poder não legitimado a tal (TST), em ofensa ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da CF.

Entendia ela, ainda, que o preceito inserto no art. 37, § 6º, da CF, que trata da responsabilidade extracontratual do Estado, não se prestava a justificar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em face da circunstância de que a terceirização faz surgir uma relação decorrente de contrato (contratual, portanto, e não extracontratual).

Além do mais, dizia ela, ao se aplicar a responsabilidade subsidiária aos entes públicos com base no art. 37, § 6º, da CF, uma incompatibilidade surgia, pois o dispositivo constitucional adota a teoria do risco administrativo – isto é, admite a redução ou até exclusão da responsabilidade – ao passo que a Súmula nº 331, item IV, do TST sequer confere tal oportunidade ao Estado, que fica impedido de se defender contra as alegações do empregado, donde concluía que à responsabilidade subsidiária no campo trabalhista vinha sendo dado o tratamento da teoria do risco integral.

Assim, insistia que a hipótese prevista no art. 37, § 6º, da CF era totalmente diversa daquela assentada na Súmula nº 331 do TST, até porque faltava ao Estado, quando lhe era imposta a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas, o elemento do nexo causal, pressuposto inafastável para a responsabilidade objetiva. Não havia como imputar ao ente público uma conduta comissiva ou omissiva quando o fato que gerava o dano ao empregado era causado pela sua empregadora, a prestadora de serviço.

Identificava a autora, nesse caso, uma efetiva supremacia dos interesses coletivos, o que impedia que toda a coletividade cedesse frente a um interesse que considerava privado.

Acrescentava, por derradeiro, que, porquanto legitimada pela ordem jurídica, a terceirização efetuada pelos entes públicos traduzia-se em um exercício regular de direito, razão pela qual não podia voltar-se contra si mesma, mediante condenação ao pagamento de verbas não adimplidas pela empresa terceirizada.

Dora Maria de Oliveira Ramos também era partidária da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Seu entendimento era o de que não estavam presentes na terceirização os pressupostos que dão respaldo à responsabilização objetiva do Estado, *in litteris*:

“(…) a inexecução das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços não estabelece relação de causa e efeito com a conduta do Poder Público. Ausente o nexo causal, pressuposto indispensável para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se cogita de sua responsabilização. O dano sofrido pelos trabalhadores da contratada

não tem nexu causal com ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração.

Incide na espécie, em consequência, a norma do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que isenta a responsabilidade do Estado, sendo descabida a invocação de sua inconstitucionalidade, porque não presentes os pressupostos da responsabilização objetiva do Estado.”

Como se vê, ponderosos argumentos existiam, favoráveis e contrários, tanto ao dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quanto ao enunciado da jurisprudência uniforme do TST.

Importa saber, pois, como o STF resolveu a questão.

III – POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Visando a afastar a controvérsia demonstrada, em março de 2007 foi ajuizada no STF pelo Governador do Distrito Federal, Ação Direta de Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com pedido de providência cautelar.

A petição inicial aduzia que, diante do entendimento do TST expresso no item IV da Súmula nº 331, encontrava-se com presunção de constitucionalidade relativizada o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual necessária intervenção do STF para restabelecer a força normativa do dispositivo legal, determinando a abstenção de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica pela Suprema Corte conferida.

Argumentava que a norma legal objetivava resguardar a Administração Pública, a qual, após ter tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, não podia ser responsabilizada pelo dano que não produziu e pelo qual, diligentemente e nos termos da lei, tentou evitar, inclusive por meio de fiscalização da execução do contrato.

Por isso, afirmava que a prevalecer o entendimento firmado pelo TST, violação haveria aos princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações, da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo e da separação dos poderes. Terminaria essa hermenêutica por resguardar as empresas fraudulentas, transferindo o ônus de maneira desmesurada e desproporcional ao Estado, que seria suportado por toda a sociedade.

DOCTRINA

No mês seguinte, o relator, Ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que a causa de pedir em que se lastreava a pretensão era por demais complexa para ser decidida em juízo prévio e sumário.

Assim que a ADC adquiriu notoriedade, diversos Municípios, Estados e a própria União nela ingressaram na qualidade de *amicus curiae*.

A ação foi submetida a julgamento em setembro de 2008, tendo sido proferidos dois votos; do Ministro Relator, que por não ver o requisito da controvérsia judicial, não conhecia da ADC, e do Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação. Em seguida, foi o julgamento suspenso em virtude do pedido de vista dos autos pelo Ministro Menezes Direito (hoje falecido).

Recentemente, em novembro de 2010, a ADC retornou a julgamento. Após breve debate, o Ministro Cezar Peluso (atual Presidente da Casa) resolveu dar por superada a preliminar, razão pela qual seria necessário o pronunciamento da Suprema Corte acerca do assunto.

O Ministro Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF, quanto no § 2º do art. 2º da CLT. Afirmou que o primeiro não encerraria a responsabilidade objetiva do Poder Público pelo inadimplemento da prestadora de serviços porque não haveria ato de agente público causando prejuízo a terceiros, que seriam os empregados da contratada. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria esses poderes sobre a empresa prestadora de serviços. Concluiu, dessa forma, que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a CF.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando, portanto, à terceirização de serviços, que decorre de contrato administrativo, diga-se.

O Plenário, então, por maioria, pronunciou-se pela procedência da ação, contra o voto do Ministro Ayres Britto que, por não encontrar previsão constitucional para a terceirização, entendeu que, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas da contratada, deve o Poder Público por elas responsabilizar-se. Impedido na ocasião encontrava-se o Ministro Dias Toffoli (sucessor do Ministro

Menezes Direito), em virtude de sua atuação anterior nos autos na qualidade de Advogado-Geral da União.

Em vista do entendimento fixado, o Plenário deu ainda provimento a uma série de Reclamações (RCL) ajuizadas no STF contra decisões fundamentadas na Súmula nº 331 do TST, determinando o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo julgamento, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, naquela ocasião declarada.

Lembre-se, por oportuno, que no primeiro semestre de 2010, o Ministro Marco Aurélio já havia julgado procedentes as RCL nº 9.016 e 8.889, ajuizadas pelos Estados de Rondônia e Pernambuco, respectivamente, contra decisões do TST que, com base na responsabilidade subsidiária, haviam condenado os entes federativos a pagar as verbas trabalhistas devidas por prestadoras de serviços terceirizados. Segundo as RCL, as decisões do TST, tomadas com base no item IV da Súmula nº 331 daquela Corte, teriam desrespeitado o princípio da reserva de plenário, assentado na Súmula Vinculante nº 10 do STF, segundo a qual viola essa cláusula a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, mesmo não declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afasta sua incidência. De acordo com o Ministro, o fato de o TST ter aprovado verbete que contraria preceito legal não afasta este último do mundo jurídico, sendo necessário o exame de possível discrepância do ato normativo com a CF.

Contudo, segundo o ponto de vista do Ministro Cezar Peluso, externado durante a sessão de julgamento, o decidido não impedirá o TST de, com base nos fatos de cada causa, reconhecer a responsabilidade do Poder Público em relação aos débitos trabalhistas de sua contratada.

Isso porque, segundo ele, a mera inadimplência da contratada não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas isso não significa que eventual omissão sua no dever de fiscalizar as obrigações da prestadora de serviços não venha a gerar essa responsabilidade.

É também como pensam Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa e Cavalcante, segundo os quais

“(…) a decretação da constitucionalidade do art. 71 pelo STF não implica na afirmação inexorável de que a Administração Pública está imune à responsabilidade subsidiária diante do não pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora.

Em outras palavras, a responsabilidade pelos direitos trabalhistas dos empregados das empresas prestadoras de serviços será reconheci-

DOCTRINA

da, pelo exame minucioso de cada demanda, quando houver a culpa *lato senso* do ente público contratante, como nos casos de contratação sem licitação, dispensa ilegal do processo licitatório etc. Não se pode esquecer que a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).”

De acordo com esse entendimento, portanto, não se poderia fazer uma leitura meramente literal do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, porque a pronúncia da constitucionalidade não retomou o superado paradigma de irresponsabilidade absoluta do Estado.

O que a ADC procurou afastar foi uma suposta generalização da responsabilidade subsidiária do Estado quando o prestador de serviços deixa de satisfazer suas obrigações perante seus empregados, remetendo a cada caso concreto tal apuração.

Diante disso tudo, o Ministro Milton de Moura França, atual Presidente do TST, anunciou para breve mudança na redação da Súmula nº 331, não efetivada, entretanto, até o fechamento deste trabalho.

IV – DEVER DE FISCALIZAR A EXECUÇÃO CONTRATUAL

O reconhecimento da responsabilidade no âmbito da Administração Pública, conforme decidido pelo STF, está intimamente ligado ao dever do Estado de fiscalizar a execução do contrato, tanto em relação à prestação dos serviços propriamente ditos quanto ao cumprimento das cláusulas contratuais. Com efeito, essa constitui uma obrigação inafastável do administrador, prevista nos arts. 58, inciso III, e 67 da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, conforme observa Bianca Duarte T. Lobato, não há um único dispositivo na Lei de Licitações e Contratos Administrativos que confira ao Poder Público, na celebração de contratos de prestação de serviços, o dever de acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas (salariais e rescisórias) por parte da contratada.

A única obrigatoriedade legal que existe, no tocante à fiscalização, decorre das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, as quais, de acordo com o que dispõe o art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, devem ser mantidas pelo contratado durante toda a execução contratual.

Dessa forma, a obrigação de fiscalização da Administração Pública no que diz respeito aos direitos do trabalhador estaria circunscrita à exigência da

Certidão Negativa de Débito (CND), do Certificado de Regularidade Fiscal (CRF) ou outros documentos hábeis para verificação de sua regularidade da contratada perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), respectivamente, conforme exigência contida no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.666/93. Insta lembrar, no entanto, que a obrigação decorrente das contribuições previdenciárias encontra-se mitigada diante da previsão contida no art. 31 da Lei nº 8.212/91, que condiciona o pagamento dos serviços prestados à retenção prévia das contribuições.

Por essas razões, a responsabilização da Administração Pública encontra-se restrita a eventuais débitos previdenciários e fundiários da contratada, exclusivamente.

Alguns poderiam suscitar a responsabilidade em relação aos demais direitos trabalhistas baseada na fiscalização da destinação dos valores cotados na planilha de custos e formação de preços integrante da proposta da contratada, formulada por ocasião da licitação.

Lobato ensina que à Administração compete, quanto a esses itens, a conferência dos livros de registro da empresa e recibos que comprovem que o preço cobrado pela prestação dos serviços, de fato, está sendo empregado para o custeio dos itens informados na planilha.

Esse atuar, porém, tem por objetivo, segundo o mesmo autor, verificar se os valores por ela pagos estão de acordo com a proposta apresentada e não salvaguardar os direitos dos trabalhadores, pois à Administração Pública não cabe se imiscuir na condição de empregador, passando a conferir o número de horas extras, a frequência dos empregados, sua escala de férias, os atestados médicos apresentados ou outras situações ligadas diretamente à relação de trabalho.

A admissão de interferência da Administração nas relações empregatícias da prestadora de serviços, nesses termos, implicaria o reconhecimento de que o contrato de terceirização de serviços estaria se transformando em verdadeira locação de mão de obra, marcada pela pessoalidade e subordinação direta com o empregado, caracteres só admitidos no setor público, em regra, a partir de prévia aprovação em concurso público.

Além do mais, embora na maioria das vezes seja possível estabelecer o número de trabalhadores necessários para a realização de determinado serviço, a Administração deve mensurar apenas os resultados, independentemente de quem ou quais trabalhadores os obteve. Só para citar um exemplo, nos serviços de limpeza e conservação, ao representante da Administração encarregado da

fiscalização da execução contratual cabe somente verificar se as áreas objeto da contratação estão limpas e/ou conservadas. Nessa tarefa, a ele não incumbe fiscalizar o adimplemento dos débitos trabalhistas da contratada, simplesmente porque não mantém a Administração vínculo pessoal com os empregados daquela.

Nesse sentido é o ensinamento de Ramos, para quem:

“O dever-poder de fiscalização da execução contratual fixado pelos arts. 58, III, e 67 da Lei de licitações refere-se ao adimplemento do objeto ajustado, vale dizer, à execução do contrato na forma e sob as condições pactuadas. Significa que a Administração Pública deve orientar a execução do contrato, fornecendo normas e diretrizes e constatando a conformidade do que foi executado com o que estava especificado na documentação que instruiu o instrumento convocatório da licitação e o contrato. A lei não concede à pessoa jurídica pública, enquanto parte numa relação contratual, o poder-dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada.”

Dessa forma, não há como configurar nexos causal entre o dano sofrido pelos empregados da prestadora, decorrente de um eventual inadimplemento desta em relação às suas obrigações trabalhistas, e uma suposta ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração, simplesmente porque a ela, com exceção das prestações previdenciárias e fundiárias, não foi dado o dever de fiscalizar as relações empregatícias da contratada.

Até porque, conforme Jorge Neto e Cavalcante, a atribuição de velar pelo cumprimento das normas trabalhistas é de competência dos órgãos integrantes do Ministério do Trabalho (atual Ministério do Trabalho e Emprego), como as Delegacias Regionais do Trabalho (transformadas em Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego) e do Ministério Público do Trabalho.

Assim, ausente o nexo causal, pressuposto indispensável para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se pode cogitar a responsabilização da Administração pelo cumprimento de direitos laborais dos trabalhadores terceirizados, conforme defende Ramos.

A Justiça Federal, aliás, já se pronunciou quanto à impossibilidade de se condicionar o pagamento da prestadora de serviços à satisfação de suas obrigações trabalhistas, conforme ementa do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.032697-3/DF abaixo transcrita:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVI-

ÇOS. EDITAL. EXIGÊNCIAS: FUNDO DE RESERVA E QUITAÇÃO ANTECIPADA DA FOLHA DE PAGAMENTO. ITENS 18.1 E 21.4.1. ILEGALIDADE.

1. A exigência de formação de Fundo de Reserva ‘com a finalidade de quitação de possíveis direitos e/ou verbas rescisórias trabalhistas’, e a condicionante de que ‘o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam’, constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, *parecem não encontrar respaldo na Lei nº 8.666/93*, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas.

2. Decisão suspensiva do Pregão Eletrônico, que se confirma (por maioria).

3. Agravo desprovido.” (grifou-se)

Segundo esse entendimento, não é admissível à Administração Pública fazer constar no contrato a ser celebrado com a prestadora de serviços a obrigatoriedade de esta fornecer mensalmente, sob pena de não pagamento da nota fiscal ou fatura, os recibos de pagamento de salários e de demais direitos trabalhistas exigíveis da empregadora.

Assim, se a Administração observou as regras dos arts. 55 e 67 da Lei nº 8.666/93, não pode ser responsabilizada pela satisfação dos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, já que o inadimplemento desses não caracteriza inexecução contratual.

Uma vez que não se admite a ingerência nos contratos empregatícios da prestadora de serviços, não há que se falar, portanto, em culpa *in vigilando* da Administração, tendo em vista que esta modalidade de culpa se caracteriza pela má fiscalização da execução contratual, quando a tomadora dos serviços deixa de adotar as providências necessárias ou as adota em medida inadequada ou insuficiente à regularização das faltas ou defeitos observados. Isso porque, por óbvio, não se pode fundar a responsabilidade da tomadora em elementos dos quais não pode ela se utilizar.

Também imprópria é a atribuição à Administração de culpa *in eligendo*, caracterizada pela má escolha da prestadora dos serviços, na medida em que, salvo hipóteses excepcionais previstas em lei, não há como o ente público *ex ante* estabelecer com quem vai contratar. A escolha da contratada é feita, em

regra, mediante processo licitatório, o qual o obriga a contratar com a licitante vencedora do certame.

Dada essa peculiaridade enfrentada pela Administração, ausente nas relações privadas, desde que o ente público tenha observado as regras próprias do processo licitatório, tais como as estabelecidas nos arts. 29, inciso IV, e 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, relativas aos procedimentos de habilitação e julgamento das propostas, é precário e incorreto o entendimento de que escolheu empresa inidônea para contratar.

Com efeito, a menos que a licitação seja considerada irregular ou fraudulenta, não há como, diante das exigências legais para a contratação, previstas nos arts. 27 e seguintes da Lei nº 8.666/93, admitir a má escolha da Administração, conforme professa Diogo Palau Flores dos Santos. Nessa esteira também Marçal Justen Filho, para que “presume-se que o sujeito que preenche os requisitos constantes da habilitação e cuja proposta é selecionada como vencedora disporá de total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato”.

Ademais, o ato administrativo no Estado Democrático de Direito está subordinado ao princípio da legalidade, o que equivale a dizer que a Administração pode atuar tão somente de acordo com o que a lei determina. Dessa forma, ainda que quisesse, não poderia criar no edital de licitação regras sobre fiscalização das normas trabalhistas.

O próprio TCU vem julgando ilegal a estipulação em processos licitatórios de exigências não previstas na lei, conforme se depreende do Acórdão nº 697/06 – Plenário, *in verbis*:

“[Relatório]

3.12.1. Todavia, a exigência da certidão negativa de débito salarial e certidão negativa de infrações trabalhistas vai na contramão do colocado na Lei nº 8.666/93:

‘Art. 29. 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 – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.’

DOCTRINA

3.12.2. *As certidões de débito salarial e negativa de infrações trabalhistas não podem ser exigidas na habilitação de licitações por irem contra o disposto na Lei nº 8.666/93.* Este nosso entendimento também é o entendimento corrente do Tribunal de Contas da União. Por exemplo, o Ministro Benjamin, no voto do Acórdão nº 1.355, Ata 33/04 – Plenário, colocou:

‘Em relação à exigência de certidão negativa de débito salarial do Ministério do Trabalho e certidão negativa de todas as Varas de Justiça do Trabalho da sede da licitante (item 4.14), no âmbito da Tomada de Preços nº 5/02, tal exigência não está contemplada nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93. Estes dispositivos discriminam os documentos que demonstram a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal. Impor a obrigação de o licitante encaminhar certidão negativa de débito salarial junto ao Ministério do Trabalho não possui amparo legal, motivo por que não deve ser exigida do licitante.’

[Acórdão]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades que:

(...)

9.2.5. *não exija dos licitantes a apresentação da certidão negativa de débito salarial e certidão negativa de infrações trabalhistas, pois tais documentos não estão listados entre aqueles que podem constar na habilitação de licitações, conforme arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93.’* (grifou-se)

No mesmo sentido, de que as exigências de habilitação discriminadas na Lei nº 8.666/93 são exaustivas e não podem ser extrapoladas, vão os Acórdãos 1.899/07 e 1.391/09 – Plenário e 434/10 – Segunda Câmara.

Desse modo, forçoso concluir que a responsabilidade da União e demais entes federados como tomadores de serviços limita-se às hipóteses de terceirização ilícita, em que há locação permanente de mão de obra. Porém, nem mesmo nesse caso responderia o Estado pelas verbas trabalhistas, pois, segundo

Benjamin Zymler, em decorrência da nulidade absoluta do ato de admissão, a prestação devida pelo Estado perderia o caráter salarial, porque ausente o vínculo de emprego. Em face da vedação ao enriquecimento sem causa do Poder Público, os valores devidos pelos serviços já prestados assumiriam caráter indenizatório tão somente.

Cumprido esclarecer que o entendimento de que não responde o Estado, direta ou indiretamente, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, em nada avilta o trabalhador terceirizado, reduzindo-lhe direitos. Pelo contrário, apenas iguala sua situação à do empregado que presta serviços diretamente a uma empresa qualquer, que não possui resguardo da responsabilidade solidária ou subsidiária de quem quer que seja.

Há que se ter em mente, ainda, que em favor da Administração Pública milita o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, razão pela qual, para o resguardo dos direitos do trabalhador terceirizado, soluções outras podem e devem ser invocadas (como a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica da contratada, por exemplo), que não a responsabilidade subsidiária do Estado.

V – CONCLUSÕES

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao autorizar a execução de obras e serviços de forma indireta, define este modo de execução como o que “o órgão ou entidade contrata com terceiros” (arts. 6º, inciso VIII, e 10, inciso II, da Lei nº 8.666/93).

Tem-se, então, que no âmbito do Poder Público a terceirização é admitida e pode ser considerada lícita quando não burlar as normas constitucionais que regem as relações do Estado com seus agentes públicos, especialmente as que tornam obrigatório o concurso público para o provimento de cargos ou empregos na Administração.

A escolha da prestadora de serviços, contudo, está vinculada a um processo licitatório rigidamente previsto em lei, cujas exigências de habilitação não podem ir além daquilo que prevê o ordenamento. Exigências excessivas ou muito restritivas, ainda que possam significar maior segurança para o Estado, devem ser afastadas pelos órgãos de controle ou pelo próprio Poder Judiciário, por ofensa ao princípio da ampla competitividade.

Por isso, não há que se falar em culpa *in eligendo* da Administração Pública, uma vez que suas contratações de bens, obras e serviços sujeitam-se a um sistema jurídico-normativo que lhe impõe limitações, ainda que realizadas

DOCTRINA

com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Portanto, ocorrendo contratação lícita da empresa prestadora de serviço, por meio de regular licitação, dispensa ou inexigibilidade, conforme previsto no art. 37, inciso XXI, da CF, não haverá como condenar a Administração pela má eleição da contratada.

Tampouco culpa *in vigilando* existirá, uma vez que ausente no ordenamento pátrio o dever de a Administração fiscalizar o cumprimento dos débitos trabalhistas (salariais e rescisórias) da prestadora, sejam elas decorrentes ou não do contrato celebrado com o Poder Público.

A responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento da empregadora prestadora de serviços, pois, não encontra respaldo na teoria da responsabilidade do Estado. Ora, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos assim prevê, ao expressamente dispor no § 1º do seu art. 71 que incorre a responsabilidade originária, tampouco a supletiva, da Administração Pública pelo cumprimento das obrigações trabalhistas resultantes do contrato administrativo de prestação de serviços, as quais devem ser satisfeitas exclusivamente pela contratada. Tal dispositivo foi, aliás, por maioria, declarado constitucional pelo Plenário do STF no julgamento da ADC nº 16.

Ademais, é bom lembrar que a maior parte dos órgãos e entidades da Administração Pública não possui quadro técnico suficiente e qualificado para supervisionar detalhadamente todos os seus serviços terceirizados, de maneira que, prevalecendo o entendimento quanto à responsabilidade subsidiária da Administração, seria o ente público obrigado a contratar empresa fiscalizadora para gerenciar as prestadoras de serviços, num processo de quarteirização que, embora legalmente admitido, soaria absurdo do ponto de vista do uso racional dos recursos públicos. A assunção de um regime de responsabilidade, por conseguinte, contribuiria para aumentar o nível de incerteza nos custos dos contratos públicos de terceirização de serviços, com evidentes e indesejados reflexos negativos na eficiência administrativa do Estado.

VI – REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. “A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no Enunciado nº 331, IV, do TST”. In: *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 6, nº 66, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=40831>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

DOCTRINA

CAMPOS, José Ribeiro de. *A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FLEURY, Rodrigo Curado. “A responsabilidade trabalhista da administração pública na contratação de serviços terceirizados”. In: *Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual*. São Paulo, n° 35 (jul./dez. 2002), p. 148-151.

GEMIGNANI, Teresa Aparecida Asta. “Artigo da Lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente?”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, a. 35, n° 65, jul./dez. 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. “A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010)”. In: *Justiça do Trabalho*. São Paulo, v. 27, n° 323, nov. 2010, p. 7-18.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOBATO, Bianca Duarte T. “A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos para terceirização de serviços”. In: *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 9, n° 98, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65418>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. “Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93”. In: *Trabalho em Revista – Encarte Curitiba: Decisório Trabalhista*, n° 137 (jul. 2008), p. 4.530-4.547.

MACEDO, Reane Viana. “A responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos”. In: *LTR Suplemento*. São Paulo, v. 46, n° 156, dez. 2010, p. 747-752.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZYMLER, Benjamin. “Contratação indireta de mão-de-obra versus terceirização”. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, v. 29, n. 75, jan./mar. 1998.

Notas e Comentários

NOVA DIREÇÃO DO TST TOMA POSSE PARA O BIÊNIO 2011/2013

Em sessão solene, realizada no dia 2 de março de 2011, foi empossada a nova Direção do TST para o biênio 2011/2013. O ministro João Oreste Dalazen tomou posse como Presidente da Corte, a ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi assumiu a Vice-Presidência do Tribunal, cabendo ao ministro Antonio José de Barros Levenhagen a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

A saudação à nova Administração foi feita pelo ministro Horácio Raymundo de Senna Pires.

O ministro Dalazen ressaltou em seu discurso a importância de ter a seu lado os colegas juízes do Trabalho de primeira instância e desembargadores regionais do Trabalho, “sobre cujos ombros recai a assombrosa responsabilidade de ser a imagem e a personificação da Justiça do Trabalho na esmagadora maioria das causas trabalhistas”.

Dalazen lembrou também que em 2011 a Justiça do Trabalho no Brasil completa 70 anos, momento oportuno para uma reflexão jurídico-trabalhista no país. Para o novo presidente do TST, questões importantes necessitam de soluções urgentes, dentre elas, a execução trabalhista, que “continua regida por normas processuais precárias, insuficientes e defasadas” e as demandas repetitivas que chegam ao TST, o que termina por gerar um quadro irracional que abarrotava o Tribunal, que, por sua vez, fica a “rejulgar a mesma tese jurídica milhares de vezes, em prejuízo da economia e da celeridade processuais”. A proposta do novo presidente é de se empenhar em uma luta por “vigorosas e múltiplas medidas no plano legislativo a fim de alcançar uma reforma na legislação processual trabalhista, hoje nitidamente em descompasso com a exigência constitucional de duração razoável do processo”.

Em nome dos representantes do Ministério Público do Trabalho discursou o vice-procurador-geral Jeferson Luiz Pereira Coelho e, em nome dos advogados, falou o presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Cavalcanti.

Além do vice-presidente da República, Michel Temer, estiveram presentes à solenidade o presidente do Senado, José Sarney, o ministro Marco Aurélio de Farias Mello, representando o presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro da Defesa, Nelson Jobim, o ministro do Trabalho e Emprego Carlos Lupi, o presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ari Pargendler, o presidente do Tribunal de Contas da União, ministro Benjamin Zymler, e o advogado-

geral da União substituto, Fernando Luiz Albuquerque Faria, dentre outras autoridades.

POSSE DA MINISTRA DELAÍDE ALVES MIRANDA ARANTES

A sexta mulher do quadro de magistrados do TST, ministra Delaíde Alves Miranda Arantes, tomou posse em 1º de março de 2011. A nova ministra é advogada, natural de Goiás, e ocupará vaga destinada à Advocacia, aberta em função da aposentadoria do ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes.

Delaíde Alves Miranda Arantes tem 30 anos de advocacia trabalhista, é autora de livros jurídicos, compõe o Conselho Estadual da Mulher (CONEM-GO), é vice-presidenta da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ/GO) e presidenta do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT).

STF DECIDE QUE TST DEVE ANALISAR CASO A CASO AÇÕES CONTRA UNIÃO QUE TRATEM DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, em 24 de novembro de 2010, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Segundo o presidente do STF, Cezar Peluso, isso “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”, observou Peluso. Ainda conforme o presidente do STF, o que o TST tem reconhecido é que a omissão

culposa da administração em relação à fiscalização – se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais – gera responsabilidade da União.

A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (Súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no § 1º do mencionado art. 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuarem como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Em vista do entendimento fixado na ADC 16, o Plenário deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331/TST.

Por interessar a todos os órgãos públicos, não só federais como também estaduais e municipais, os governos da maioria dos Estados e de muitos municípios, sobretudo de grandes capitais, assim como a União, pediram para aderir como *amici curiae* (amigos da corte) nesta ADC.

Na ação, o governo do DF alegou que o dispositivo legal em questão “tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93”. Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do art. 71 e seu § 1º.

A ADC foi ajuizada em março de 2007 e, em maio daquele ano, o relator, ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Posta em julgamento em setembro de 2008, o ministro Menezes Direito (falecido) pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação, e o ministro Marco Aurélio dela havia conhecido, para que fosse julgada no mérito.

A matéria foi trazida de volta a Plenário pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, uma vez que o sucessor do ministro Direito, o ministro Dias Toffoli, estava impedido de participar de seu julgamento, pois atuou neste processo quando ainda era advogado geral da União.

Na retomada do julgamento, o presidente do STF e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo Peluso, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao

NOTAS E COMENTÁRIOS

editar o Enunciado 331, não declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso quanto à controvérsia. Sob o ponto de vista da ministra, existiria controvérsia, uma vez que o enunciado do TST ensejou uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo. Assim, a ministra Cármen Lúcia se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de Direito Público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do art. 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender do ministro Ayres Britto, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

Jurisprudência Temática

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Em se tratando de direitos tipicamente individuais ligados entre si pela mesma situação jurídica base a caracterizar a sua homogeneidade, e, portanto, o seu alcance coletivo na esfera jurídica dos sujeitos de direito identificados, na espécie, como empregados terceirizados de instituição bancária, tem o Ministério Público do Trabalho legitimidade para defendê-los, consoante a interpretação sistemática dos arts. 127 e 129, III, da Constituição da República, 83, III, da LC-75 e I, V, da Lei nº 7.347/85. Precedentes desta Corte e do STF.

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PROCESSAMENTO DE DADOS. DANO MORAL COLETIVO. FIXAÇÃO.

Se é certo que a terceirização de serviços passou a ser admitida, no âmbito das relações de trabalho, como meio de compatibilizar a otimização da atividade empresarial com a geração de emprego, é, igualmente, certo que, pela mesma razão, ela não pode ser empregada na atividade-fim empresarial, sob pena de desvirtuar o instituto, em flagrante desrespeito à legislação trabalhista, entendimento que veio a ser encampado pela Súmula nº 331 deste Tribunal Superior. No caso concreto, o quadro fático fixado pelo Tribunal Regional não dá margem à dúvida de que os terceirizados executavam tarefas típicas de uma instituição financeira, rotineiramente realizadas por qualquer caixa ou atendente bancário, as quais incluem o processamento e recebimento, separação, arquivo e custódia de valores e documentos do tomador dos serviços, inclusive a compensação, todas executadas de forma direta e subordinada ao poder diretivo do tomador de serviços. A corroborar esse contexto fático, somam-se os dados relevantíssimos de que a Resolução 2.707 do BACEN deixa clara a natureza essencialmente bancária das atividades terceirizadas e que muitos dos empregados da prestadora são oriundos do próprio Banco que os dispensou, aspectos que evidenciam não apenas a prática desmedida da terceirização para a realização de atividade-fim, como a intenção de fraudar direitos próprios da categoria profissional dos bancários, cuja especialidade merece capítulo próprio na Consolidação das Leis do Trabalho. Esse entendimento, consagrado no Verbete sumular, acima mencionado, objetiva manter íntegras as concepções de empregado e empregador, que constituem os sujeitos de direitos das relações laborais, bem assim, mantém-se em sintonia com os

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

princípios da livre concorrência e do respeito aos valores sociais do trabalho, compatibilizados pelo próprio texto constitucional, ao erigi-los, conjuntamente, como pilares de sustentação da ordem econômica. Nesse contexto, a fixação de indenização a título de dano moral, coletivo a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalho, revela-se não apenas consentânea com o caráter pedagógico da condenação em obrigação de não fazer, como também sancionador de conduta sabidamente contrária à ordem jurídica, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte. Decisão agravada que é mantida.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AIRR-117640-71.2002.5.01.0011 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-117640-71.2002.5.01.0011, em que é Agravante BANCO ABN AMRO REAL S.A. e são Agravados PROSERVVI BANCO DE SERVIÇOS LTDA. e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo BANCO ABN AMRO REAL S.A., réu nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, contra a decisão de fls. 1.090/1.091, que negou seguimento ao seu recurso de revista versando os temas “preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional”, “preliminar de ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho”, “terceirização ilícita de atividade-fim” e “excesso na fixação do valor da indenização e de astreintes”.

Regularmente intimado, o Ministério Público do Trabalho da 1ª Região apresentou contraminuta ao agravo de instrumento, às fls. 389/394 e contrarrazões ao recurso de revista, às fls. 395/404.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 2 e 1.092) e está subscrito por procurador habilitado (fls. 19/20). Traslado regular das peças obrigatórias, em consonância com a Instrução Normativa nº 16/99, CONHEÇO.

2. MÉRITO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª Região em face da PROSERVVI – BANCO DE SERVIÇOS LTDA. e do BANCO ABN AMRO REAL S.A., prestadora de serviços, objetivando, quanto ao primeiro, a tutela de obrigação de não fazer consubstanciada no não fornecimento de mão de obra voltada à realização de atividade-fim da instituição financeira e, quanto ao segundo, em se abster de contratar empresas interpostas e/ou cooperativas para prestar serviços que, realizados de forma não eventual, pessoal, onerosa e subordinada, sejam essenciais à consecução de seus fins sociais, os quais devem ser executados por meio de pessoal próprio. Postulou a fixação de dano moral coletivo, bem assim de *astreintes* para assegurar o cumprimento da tutela jurisdicional pretendida.

Julgada parcialmente procedente a ação civil pública na primeira instância, o Tribunal Regional negou provimento aos recursos ordinários dos reclamados e deu parcial provimento ao recurso ordinário adesivo do *Parquet* para, reformando a sentença, no particular, julgar procedente o pedido de indenização por dano moral coletivo, condenando os reclamados à indenização fixada em R\$ 50.000,00, a ser revertido ao FAT.

Os reclamados interpuseram recurso de revista, aos quais, em análise conjunta, foi denegado seguimento pela decisão de fls. 1.090/1.091, ensejando a interposição do presente agravo de instrumento pelo segundo réu, a fim de submetê-lo ao segundo juízo de admissibilidade, como segue.

2.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Insiste o banco reclamado, ora agravante, na arguição da preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional para admissibilidade do seu recurso de revista, ao argumento de que o Tribunal Regional, mesmo após instado por embargos de declaração, não sanou omissão no julgado relativamente aos seguintes aspectos: a) não houve descrição detalhada dos serviços terceirizados; b) o próprio Ministério Público, de forma incontroversa, enuncia que os funcionários da PROSERVVI efetuam tão somente atividades-meio da Instituição Financeira; c) não foram consideradas as provas trazidas aos autos pelo Banco; d) não há descrição dos pressupostos não atendidos pelo banco, que teriam ocasionado o suposto dano moral coletivo; e) não se levou em consideração, quando do arbitramento do *quantum* indenizatório, o princípio da boa-fé, que ampara o banco agravante; f) não restou demonstrado o nexo causal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Invoca as Súmulas ns. 126 e 297 do TST. Fundamenta a preliminar em violação dos arts. 5º, LIV e LV, e 93, IX, da CF/88, 832 da CLT e 458 do CPC (fls. 5-9).

Ao exame.

Em resposta aos declaratórios opostos pelo ora agravante, o Tribunal Regional proferiu a seguinte decisão:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO SEGUNDO RECLAMADO – BANCO ABN AMRO REAL S/A

O ora Embargante pretende a discriminação de todas as atividades objeto de terceirização, bem como a análise da sua licitude em face da Súmula nº 331 do C. TST. O fato de o Embargante entender ser equivocada a conclusão esposada no julgado não o autoriza a opor Embargos para obter uma segunda análise da matéria, tendo em vista tal recurso apenas busca suprir eventual falha na integral entrega da prestação jurisdicional, e não o reexame do julgado. De qualquer, como já salientado acima, *basta uma leitura da inicial e dos contratos firmados pelo próprio Embargante, para que possa aferir quais as atividades foram ilicitamente terceirizadas.*

O dano moral coletivo foi exaustivamente analisado pelo julgado recorrido, tendo restado explicitado que a conduta ilícita da ré em terceirizar atividade fim causou danos a toda coletividade, na medida em que fez tabula rasa dos princípios da dignidade humana, e do valor do trabalho. Vale transcrever o seguinte trecho do acórdão:

‘Do mesmo modo, e segundo a melhor doutrina, o dano moral coletivo independe, para a sua configuração, de prova do próprio dano, já que este decorre do fato em si – *damnum in re ipsa* – bastando para tanto que a conduta antijurídica do agente seja grave o suficiente para atingir os valores morais de determinado grupo. No caso vertente, as reclamadas burlaram as normas legais trabalhistas, e levaram adiante uma terceirização ilícita de atividade fim. Com tal conduta, atingiram valores caros a toda uma coletividade de trabalhadores que, ciente do real valor de seu trabalho, foram desprestigiados e subjugados em seus méritos e feitos, pelo interesse econômico das empresas reclamadas que, no intuito exclusivo de lucro, mitigaram os direitos assentes na Lei (CLT) e na Constituição. De fato, o dano advindo da conduta ilícita das rés é imensurável, e digno de reprovação, motivo pelo qual fixo a indenização em R\$ 50.000,00 para cada uma das reclamadas, a ser revertido ao Fundo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de Amparo ao Trabalhador, valor este razoável e adequado para atender o caráter pedagógico da reparação’.

Registre-se que, em se tratando de Banco, instituição financeira, a *atividade ligada ao processamento de dados* constitui atividade-fim e não atividade-meio. Rejeito.” (fls. 299/302).

Constata-se, no entanto, que todas as questões fáticas e jurídicas necessárias à exata compreensão da controvérsia foram devidamente equacionadas pelo Tribunal Regional, de modo a permitir a análise do recurso de revista sem receio do óbice das Súmulas ns. 126 e 297 do TST.

Registre-se, por juridicamente relevante, que a alegação genérica de que o Tribunal não analisou todas as provas produzidas, por si só, não é suficiente para a pronúncia da nulidade se o recorrente não especificou o aspecto da prova que, pela relevância, poderia levar à alteração do julgado.

Nesse contexto, não se verifica o prejuízo necessário à pronúncia da nulidade, a pretexto de negativa de prestação jurisdicional, com fundamento na indicação de afronta aos arts. 93, IX, da CF/88, 832 da CLT e 458 do CPC, os quais se mantêm intactos.

Já no que se refere aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, impende considerar, apenas a título elucidativo, que não ensejam a alegação de negativa de prestação jurisdicional, nos moldes da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SDI-1 do TST.

NEGO, pois, PROVIMENTO ao agravo de instrumento pela presente prefacial.

2.2. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Insiste o agravante na ilegitimidade do *Parquet* para o ajuizamento de ação civil pública, ao argumento de que se discutem, *in casu*, direitos, os quais escapam do âmbito tutelar do Ministério Público do Trabalho, nos termos dos arts. 81, parágrafo único e incisos, 83 da Lei Complementar nº 75/93, 127 e 129, III, da Constituição Federal, cuja legitimidade está restrita aos direitos difusos e coletivos. Pugna pela extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC (fls. 10/11).

Sobre o tema, o Tribunal Regional pronunciou-se no seguinte excerto:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA, suscitadas pelas rés em razões de recurso.

A interpretação sistemática dos arts. 127 e 129, III, da CRFB, c/c art. 83, III, da LC nº 75 e art. 1º, V, da Lei nº 7.347/85 não deixa dúvidas de que o Ministério Público do Trabalho pode propor ação civil pública para defender direitos coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

O objeto da presente ação diz respeito não só aos direitos coletivos *strictu sensu* dos empregados contratados em razão da terceirização havida, mas, também e por via transversa, abrangem direitos difusos de toda uma coletividade indefinida, no sentido de terem garantias sociais mínimas e indisponíveis respeitadas no momento em que vieram a ser contratados para um dos serviços terceirizados por parte do 2º réu.

Logo, resta manifesta a legitimidade ativa do Ministério Público para atuar na presente ação.

Rejeito.” (fl. 279)

Pois bem. Discute-se nos autos a existência de dano moral coletivo perpetrado aos empregados da PROSERVVI, contratados para prestar serviços ao BANCO ABN AMRO REAL S.A., na área de processamento de dados, direitos que se identificam como individuais homogêneos, subespécies de direitos coletivos, consoante reiterada jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do RE 163231-3/SP, em 1º/9/96, relatado pelo Ministro Maurício Correia, a partir da interpretação sistemática dos arts. 1º, V, da Lei nº 7.347/85, 81, parágrafo único e incisos, 83 da Lei Complementar nº 75/93, 127 e 129, III, da Constituição Federal, e imediatamente encampada por esta Corte em inúmeros julgados.

Para ilustrar o entendimento acima expandido, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.496/07. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PAGAMENTO DE SALÁRIO ATÉ O QUINTO DIA ÚTIL DO MÊS SUBSEQUENTE, FÉRIAS, ABONO E VERBAS RESCISÓRIAS. 1. Diante de uma interpretação sistemática dos arts. 6º, VII, *d*, e 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, 127 e 129, III, da Constituição Federal, depreende-se que o Ministério Público detém legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública, buscando defender interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos. 2.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O STF e esta Corte possuem o entendimento pacífico de que ao Ministério Público do Trabalho é conferida legitimidade para o ajuizamento de Ação Civil Pública para a defesa de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. 3. No caso dos autos, verifica-se que a pretensão do *Parquet* tem como finalidade o pagamento de salário até o quinto dia útil do mês subsequente, férias, abono pecuniário (art. 143 da CLT) até dois dias antes do início do período do gozo e verbas rescisórias nos prazos estabelecidos nas alíneas *a* e *c* do art. 477 da CLT, direito assegurado legal e constitucionalmente. 4. Patente, portanto, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de Ação Civil Pública, porquanto se trata de direito social, que está sendo desrespeitado pela ora Embargada. Recurso de Embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-734212-30.2001.5.23.5555, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, SBDI-1, DEJT 18.06.2010).

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O art. 129, III, da CF confere legitimidade ao *Parquet* para tutelar os interesses difusos e coletivos, prevendo, ainda, em seu inciso IX, autorização ao Ministério Público para – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. O e. Supremo Tribunal Federal já decidiu que os interesses homogêneos são espécie dos interesses coletivos, registrando a máxima Corte que – Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. (...) Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. (RE 163231/SP – São Paulo, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 29.06.2001). Nesse contexto, correta a e. Turma que reconheceu a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública cujo objeto é que o empregador seja proibido de impedir que seus empregados anotem a real jornada de trabalho. Recurso de embargos conhecido e não provido.” (TST E-RR-173840-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

98.1998.5.15.0092, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, SBDI-1, DEJT 09.10.2009).

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. 1. Na dicção da jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, os direitos individuais homogêneos nada mais são do que direitos coletivos em sentido lato, uma vez que todas as formas de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), passíveis de tutela mediante ação civil pública, são coletivas. 2. Considerando-se interpretação sistêmica e harmônica dos arts. 6º, VII, letras *c* e *d*, 83 e 84 Lei Complementar nº 75/93, não há como negar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para tutelar direitos e interesses individuais homogêneos, sejam eles indisponíveis ou disponíveis. Os direitos e interesses individuais homogêneos disponíveis, quando coletivamente demandados em juízo, enquadram-se nos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição Federal. 3. O Ministério Público detém legitimidade para tutelar judicialmente interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, ante o notório interesse geral da sociedade na proteção do direito e na solução do litígio deduzido em juízo. Verifica-se, ademais, que o interesse social a requerer tutela coletiva decorre também dos seguintes imperativos: facilitar o acesso à Justiça; evitar múltiplas demandas individuais, prevenindo, assim, eventuais decisões contraditórias, e evitar a sobrecarga desnecessária dos órgãos do Poder Judiciário. 4. Solução que homenageia os princípios da celeridade e da economia processuais, concorrendo para a consecução do imperativo constitucional relativo à entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável. 5. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-411489-59.1997.5.22.5555, Redator Ministro Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1, DJ 07.12.2007).

Nesse sentido, não sobejando mais quaisquer dúvidas acerca da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos tipicamente individuais, ligados entre si pela mesma relação jurídica base, de modo a lhes conferir caráter de homogeneidade, os arts. 81, parágrafo único e incisos, 83 da Lei Complementar nº 75/93, 127 e 129, III, da CF, indicados como violados, na realidade, fundamentam a legitimação processual.

NEGO, pois, PROVIMENTO ao agravo de instrumento, também, no tópico.

2.3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª Região em face da PROSERVVI – BANCO DE SERVIÇOS LTDA., prestadora de serviços, e do BANCO ABN AMRO REAL S.A., ora agravante, objetivando, em síntese, a suspensão do fornecimento de mão de obra ao segundo reclamado para a prestação de serviços de processamento de dados, os quais, pela natureza, identificam-se com a consecução da atividade-fim de uma instituição financeira, a caracterizar a ilicitude na terceirização, e, por conseguinte, a fixação de indenização a título de dano moral coletivo a ser revertido ao FAT e multa objetivando o cumprimento da tutela jurisdicional pretendida.

Interpostos recursos pelas partes, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário dos reclamados e deu parcial provimento ao recurso ordinário adesivo do *Parquet* para, reformando a sentença, no particular, julgar procedente o pedido de indenização por dano moral coletivo, condenando os reclamados a indenização fixada em R\$ 50.000,00, a ser revertido ao FAT, adotando a seguinte fundamentação:

“MÉRITO

1 – TERCEIRIZAÇÃO

O Ministério Público do Trabalho propõe *ação civil pública para que seja determinada a imediata proibição do fornecimento de mão de obra por parte da 1ª ré para o segundo réu, bem como a proibição deste último de contratar empresas interpostas para realização dos seus serviços.*

As rés alegam, em síntese, que somente os serviços atinentes à atividade-meio foram terceirizados, e que há inclusive, concessão das vantagens dos bancários aos empregados terceirizados, e permissão do Banco Central para que mesmo os serviços atinentes à atividade-fim possam ser prestados por empresas interpostas, embora, no caso vertente, as reclamadas tenham celebrado um pacto apenas com relação às atividades-meio.

O Banco 2º réu, em sua defesa, fez questão de frisar que a autenticação bancária e compensação era feita apenas pelos seus funcionários. *Do cotejo dos documentos colacionados aos autos, no entanto, verifica-se que o contrato firmado pelas reclamadas tem por objeto, dentre outros serviços, o recebimento, separação, arquivo e custódia de valores e documentos do Banco tomador dos serviços, inclusive a compensação*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de valores, como se infere particularmente do contrato acostado a fls. 621/624 e 636/638. Tal fato ainda é noticiado pelo Sindicato da categoria econômica, como se infere na ata da reunião realizada na Delegacia Regional do Trabalho, onde o representante da categoria chega mesmo a levantar o risco de quebra de sigilo bancário na compensação de cheques e outros documentos (fls. 152). Nas atas que se seguem, há clara menção do sindicato bancário quanto à expedição de ofícios pela FENABAM às instituições para que seja observado o acordo firmado em relação à terceirização de serviços de compensação (fls. 157, 159/160). O que restou constatado, porém, foi que, a despeito da Carta-compromisso entre a FENABAM e o Sindicato dos Bancários, firmada desde os idos de 1993 (fls.137), e reafirmada em 1997, com um verdadeiro “pool” de Bancos e prestadoras de serviço, incluídas aí as Reclamadas (fls.149/150), o resultado prático foi nenhum. Basta a simples leitura das diversas Atas de Reuniões realizadas entre os Sindicatos dos Bancários e a FENABAM e afiliadas para se concluir que, até junho de 2001, as tentativas de cumprimento da Carta-Compromisso foram infrutíferas.

Como se não bastasse, os depoimentos colhidos no inquérito civil deixam claro que os trabalhadores terceirizados recebiam ordens diretas do 2º réu, e que o serviço realizado era praticamente o mesmo desempenhado pelo funcionário responsável pelo caixa do banco, diferenciando-se apenas pela não feitura de autenticação bancária, tarefa esta que passou também a ser executada pelos terceirizados, como se observa nos depoimentos de fls. 129/134. Tais fatos foram confirmados pelo depoente, ouvido nestes autos, que reconfirmou as declarações prestadas perante o Ministério Público do Trabalho (fls. 680).

Tais depoimentos revelam, ainda, a tática tão inteligente quanto perversa de pulverizar a contratação dos serviços com trabalhadores ‘cooperados’, ‘horistas sem vínculo’ e ‘estagiários’ – nomenclatura vazia no conteúdo, mas plena na intenção de burla a direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos (art. 9º, CLT). Os serviços prestados são típicos de qualquer caixa ou atendente bancário (processamento e preparação de documentos, verificação de cheques para pagamentos de contas e depósitos; preparação para serviços de compensação, digitação de cheques com sua totalização em balanços que seguem pra conferência dos superiores do Banco – vd. fls.89/90 e 93) e muitos dos empregados da prestadora são oriundos do próprio Banco que os dispensou (vd. fls. 129).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ora, o valor do trabalho humano ganhou foro constitucional, tendo sido elevado a fundamento do Estado de Direito (art. 1º, inciso IV, da CRFB), e da própria ordem econômica e financeira do Estado (art. 170 da CRFB). Do mesmo modo, os direitos sociais, dentre eles o de proteção da relação de emprego, consubstanciam-se em cláusula pétrea, inabafável até mesmo por via de emenda constitucional (art. 7º, inciso I c/c art. 60, § 4º, da CRFB). A intenção da ordem jurídica é clara, o encargo do contrato de trabalho deve ser suportado diretamente por aquele que se beneficia primordialmente e necessariamente dos serviços prestados pelo trabalhador. E de fato, é inaceitável que uma pessoa jurídica tenha como atividade principal ou única a mera conglomeração de trabalhadores disponibilizados para a consecução de atividade essencial de outro empreendimento; ou seja, que ela lucre apenas com a administração deste fator produtivo, sem produzir um único bem ou valor para a sociedade.

No caso vertente, o 2º réu – Banco, tem como atividades primordiais a captação, salvaguarda e aplicação de valores. Logo, é inadmissível que transfira à terceira pessoa a responsabilidade de serviços que são a própria razão de ser da instituição bancária. Uma mera leitura da *Resolução 2.707 (fls. 398)* deixa claro a natureza bancária das atividades terceirizadas, vez que estabelece a obrigação de comunicação do Banco Central em qualquer hipótese, submetendo, por vezes, à própria autorização deste órgão, a contratação que tenha por objeto as atividades dos itens I e II do ato normativo. A propósito, interessante comparar a Resolução 2.707 do BACEN, datada de março de 2000, com aquela acostada a fls. 674/677 – Resolução 3.110, BACEN, de julho de 2003. Aparentemente assemelhadas no que concerne à possibilidade de contratação de empresa para determinados serviços, desde que autorizados por aquela autoridade monetária, na última, consta expressamente a vedação de contratação de prestadora cuja atividade principal ou única seja a prestação de serviços de correspondente (art. 2º e parágrafo único da Resolução nº 3.110). Não há qualquer evidência nestes autos de que a 1ª Ré possua outra atividade que não a intermediação de mão de obra, a despeito do que consta como seu objeto social no contrato de fls. 347/352.

É óbvio que a sutil alteração na Resolução decorreu de pressão vinda dos próprios trabalhadores, por seu Sindicato, da DRT, do Ministério Público e de decisões judiciais, muitas ilustrando os desmandos resultantes da terceirização. E ainda que essas Resoluções tenham por fim proporcionar a modernização e produtividade dos serviços, é inaceitável que o direito a uma relação de emprego seja negado por uma decisão do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Banco Central quando uma emenda constitucional é inábil para afastá-lo. Vale lembrar que a própria Carta Magna condicionou o desenvolvimento do sistema financeiro ao desenvolvimento social equilibrado do País, e desde que a serviço do interesse da coletividade, o que, por óbvio, não é alcançado através da precarização do trabalho (art. 192 da CRFB).

Nem se fale que aos terceirizados são concedidos os mesmos benefícios dos bancários, pois as mesas redondas realizadas na DRT e os depoimentos colhidos deixaram claro que o acordo celebrado pelo sindicato dos bancários e a FENABAM, em relação às prestadoras, limitou-se a sua aceitação para as atividades de compensação, mas com pouco ou nenhum resultado prático.

Aliás, pelo estudo dos autos, conclui-se que, essa aceitação representa mais uma tática para tornar legal o ilegal. Melhor explicando, as prestadoras de serviço aceitam cumprir normas legais e coletivas dos bancários, mas, como não se enquadram como empresas financeiras, não estão obrigadas a participarem de mesas de negociação, sem contar que, nesses casos, pulverizada que está a mão de obra, mais difícil se torna a fiscalização tanto por parte do Sindicato quanto por parte da DRT.

No Estado Democrático de Direito, o direito individual é mitigado em prol do direito de toda uma coletividade de ter garantido o real valor do seu trabalho através de uma relação de emprego plena em seus efeitos e direitos, livre, portanto, de qualquer precarização. Vale lembrar que o direito exercido fora de seus limites e fins econômicos e sociais configura ato ilícito, nos termos do art. 187 do C.C. Nesse sentido, não há falar em violação do art. 170 e nem do art. 5º, II, da Constituição da República.

Entretanto, o pleito formulado pelo Ministério Público em face do primeiro réu, abrange a proibição de fornecer mão de obra de forma integral, inclusive com relação aos contratos em vigor. A concessão integral desta tutela se justifica, ante a tipificação de terceirização ilícita.

Não se pode conceber que os Bancos, cuja lucratividade é cantada e decantada na mídia, ao invés de desenvolver um trabalho sério de abertura de postos formais de emprego, imprimindo função social à sua atividade empresarial, colaborem para exclusão social e o aumento da informalidade. Sim, porque embora as empresas prestadoras de serviço contratadas pelos Bancos contem com empregados registrados, muitos são aqueles que, sob títulos diversos, como ‘cooperados’, ‘horistas’ ou ‘estagiários’ reforçam o índice de informalidade do mercado de trabalho

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que, no ano de 2004, atingiu o percentual de 52,4%, segundo dados do IPEA. Deve, portanto, a 1ª Reclamada se abster, imediatamente, de prestar serviços por meio de fornecimento de mão de obra em atividades-fim de tomadora.

Na sequência, exatamente ante o reconhecimento da ilicitude na terceirização tanto em razão de concretizada em atividade-fim como também pela comprovação de subordinação dos empregados ao tomador do serviço, como fartamente demonstrado pelos depoimentos colhidos, deve o 2º Reclamado se abster de contratar empresas interpostas e/ou cooperativas para a realização dos serviços expostos na exordial, na forma do pedido 'b.I', não merecendo reparos o julgado recorrido, no particular. Inteligência da Súmula nº 331, I, do C.TST.

Mantenho a concessão liminar da tutela específica tendo em vista a relevância da demanda, que intenta proteger a eficácia da ordem jurídica pátria, e ainda, o fundado receio de que a demora no cumprimento do comando judicial possa acarretar maiores prejuízos à coletividade como um todo de trabalhadores (art. 461, § 3º, do CPC). Mantida também a multa diária de R\$ 5.000,00 para cada uma das rés, para que a obrigação seja cumprida imediata e espontaneamente (art. 461, § 4º, do CPC).

Nego, pois, provimento ao apelo das Rés e dou provimento ao do Ministério Público do Trabalho.” (fls. 279/282 – destacou-se)

Insurge-se o banco reclamado contra a procedência parcial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, condenando-lhe ao pagamento da indenização fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais coletivos, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Sustenta o agravante que a primeira reclamada, PROSERVVI, prestadora de serviços, fora contratada para fornecimento de mão de obra para a realização de serviços intermediários à sua atividade empresarial, procedimento, por isso mesmo, tutelado pela Súmula nº 331, item III, do TST, o qual aduz contrariando pelo acórdão recorrido. Argumenta que, no caso em tela, foi amplamente demonstrado que não existe subordinação e pessoalidade na prestação laboral, mas tão somente à PROSERVVI, com quem os contratos de trabalho são perfeitamente regulares e amoldados, contexto no qual tem por violados os arts. 2º e 3º e 818 da CLT e 170, incisos II e V, da CF/88. Alega que a proibição de contratação de cooperativa para a terceirização de quaisquer serviços afetos à atividade bancária, além de violar a autorização expressa dos arts. 442 e 818 da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

CLT, excede os limites da lide, nos termos dos arts. 128 e 460 do CPC. Pugna, sucessivamente, no caso de manutenção da condenação, que seja provido o recurso a fim de excluir da condenação a obrigação de não fazer concernente à proibição de contratação de cooperativas, invocando a disposição do art. 442 da CLT aliado à diretriz da Súmula nº 331 do TST. Colaciona arestos (fls. 11/15).

Ao exame.

O Tribunal Regional registra que o primeiro réu, BANCO REAL, firmou contrato de fornecimento de mão de obra com o segundo réu, PROSERVVI, para prestação de serviços de processamento de dados, os quais envolvem a preparação de documentos, verificação de cheques para pagamentos de contas e depósitos; preparação para serviços de compensação, digitação de cheques com sua totalização em balanços que seguem para conferência dos superiores do Banco, todas as tarefas típicas de uma instituição financeira, a serem executadas por qualquer caixa ou atendente bancário.

Cuidou de asseverar, ademais, que a prestação de serviços se dava de forma pessoal com o tomador de serviços, estando os terceirizados diretamente subordinados ao seu poder diretivo por meio de suas ordens e coordenação, e, se, inicialmente, as tarefas se diferenciavam tão somente pela ausência de autenticação bancária, posteriormente essa atividade também passou a ser absorvida pelos terceirizados.

Esclareceu que a implementação da terceirização das atividades bancárias foi regulamentada pelo BACEN na Resolução 2.707, datada de março de 2000, a qual deixa clara a natureza essencialmente bancária das atividades terceirizadas.

Assentou que foi apurado, no inquérito civil público, que precedeu ao ajuizamento da presente ação civil pública que, nos idos de 1993, objetivando viabilizar a implementação da terceirização de serviços no âmbito das instituições financeiras, foi firmado acordo entre o sindicato dos bancários e a FENABAN, na forma de uma Carta-Compromisso, especificando as atividades passíveis de terceirização, a qual, não obstante reafirmada em 1997, restaram infrutíferas as tentativas para seu cumprimento, permanecendo o segundo reclamado a proceder a terceirizações para a realização de tarefas iminentes aos seus fins sociais.

Registrou, ademais, o dado fático relevantíssimo de que muitos dos empregados da prestadora são oriundos do próprio Banco que os dispensou, aspecto que evidencia não apenas a prática desmedida da terceirização para a realização de atividade fim, como a intenção de fraudar direitos próprios da categoria dos bancários.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Incontrovertida, portanto, a prestação de serviços que se identificam diretamente com a consecução da atividade-fim de uma instituição financeira, configura-se a ilicitude na terceirização, tal como concebida no item I da Súmula nº 331, o qual se amolda perfeitamente ao caso em detrimento do item III da referida súmula, indicado como contrariado nas razões do recurso de revista. Mantêm-se intactos, por conseguinte, os arts. 2º, 3º e 818 da CLT.

Já o art. 170 da Constituição Federal, ao compatibilizar os princípios da livre concorrência com os valores sociais do trabalho como pilares da ordem econômica, contrariamente ao alegado, corroboram a tutela do *Parquet*.

Sobre o tema da ilicitude da terceirização para a realização de atividade-fim, esta Corte já teve oportunidade de se manifestar nos seguintes julgados:

“RECURSO DE REVISTA DAS RECLAMADAS. MATÉRIA COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. *CALL CENTER*. ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS. O vínculo de emprego do empregado que trabalha em serviço – central de atendimento –, junto à empresa de telefonia, faz-se diretamente com a concessionária, por representar fraude na relação de trabalho, já que se trata de atividade-fim, sendo ilícita a terceirização. Ressalva do Relator. Recursos de revista conhecidos e desprovidos.” (TST-RR – 107800-15.2009.5.03.0018, Data de Julgamento: 07.12.2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17.12.2010).

“RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE *CALL CENTER*. ATIVIDADE-FIM. IMPOSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA Nº 331, I/TST. As atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. Sendo a atividade principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho executado pelos atendentes de *call center* é essencial ao seu empreendimento. Pontue-se, ainda, que, nesse contexto, a contratação por empresa interposta é irregular, passível, inclusive, de formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, na forma da Súmula nº 331, I/TST, que preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula nº 256/TST, no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita. Ressalte-se que o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 (que dispõe

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sobre a organização dos serviços de telecomunicações), não comporta a interpretação de poder a concessionária contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, concebidas estas como atividades-fim, já que tal exegese confrontaria com o texto da Súmula nº 331/TST. Estender o sentido do termo – inerente – nessa peculiar hipótese para compreendê-lo como análogo à atividade-fim, aceitando a transferência do desenvolvimento de serviços essenciais a terceiros, significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. O fenômeno da terceirização, por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, sofre restrições da doutrina e jurisprudência justaltrabalhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR – 8040-64.2002.5.12.0026, Data de Julgamento: 02.06.2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 28.06.2010).

“RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM. EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (Processo: E-RR 586341/1999, Data de Julgamento: 28.05.2009, Relator Designado Ministro: Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 16.10.2009.)

Registre-se, ademais, que, pelo prisma da divergência jurisprudencial o recurso, igualmente, não enseja admissibilidade, visto que nenhum dos dois arestos colacionados para o cotejo veiculam a mesma circunstância fática relativa à terceirização de serviços para a consecução de tarefas próprias e exclusivas da atividade bancária, tal como, na espécie, o processamento de dados envolvendo atividade de compensação de valores.

Por fim, registre-se que não procede a pretensão recursal no tocante à admissibilidade do recurso de revista relativamente ao pedido sucessivo para que seja excluída da condenação a obrigação de fazer concernente à proibição de contratação de empresa intermediadora e/ou cooperativa de trabalho, tendo em vista que essa proibição diz respeito aos contratos em vigor voltados ao fornecimento de mão de obra para a realização de atividade-fim, não alcançando aquelas contratações lícitamente admitidas, tal como consagrado na Súmula nº 331 do TST.

Nesse contexto, também não procede a alegação de afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, a pretexto de julgamento fora dos limites da lide.

À vista do exposto e ante a configuração inarredável da terceirização para a prestação de serviços que se identificam com a atividade-fim do banco agravante, nego provimento ao agravo de instrumento.

VALOR DA MULTA COMINADA

O Tribunal Regional fixou em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) o dano moral coletivo a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, adotando os seguintes parâmetros:

“II – DANO MORAL

Em relação à indenização do dano moral coletivo, hoje há entendimento pacífico acerca da possibilidade de se ressarcir o dano causado a valores extrapatrimoniais de que seja titular uma coletividade, seja ela indefinida ou não, tendo em vista o amparo legal estabelecido no art.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1º, inciso IV, da LACP. Do mesmo modo, e segundo a melhor doutrina, o dano moral coletivo independe, para a sua configuração, de prova do próprio dano, já que este decorre do fato em si – *damnum in re ipsa* –, bastando para tanto que a conduta antijurídica do agente seja grave o suficiente para atingir os valores morais de determinado grupo. No caso vertente, as reclamadas burlaram as normas legais trabalhistas, e levaram adiante uma terceirização ilícita de atividade-fim. Com tal conduta, atingiram valores caros a toda uma coletividade de trabalhadores que, ciente do real valor de seu trabalho, foi desprestigiada e subjulgada, em seus méritos e feitos, pelo interesse econômico das empresas reclamadas que, no intuito exclusivo de lucro, mitigaram direitos assentes na Lei (CLT) e na Constituição. De fato, o dano advindo da conduta ilícita das rês é imensurável, e digno de reprovação, motivo pelo qual fixo a indenização em R\$ 50.000,00 para cada uma das reclamadas, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, valor este que considero razoável e adequado para atender ao caráter pedagógico da reparação. É preciso que a cidadania resista às investidas dos que pretendem o maior lucro sem riscos e às custas de precarização dos contratos de trabalho, levando milhares de trabalhadores ao pântano da insegurança e marginalidade. De se louvar, portanto, o empenho do Ministério Público do Trabalho que, no desempenho de suas funções constitucionais, vem sabendo bem se utilizar do instituto da Ação Civil Pública como uma das formas de luta pelo respeito às leis e à dignidade da pessoa humana.

Dou provimento parcial.” (fls. 282/283)

Pugna, sucessivamente, o banco agravante pela redução do valor fixado ao dano moral coletivo, mediante a indicação de afronta aos arts. 186 do Código Civil, 461, *caput*, §§ 5º e 6º, do CPC, 5º, II, X e XXXV, e 150, IV, da CF/88 (fls. 15-18).

Igualmente, quanto ao tema, o recurso de revista não alça admissibilidade.

No caso concreto, o Tribunal Regional a partir da ponderação de valores entre a conduta lesiva dos reclamados e o dano perpetrado aos interesses individuais homogêneos dos empregados terceirizados, não incorreu em nenhum excesso na fixação do valor da indenização, a qual atende plenamente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não procede, nesse contexto, a alegação de afronta ao art. 186 do Código Civil, visto que plenamente identificados, na espécie, todos os elementos necessários à reparação do ato ilícito, ou seja: a culpa dos agentes caracterizada pela

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

intermediação e contratação ilícita de mão de obra, em flagrante contrariedade à Súmula nº 331 do TST, a perpetrar lesão à esfera jurídica dos empregados terceirizados, cuja mão de obra foi utilizada para o desempenho de atividades tipicamente bancárias, em flagrante desvirtuamento da finalidade das cooperativas de trabalho e da terceirização de mão de obra.

Impende ressaltar, por juridicamente relevante, que a primeira reclamada não está constituída na forma de cooperativa de trabalho, mas de empresa que tem por objeto social exclusivamente a intermediação de mão de obra, mostrando-se impertinente a alegação de afronta ao art. 442 da CLT.

Igualmente, não procede a alegação de que não foram observados os preceitos do art. 461, *caput*, e §§ 5º e 6º do CPC, visto que a se considerar a situação econômica do réu, ora agravante, infere-se que o Tribunal *a quo* objetivou, com o valor arbitrado (R\$ 50.000,00), conferir tão somente conteúdo pedagógico à indenização, ao passo que a fixação de *astreintes* no importe de R\$ 5.000,00, por dia de atraso, objetiva tão somente assegurar o resultado prático pretendido com a condenação em proibir o fornecimento de mão de obra terceirizada voltada à prestação de serviços na atividade-fim empresarial, de forma integral, inclusive com relação aos contratos em vigor.

Com esses fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 16 de fevereiro de 2011. *Walmir Oliveira da Costa*, relator.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A decisão recorrida está em conformidade com o item IV da Súmula nº 331/TST, verbete que não diz respeito à adequação constitucional do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, constitucionalidade de resto reconhecida pelo Pretório excelso, em decisão que remete ao exame casuístico, tendo em vista o dever indeclinável do ente contratante

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora do serviço. A responsabilidade supletiva da administração pública repousa neste dever de fiscalização. É a denominada culpa in vigilando, pela própria e incontroversa inadimplência das obrigações decorrentes do vínculo empregatício com o reclamante. Opõe-se, aqui, o óbice da Súmula nº 333/TST ao seguimento do recurso de revista do reclamado.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AIRR-91140-47.2008.5.03.0028 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-91140-47.2008.5.03.0028, em que é Agravante MUNICÍPIO DE BETIM e são Agravados FRANCISCO CASTILHO DOS SANTOS e QUALISERVIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

A MMª Presidência do e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do r. despacho à fl. 10, negou seguimento ao recurso de revista do reclamado, que versava sobre responsabilidade subsidiária, contra o qual é interposto agravo de instrumento (fls. 02-09).

Não foram aduzidas contraminuta e contrarrazões (certidão à fl. 79-v.).

O d. Ministério Público do Trabalho, por meio do parecer às fls. 82-83, opina pelo conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos referentes a tempestividade (fls. 02 e 11), representação (fl. 12) e formação (peças trasladadas e declaradas autênticas). Conheço.

O e. TRT assim decidiu:

“O segundo Reclamado insurge-se contra a sua responsabilização subsidiária pelo pagamento das verbas reconhecidas na v. sentença.

Nada a reparar.

Sendo incontroverso que o Reclamante prestou serviços em favor do segundo Reclamado, por intermédio da primeira Reclamada, é indubitável a responsabilidade do ente municipal pelo pagamento das parcelas devidas ao Autor.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A contratação de serviços por empresa interposta implica culpa do contratante, quando este deixa de proceder à fiscalização da execução do contrato, inclusive quanto ao pagamento dos encargos trabalhistas, tornando-se obrigado a reparar os danos causados pela contratada aos seus empregados.

Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula nº 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do efetivo empregador, implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Na presente hipótese, restou demonstrado o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da primeira Reclamada, efetiva empregadora, exsurgindo daí a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

Considerando que o Recorrente se beneficiou da força de trabalho do Reclamante, o princípio da proteção ao trabalhador e a teoria da responsabilidade subjetiva permitem responsabilizá-lo, subsidiariamente, pelo pagamento das verbas objeto da condenação, atraindo a incidência da Súmula nº 331 do TST.

Ademais, a justificativa da responsabilidade subsidiária na órbita trabalhista é a indiscutível índole tutelar do Direito do Trabalho. Registre-se, ainda, que a Súmula nº 331 do TST, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, teve por escopo buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça àquele que já foi beneficiário do trabalho prestado.

Dessa forma, independentemente de os serviços prestados pelo Autor serem essenciais ou não à atividade-fim do tomador, este deverá responder, subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas porventura não quitadas pela primeira Reclamada, a real empregadora, repita-se.

De outra face, a proibição de transferência à Administração Pública da responsabilidade pelos encargos trabalhistas contida no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não pode ser acolhida nesta Especializada. É que o referido dispositivo legal, embora vigente na ordem jurídica, não pode ser aqui aplicado, porquanto traduziria evidente afronta à ordem constitucional de valorização do trabalho.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A administração pública, direta ou indireta, não está a salvo da responsabilidade trabalhista subsidiária para com os empregados da empresa que os contratou, nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST. Um dos fundamentos dessa responsabilidade é a culpa *in eligendo*, sendo que o § 6º do art. 37 da Constituição obriga a administração pública direta ou indireta a reparar danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, consagrando a responsabilidade civil objetiva dos entes públicos.

Como a responsabilidade civil do Município é do tipo objetiva, ou seja, independente de culpa (art. 37, § 6º, da Constituição), incumbe ao administrador vigilância redobrada sobre os seus contratados, tanto no que se refere à execução dos serviços propriamente, quanto aos seus reflexos nocivos junto a terceiros.

Frise-se que eventual cumprimento de processo licitatório não exime o órgão público de fiscalizar a execução dos serviços contratados, sendo certo que a responsabilidade subsidiária caracteriza-se mesmo se o contrato ajustado entre os Reclamados obedeceu aos critérios legais e não for portador de vícios.

Não é demais lembrar que o particular responde pelos danos causados na escolha do prestador de serviços ou do empreiteiro e pela omissão na fiscalização e na vigilância quanto ao andamento dos serviços. Como a finalidade da Administração Pública está voltada para o bem comum, não há como isentá-la de culpa, colocando-a acima do particular, nesse aspecto.

Aliás, não se discute a legalidade do contrato celebrado entre os Réus e nem a da terceirização realizada. O que interessa é saber se houve intermediação de mão de obra e se o Recorrente, como tomador e beneficiário direto dos serviços, deve responder pelo cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela primeira Reclamada. Destarte, a responsabilidade subsidiária aplicada não ofende normas legais e constitucionais, mormente o disposto no art. 71, § 1º e *caput*, da Lei nº 8.666/93, já que a terceirização não pode dar fundamento à frustração dos direitos trabalhistas, a teor dos arts. 9º e 455 da CLT.

Pela mesma razão, a aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, não constitui nenhuma ilegalidade e não vulnera as regras constitucionais, não havendo se falar em inconstitucionalidade do referido entendimento jurisprudencial, porque, assim como as orientações jurisprudenciais e as

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

instruções normativas, as súmulas constituem a cristalização de jurisprudência predominante no Tribunal Superior do Trabalho e, seja como fonte formal heterônoma de direito, ou como técnica de interpretação e de integração do Direito, não se subsume às mesmas regras relacionadas com as leis no que tange à arguição da inconstitucionalidade.

Assim, o Recorrente é parte legítima passiva para figurar no polo passivo, participando da lide e, posteriormente, constando do título executivo, para responder subsidiariamente pelos créditos devidos ao Reclamante, em decorrência da chamada culpa *in contrahendo*, nas suas modalidades específicas *in eligendo* e *in vigilando*.

A hipótese da condenação subsidiária, como se viu, não se refere ao reconhecimento de relação empregatícia entre o Autor e o Recorrente, mesmo porque há óbice intransponível no art. 37, II, da Constituição, mas apenas da sua responsabilização subsidiária quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços, por força mesmo do disposto na Súmula nº 331, IV, do TST.

Nem se diga que o entendimento contido na Súmula nº 331 do TST viola o disposto na Súmula Vinculante de nº 10 do STF, uma vez que aquela foi consolidada pelo órgão pleno do Colendo TST.

Acrescente-se, desde já, que a interpretação e a aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, permitem que os devedores subsidiários sejam executados sem que antes sejam esgotados os meios de execução do devedor principal. É que a responsabilidade subsidiária, ao mesmo tempo em que situa o devedor em posição mais benéfica do que o responsável principal, impõe-lhe ônus para que assim permaneça.

Do contrário, estar-se-ia transferindo para o hipossuficiente, ou para o Juízo da execução o ônus de localizar os bens particulares do devedor principal, providência muitas vezes infrutífera, que acarretaria procrastinação desnecessária da satisfação do crédito de natureza alimentar do Autor.

Releva salientar que o Recorrente, caso venha arcar com a obrigação, terá o direito de regresso contra a empregadora principal.

Por fim, registre-se que à hipótese não se aplica o entendimento contido na Súmula nº 363 do Colendo TST, uma vez que o Autor, efetivo empregado da primeira Reclamada, não pretende ver declarada a nulidade da contratação em face do ente público.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ante o exposto, nego provimento.” (fls. 65-68)

O recurso de revista do reclamado teve seu trânsito negado nestes termos:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LEI Nº 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE.

Constata-se que a parte recorrente, em seus temas e desdobramentos, não conseguiu demonstrar divergência jurisprudencial válida e específica, muito menos a violação de qualquer dispositivo de lei federal e/ou da Constituição da República, como exige o art. 896, alíneas *a* e *c*, da Consolidação das Leis do Trabalho.” (fl. 10)

Alega o reclamado que a Administração Pública somente pode contratar mediante licitação, conforme determina o art. 37, XXI, da CF, não havendo que se cogitar de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Argumenta que não é empregador dos que lhe prestam serviços nesta situação, pois a única forma de admissão no serviço público é a aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, I e II, da CF, com a ressalva do art. 19, § 2º, do ADCT.

Vejamos.

Quanto à atribuição de responsabilidade subsidiária, verifica-se que o v. acórdão recorrido foi proferido em conformidade com o item IV da Súmula nº 331/TST.

O art. 71 da Lei nº 8.666/93 visa a exonerar a administração pública da responsabilidade principal ou primária, atribuída ao contratado, afastando a possibilidade de vinculação de emprego em desacordo com o art. 37 da Lei Maior. Não a exime, contudo, da responsabilidade subsidiária. O referido dispositivo legal, em verdade, ao isentar a administração pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, levou em conta a situação de normalidade e regularidade de procedimento do contratado e do próprio órgão público contratante.

O próprio c. STF, em recente julgamento, ao proclamar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, deixou evidente que, embora não se possa generalizar os casos, o TST investigará a causa da inadimplência com vista à omissão de fiscalização pelo órgão público contratante (notícia c/www.stf.jus.br/portal/geral).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim sendo, posterior inadimplemento do contratado deve conduzir à responsabilidade subsidiária da contratante, em decorrência mesmo de culpa *in vigilando*.

Admitir-se o contrário – como enfatiza decisão do Pleno desta Corte, por conduto de voto do eminente Ministro Moura França – “seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a administração pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica (...)” (IUI-RR-297751/96, Tribunal Pleno, Rel. Min. Milton de Moura França, DEJT de 20.10.2000).

A decisão foi proferida em conformidade com a jurisprudência pacificada nesta Corte, a respeito da responsabilidade dos Entes da Administração Pública, consubstanciada no item IV da Súmula nº 331, *verbis*:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Tal verbete não diz respeito à adequação constitucional do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, constitucionalidade de resto reconhecida pelo Pretório excelso, em decisão que remete ao exame casuístico, tendo em vista o dever indeclinável do ente contratante de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora do serviço.

A responsabilidade supletiva da administração pública repousa neste dever de fiscalização. É a denominada culpa *in vigilando*, pela própria e incontroversa inadimplência das obrigações decorrentes do vínculo empregatício com o reclamante.

Reconhecida a culpa *in vigilando* do agravante, merece ser mantido o r. despacho agravado, por óbice da Súmula nº 333/TST.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Isto posto,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Acordam os ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 02 de março de 2011. *Horácio Senna Pires*, relator.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA PELO STF NOS AUTOS DA ADC Nº 16.

1 – O STF, na decisão de mérito proferida nos autos da ADC nº 16, concluiu que é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o qual afasta a responsabilidade do ente público, tomador de serviços, pelo pagamento dos créditos trabalhistas do empregado da empresa prestadora de serviços, ressalvando, contudo, a competência do TST para, em cada caso concreto, conforme as provas e as circunstâncias, aferir se o administrador, efetivamente, deixou de fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho (*culpa in vigilando*), podendo, nesse contexto específico, esta Corte Superior reconhecer a responsabilidade subsidiária com base em outras normas de direito. Em síntese, o STF não vedou a aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, que poderá ser aplicada, a depender de cada caso examinado.

2 – Nestes autos, o TRT afastou a *culpa in vigilando* não porque o ente público, tomador de serviços, tenha fiscalizado o cumprimento do contrato de trabalho pela prestadora de serviços. Ao contrário, partindo do fato incontroverso de que não houve a fiscalização (circunstância probatória específica da causa), a Corte regional tentou então justificá-la sob os seguintes enfoques de direito: a) não haveria previsão legal que obrigasse o ente público a fazer a fiscalização; b) “o ente público, alheio às circunstâncias do vínculo empregatício, sem saber o que é devido e o que foi pago, vem ao Juízo com os parcos recursos probatórios”.

3 – A própria teoria da *culpa in vigilando*, adotada pela jurisprudência do STF e do TST, afasta o entendimento de que o ente público não estaria obrigado a fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho pela prestadora de serviços. Por outro lado, quando o ente público é alheio às circunstâncias do vínculo empregatício, nem sequer sabe o que é devido ao trabalhador, tem-se, aí, a típica falta de fiscalização, a ensejar o reconhecimento da *culpa in vigilando*.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

4 – Assim, no caso sob exame, pode e deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do ente público, com base na Súmula nº 331, IV, do TST.

5 – Recurso de revista a que se dá provimento.

(Processo nº TSLT- RR-218200-90.2009.5.12.0036 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-218200-90.2009.5.12.0036, em que é Recorrente FERNANDO CORREA e são Recorridas COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO – CASAN e SELLETA SERVIÇOS LTDA.

O Tribunal Regional do Trabalho, mediante acórdão a fls. 290/299, deu provimento ao recurso ordinário da segunda reclamada, CASAN, para excluir da condenação a sua responsabilidade subsidiária.

O reclamante interpôs recurso de revista, a fls. 302/308, com fulcro no art. 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade a fls. 310/312.

Contrarrazões a fls. 316/329.

Sem manifestação do Ministério Público do Trabalho, por força do art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

1.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA PELO STF NOS AUTOS DA ADC Nº 16

O TRT, a fls. 294/300, proferiu a seguinte decisão quanto ao tema:

“O litígio é originário da descentralização administrativa promovida por meio da terceirização de serviços pela 2ª ré, procedimento válido consoante o ordenamento jurídico.

Trata-se a 2ª ré (CASAN) de uma sociedade empresária criada com recursos públicos, em que figura como sócio majoritário o Estado de Santa Catarina (63,57% do total de ações), sendo os demais sócios:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

SC Parcerias, Celesc e Codesc, com 18,35%, 15,76% e 2,32% do total das ações respectivamente.

É incontroverso o benefício da 2ª ré decorrente do trabalho executado pelo autor, empregado da sociedade empresária escolhida por licitação (tomada de preços – fl. 126).

No estudo do procedimento licitatório necessário à celebração de contratos com a Administração Pública Direta e Indireta, inevitável a leitura do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do *art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. (grifei)

Não obstante tenha adotado a posição de aplicar o citado artigo à luz do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, responsabilizando subsidiariamente a Administração pelos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados, a análise das numerosas ações similares submetidas a julgamento e o debate contínuo sobre esse tema tão complexo, levaram-me a novas reflexões e à reformulação do meu entendimento, como adiante será exposto.

Vejamos.

Efetivamente, nenhum direito do obreiro foi violado pela Administração. Por certo ela se beneficiou da força, da destreza e do tempo do trabalhador, mas, em contrapartida, despendeu recursos para remunerar o seu empregador, conforme o contrato. Logo, não há ação ilícita capaz de dar ensejo à responsabilidade da segunda ré.

E igual sorte está reservada à tese da omissão da recorrente.

Ao contrário da esfera particular, em que se permite fazer tudo o que a lei não veda, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Agindo de outra forma, o gestor se expõe ao risco de o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

seu ato ser declarado inválido, e ser punido no âmbito disciplinar, penal e civil, conforme a situação.

O ordenamento não prevê o controle, pelo agente público, do modo como os funcionários terceirizados são comandados e remunerados pela sociedade prestadora de serviços, porquanto o risco do empreendimento é do licitante, devendo o Administrador se ater ao perfeito cumprimento do objeto do contrato. Por isso, diante da inexistência de conduta prevista em lei, não há falar em omissão do gestor, nem sequer em culpa in vigilando.

Por outro norte, a hipótese de culpa *in eligendo* também se encontra afastada.

Os limites constitucionais à atuação do Poder Público, nos atos de contratação de ‘obras, serviços e compras’, são muito claramente discriminados no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Determina o constituinte que nos processos de licitação pública se 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*’ (sem grifos no original). O ato administrativo, portanto, é constitucionalmente vinculado no seu escopo, não podendo o administrador avançar os balizamentos postos, sob pena de ofensa à própria Constituição Federal.

É evidente o caráter prévio das qualificações técnicas e econômicas, como condição de habilitação ao concurso licitatório. Vencida essa etapa e proclamado o vencedor, a Administração está vinculada à contratação do participante melhor qualificado sob os dois aspectos. Além disso, é expressa a Carta Constitucional sobre os objetivos da qualificação: o cumprimento das obrigações pelo contratado. Naturalmente, em relação ao objeto licitado. Não se pode, pela via interpretativa, alargar os poderes do administrador para exigir dos licitantes mais do que a Constituição determinou.

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) destinou-se à regulamentação desse dispositivo constitucional. O art. 3º estabelece que, para garantir a eficiência e a impessoalidade na contratação, será selecionada a proposta mais vantajosa, por julgamento objetivo, após serem convocados os interessados por edital, sendo vedada a cláusula, ou condição, que

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

comprometa, restrinja, ou frustre, o caráter competitivo da licitação, ou estabeleça tratamento diferenciado de natureza trabalhista entre empresas brasileiras e estrangeiras. Em vista disso, constata-se que o formalismo impera e os atos inerentes ao procedimento licitatório são totalmente vinculados e desprovidos de discricionariedade. Portanto, incabível arguir a culpa do Administrador, se ele não escolhe livremente com quem contrata.

Em síntese, inexistente nexos de causalidade entre o comportamento do Administrador e a lesão ao direito do trabalhador, motivo suficiente para eliminar da condenação a responsabilidade subsidiária da recorrente.

Entretanto, dois outros pontos merecem ser destacados: o desvio dos recursos públicos dos objetivos da coletividade para arcar com os encargos trabalhistas da empregadora insolvente, fato rotineiro, e a impertinência da aplicação do art. 37, inciso, § 6º – responsabilidade objetiva – à espécie.

Da análise de processos semelhantes, percebo haver um padrão nos litígios. De regra, a parte autora formula os seus pedidos na expectativa de ver declarada a revelia do oponente; a empregadora, em geral insolvente, mesmo chamada a se defender, ignora a lide; *o ente público, alheio às circunstâncias do vínculo empregatício, sem saber o que é devido e o que foi pago, vem ao Juízo com os poucos recursos probatórios*. No pior cenário, o da revelia, a defesa da Administração cai por terra, resultando em um prejuízo sem controle do erário. Acrescento a esse panorama a figura do Julgador obrigado a decidir a lide sem elementos concretos para formar a sua convicção.

Apliquei, em situações idênticas, e na esteira de ampla corrente jurisprudencial, o instituto constitucional do § 6º do art. 37 – a responsabilidade objetiva – para manter, no polo passivo, na condição de responsável solidário, o Ente público contratante. Entendimento, aliás, consubstanciado na Súmula nº 331 do C. TST.

Diz o aludido parágrafo:

‘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 (...)’

Convenço-me, agora, da impertinência dessa interpretação. Os contratados – aqui os responsáveis pela obrigação – não estão, como requer o aludido § 6º, prestando serviços públicos, nem seus agentes ou prepostos atuando nessa qualidade.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por fim, registro, sem perder a noção do princípio da proteção do trabalhador que decerto influenciou a edição da Súmula nº 331 do TST, não ser possível atropelar a norma instituída pelo Poder Legislativo (art. 71 da Lei nº 8.666/93) sem o risco de ferir o princípio da separação de poderes consagrado no art. 2º da Constituição da República.” (fls. 293/299)

O reclamante insurge-se contra essa decisão, a fls. 303/308, invocando o item IV da Súmula nº 331 do TST. Diz que a CASAN, na condição de tomadora de serviços, em razão da terceirização, deve responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas contraídos pelo empregador direto. Transcreve arestos para cotejo de teses.

À análise.

O STF, na decisão de mérito proferida nos autos da ADC nº 16, na sessão do dia 24.11.2010, certidão de julgamento publicada em 03.12.2010 (DJE) e 06.12.2010 (DJE e DOU), acórdão pendente de publicação, concluiu que é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o qual afasta a responsabilidade do ente público, tomador de serviços, pelo pagamento dos créditos trabalhistas do empregado da empresa prestadora de serviços, *ressalvando, contudo, a competência do TST para, em cada caso concreto, conforme as provas e as circunstâncias, aferir se o administrador, efetivamente, deixou de fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho (culpa in vigilando), podendo, nesse contexto específico, esta Corte Superior reconhecer a responsabilidade subsidiária com base em outras normas de direito*. Em síntese, o STF não vedou a aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, que poderá ser aplicada, a depender de cada caso examinado.

Transcreve-se a seguinte notícia publicada no *link* Notícias do STF, de 24.11.2010:

“Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, nesta quarta-feira (24), a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (Súmula) 331 do Tribunal Superior do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no § 1º do mencionado art. 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

(...)

Mas, segundo o presidente do STF, isso ‘não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa’. ‘O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público’, observou ele, em outra intervenção. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade.

(...)

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no art. 37, § 6º da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

(...)

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do art. 71 e seu parágrafo único, e *houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.*”

Nestes autos, o TRT afastou a culpa *in vigilando* não porque o ente público, tomador de serviços, tenha fiscalizado o cumprimento do contrato de trabalho pela prestadora de serviços. Ao contrário, partindo do fato incontroverso de que não houve a fiscalização (circunstância probatória específica da causa), a Corte regional tentou então justificá-la sob os seguintes enfoques de direito: a) não haveria previsão legal que obrigasse o ente público a fazer a fiscalização; b) “o ente público, alheio às circunstâncias do vínculo empregatício, sem saber o que é devido e o que foi pago, vem ao Juízo com os poucos recursos probatórios”.

A própria teoria da culpa *in vigilando*, adotada pela jurisprudência do STF e do TST, afasta o entendimento de que o ente público não estaria obrigado a fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho pela prestadora

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de serviços. Por outro lado, quando o ente público é alheio às circunstâncias do vínculo empregatício, nem sequer sabe o que é devido ao trabalhador, tem-se, aí, a típica falta de fiscalização, a ensejar o reconhecimento da *culpa in vigilando*.

Assim, no caso sob exame, pode e deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do ente público, com base na Súmula nº 331, IV, do TST, segundo a qual “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Diante do exposto, conheço do recurso, por contrariedade ao item IV da Súmula nº 331 do TST.

2 – MÉRITO

2.1 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA PELO STF NOS AUTOS DA ADC Nº 16

Em face do conhecimento do recurso de revista por contrariedade ao item VI da Súmula nº 331 desta Corte, seu provimento é medida que se impõe.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista do reclamante para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN.

Isto posto,

Acordam os ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por contrariedade ao item IV da Súmula nº 331 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN.

Brasília, 02 de fevereiro de 2011. *Kátia Magalhães Arruda*, relatora.

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.
INADIMPLEMENTO E INIDONEIDADE DA
PRESTADORA DE SERVIÇOS**

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TST. INADIMPLEMENTO E INIDONEIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. CULPA IN VIGILANDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

A jurisprudência desta Corte reconhece a responsabilidade da Administração Pública, na condição de tomadora dos serviços, por culpa in vigilando, decorrente da inidoneidade da prestadora de serviços para quitar os haveres trabalhistas de seus empregados. O Tribunal Pleno, no acórdão proferido por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, que teve como Relator o Exmo. Ministro Milton de Moura França, e que resultou na alteração promovida pela Resolução nº 96/00, na redação original do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior do Trabalho, firmou entendimento de que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 somente é aplicável quando a Administração Pública se pautar “nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente”, não podendo deixar de se imputar a ela a responsabilidade subsidiária quando seu comportamento for omissivo ou irregular na fiscalização da empresa contratada. O poder/dever de fiscalização da Administração Pública acarreta, inclusive, a obrigação de retenção de valores por ela devidos à fornecedora dos trabalhadores terceirizados, até que se demonstre o integral cumprimento de suas obrigações, mormente no que se refere ao pagamento de verbas devidas aos seus empregados, que, por seu intermédio, prestam serviços ao ente público. A Administração Pública, na condição de contratante, tem o dever de verificar se sua contratada está ou não cumprindo todas as suas obrigações decorrentes do contrato administrativo com ela celebrado, não podendo repassar, à empresa fornecedora da mão de obra terceirizada, as parcelas ajustadas no respectivo contrato, sem a demonstração da quitação das obrigações contratuais assumidas por esta perante terceiros. Daí se conclui que a culpa in vigilando da Administração Pública está suficientemente demonstrada pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada, razão pela qual aquela continua sendo subsidiariamente responsável pelos créditos trabalhistas e previdenciários do reclamante terceirizado. É exatamente esse o fundamento da Súmula nº 331, item IV, do TST, unanimemente ratificada pelo Tribunal Pleno no citado

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

incidente de uniformização, mesmo na vigência e a despeito do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, nela, aliás, expressamente referido e considerado. Nesse sentido, a decisão regional pela qual se condenou subsidiariamente a Administração Pública ao pagamento das obrigações trabalhistas não adimplidas pela prestadora relativas aos trabalhadores que lhe prestaram serviços na condição de terceirizados, invocando o item IV da Súmula nº 331 do TST, equivale ao reconhecimento da presença da referida culpa in vigilando no caso concreto (matéria insuscetível de reexame nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte). Assim, esse entendimento é perfeitamente compatível com a recente decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, em 24.11.2010, no julgamento da ADC nº 16, declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e reconheceu que esse fato não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado exclua a sua responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato resultante da licitação. A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que essa se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento dessas obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratada para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho assegurados exatamente pela Norma Fundamental de 1988.

Agravo de instrumento desprovido.

(Processo nº TST-AIRR-14940-70.2009.5.11.0018 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-14940-70.2009.5.11.0018, em que é Agravante MUNICÍPIO DE MANAUS e são Agravadas VALDIZA ALMEIDA DA SILVA e COOPERATIVA DE TRABALHO E SERVIÇOS EM GERAL LTDA. – COOTRASG.

O Município de Manaus interpõe agravo de instrumento ao despacho de fls. 91 e 92, mediante o qual foi denegado seguimento ao seu recurso de revista, ao fundamento de que a decisão regional está em consonância com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho consubstanciado na Súmula nº 331, item IV, do TST e por não vislumbrar violação dos dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados, conforme o art. 896, alínea *c*, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em sua minuta de agravo, às fls. 02-09, sustenta, em síntese, que o despacho denegatório merece ser reformado, porquanto preenchidos se encontram os requisitos legais exigidos para o regular processamento do seu apelo revisional.

Contraminuta e contrarrazões não foram apresentadas.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer de fls. 104 e 105, oficia pelo conhecimento e não provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 11^a Região, por meio do acórdão de fls. 73-78, negou provimento ao recurso ordinário do Município de Manaus, por entender que o ente público é responsável subsidiário pelo pagamento das verbas trabalhistas a que a obreira teria direito.

A decisão do Tribunal *a quo*, na fração de interesse, está fundamentada nos seguintes termos:

“DE MERITIS

Não se diga, nem alegue com o art. 37, II, da CF, para aplicação à hipótese, eis que não se está reconhecendo contrato de trabalho entre a reclamante e o Município recorrente, apenas sua responsabilidade subsidiária. Também inaplicável ao caso o inciso II, da mesma Súmula nº 331/TST, pois não se trata de contratação interposta, e sim de prestação terceirizada de serviços. Para concluir, não há inconstitucionalidade na Súmula nº 331/TST. A colenda Corte não se arvora na arte de legislar, apenas o seu mister que é o de interpretar as Leis, consolidando um reiterado entendimento num enunciado jurisprudencial.

Consequentemente, sendo nula a contratação de servidor público sem o devido concurso, não há como se reconhecer o vínculo de emprego entre a demandante e o Município. Todavia, como tomador dos serviços disponibilizados de forma terceirizada pela reclamada principal, é responsável subsidiariamente pelos direitos deferidos, aplicando-se ao caso a Súmula nº 331, IV, do Colendo TST.” (fls. 77 e 78).

O Município, em suas razões de revista, às fls. 80-89, sustentou, em síntese, a incompetência da Justiça do Trabalho e alegou a sua ilegitimidade passiva *ad causam* ao argumento de que a reclamante jamais foi sua empregada. Aduziu que a obreira estava vinculada à Cooperativa de Trabalho e Serviços

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

em Geral Ltda. – COOTRASG, na condição de cooperada, e que, portanto, não há falar em vínculo empregatício entre a reclamante e o Município, nos termos do parágrafo único do art. 442 da CLT.

Destacou, ainda, que o entendimento contido na Súmula nº 331, item IV, do TST não se aplica aos entes da Administração Pública, em face do disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Por fim, requereu a aplicação da Súmula nº 363 do TST caso não sejam acolhidas as alegações expendidas.

Apontou, portanto, ofensa aos arts. 114 da Constituição Federal; 442 da CLT; 3º do CPC; 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e 90 da Lei nº 5.764/71. Colacionou, ainda, arestos oriundos de Turma do TST para o confronto de teses.

Denegado seguimento ao recurso de revista, o reclamado interpõe este agravo de instrumento, no qual, em síntese, renova os argumentos expendidos em seu apelo revisional apenas quanto ao tema “Responsabilidade Subsidiária”. Argumenta que o Juízo *a quo*, ao denegar seguimento ao seu recurso de revista, analisou o mérito recursal invadindo a competência do Tribunal Superior do Trabalho. Aponta como violados os arts. 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal e 71 da Lei nº 8.666/93. Indica arestos para confronto de teses.

O agravante deixou de impugnar, em sua minuta, o trancamento do recurso pelo prisma da incompetência da Justiça do Trabalho e da ilegitimidade passiva *ad causam*, de modo que esses temas, ante a renúncia tácita do direito de recorrer, não serão analisados nesta decisão (princípio da delimitação recursal).

Salienta-se que não se vislumbra nenhuma possibilidade de vício no despacho ora agravado, pois o ordenamento jurídico vigente confere ao Presidente do Tribunal prolator da decisão recorrida a incumbência de exercer o primeiro Juízo de admissibilidade do recurso de revista interposto, sendo suficiente, para tanto, que aponte os fundamentos que o levaram a admitir ou a denegar seguimento ao apelo (art. 896, § 1º, da CLT).

Esclarece-se, ainda, que o agravo de instrumento tem por finalidade exatamente viabilizar o reexame dos fundamentos do despacho denegatório de seguimento ao recurso, de modo que afaste eventual equívoco nele perpetrado, com vistas a possibilitar, se for o caso, o processamento do apelo trancado.

Registra-se que a alegada violação do art. 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal é inovatória, porquanto mencionada apenas na minuta de agravo de instrumento, não tendo feito parte do arrazoado da revista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a jurisprudência desta Corte preceitua entendimento de que se deve reconhecer a sua responsabilidade, na condição de tomadora dos serviços, por culpa *in vigilando* decorrente da ausência de idoneidade da prestadora de serviços para quitar os haveres trabalhistas de seus empregados.

Observa-se que, por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, o Tribunal Pleno desta Corte chancelou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 331, item IV, que passou a fazer referência expressa ao art. 71, *caput*, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

O Tribunal Pleno, no acórdão proferido por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, que teve como Relator o Exmo. Ministro Milton de Moura França e que resultou na alteração promovida pela Resolução nº 96/00 na redação original do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior do Trabalho, firmou entendimento de que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 somente é aplicável quando a Administração Pública se pautar “nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente”, não podendo deixar de se imputar a ela a responsabilidade subsidiária quando seu comportamento foi omissivo ou irregular na fiscalização da empresa contratada, conforme fundamentos expendidos na seguinte ementa:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o art. 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica”.

Do exposto, verifica-se que o entendimento consagrado na Sessão do Tribunal Pleno de 11.09.2000, interpretando o teor do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não excluiu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos de trabalhador terceirizado quando essa não fiscaliza o cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada.

Cabe destacar o teor do art. 71º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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

1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

A redação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 pode, se tanto, levar à conclusão de que a perfeita observância dessa Lei de Licitações pelo ente público tomador dos serviços poderia respaldar a tese de que esse não teria agido com culpa *in eligendo*. Porém, essa inferência de nada serve para afastar a possibilidade de que, caso constatado que a fornecedora de mão de obra terceirizada descumpriu suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados, seja considerada a ocorrência da omissão do ente contratante em fiscalizar, em todo o período da prestação de serviços, o completo cumprimento, a tempo e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a modo, da legislação laboral, ou seja, que se tenha por comprovada a culpa *in vigilando* da Administração contratante.

Portanto, a observância, pela Administração Pública, de regular processo licitatório para a escolha da prestadora de serviços pode até ser considerada suficiente para, em princípio, afastar-se a existência de sua culpa *in eligendo*, mas não sua culpa *in vigilando*, pois cumpre àquela a fiscalização da execução do contrato celebrado com a contratada para verificar se esta está cumprindo todas as suas obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas aos empregados por ela fornecidos.

O poder/dever da Administração Pública de fiscalização acarreta, inclusive, a obrigação de retenção de valores por ela devidos à fornecedora daqueles trabalhadores terceirizados até que esta demonstre o integral cumprimento de suas obrigações, mormente no que se refere ao pagamento de verbas devidas aos seus empregados que, por seu intermédio, prestam serviços ao ente público.

A ausência de fiscalização é clara nos numerosos e recorrentes casos que diariamente chegam à apreciação e ao julgamento desta Justiça do Trabalho, em que os mais elementares direitos trabalhistas deixam de ser satisfeitos pelas empresas fornecedoras da mão de obra terceirizada pelo Poder Público sem que o patrimônio dessas seja suficiente para a satisfação das correspondentes execuções trabalhistas.

A Administração Pública, na condição de contratante, tem o automático e o irrecusável dever de verificar, periodicamente, se sua contratada está ou não cumprindo todas as suas obrigações decorrentes do contrato administrativo com ela celebrado, não podendo repassar à empresa fornecedora da mão de obra terceirizada as parcelas ajustadas no respectivo contrato sem a demonstração da quitação das obrigações contratuais assumidas por esta perante terceiros. É exatamente esse o fundamento da Súmula nº 331, item IV, do TST, unanimemente ratificada pelo Tribunal Pleno no citado incidente de uniformização, mesmo na vigência e a despeito do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, nele, aliás, expressamente referido.

A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que essa se omitiu no seu dever de fiscalizar o adimplemento dessas obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratada, os direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados a todos os trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho assegurados exatamente pela Norma Fundamental de 1988.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, a inidoneidade da prestadora para o pagamento das verbas devidas aos seus empregados equivale à demonstração da culpa *in vigilando* da Administração Pública em cada caso concreto e, por isso, não se pode, pura e simplesmente, isentá-la da responsabilidade subsidiária pelos créditos do trabalhador terceirizado.

Portanto, tendo sido constatada, neste caso concreto, a existência de culpa *in vigilando* da Administração Pública, não há falar em ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, bem como em sua não aplicação.

Esclarece-se, também, que o Tribunal Pleno não declarou a inconstitucionalidade do citado dispositivo, mas apenas o interpretou nos moldes citados, atribuindo responsabilidade subsidiária à Administração Pública sempre que se verificar, no caso concreto, sua culpa *in vigilando*, em face da irregularidade na fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços.

Dessa forma, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno pela qual se alterou a redação da Súmula nº 331, item IV, do TST para fazer expressa menção ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não contraria a recente decisão proferida pelo Pleno do excelso Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADC nº 16, de 24.11.2010, que declarou constitucional o citado dispositivo.

Com efeito, a decisão regional pela qual, como neste feito, se condenou a Administração Pública a responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela real empregadora relativas aos trabalhadores que lhe prestaram serviços na condição de terceirizados, invocando o item IV da Súmula nº 331 do TST, equivale, necessariamente, ao reconhecimento da presença da referida culpa *in vigilando* no caso concreto (matéria insuscetível de reexame nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte).

Assim, esse entendimento é perfeitamente compatível com a decisão proferida em 24.11.2010 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em que, no julgamento da ADC nº 16, declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e reconheceu que isso não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado exclua a sua responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato resultante da licitação.

Por fim, destaca-se que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, na sessão de 03.02.2011, nos julgamentos dos Processos ns. E-RR-27100-54.2007.15.0126 e Ag-E-RR-6700-51.2009.5.06.0012, da relatoria dos Exmos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ministros Horácio Senna Pires e Aloysio Corrêa da Veiga, respectivamente, manteve a condenação de ente público à responsabilidade subsidiária pelos créditos de trabalhador terceirizado, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 16, que declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e concluiu pela sua observância também nesta esfera trabalhista, mas que, repita-se, também admitiu que os entes públicos não serão excluídos da responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas das fornecedoras de trabalhadores terceirizados por eles contratadas, em todos os casos concretos em que se verificar terem agido com culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, como ocorreu neste feito.

Fica, assim, afastada a apontada ofensa ao § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, haja vista que a construção jurisprudencial que deu origem ao referido verbete sumular resultou do estudo da legislação pertinente à matéria.

Considerando o entendimento desta Corte quanto à matéria em referência, mostram-se superados os arestos passíveis de confronto, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST.

Dessa forma, ante os fundamentos expendidos, deve ser mantida a decisão agravada, razão pela qual nego provimento ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 23 de fevereiro de 2011. *José Roberto Freire Pimenta*, relator.

RESPONSABILIZAÇÃO TRABALHISTA DE ENTES ESTATAIS TERCEIRIZANTES

RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. Inviável a análise de preliminar que diz respeito ao mérito da demanda. Recurso não conhecido. 2. RESPONSABILIZAÇÃO TRABALHISTA DE ENTES ESTATAIS TERCEIRIZANTES. SÚMULA Nº 331, IV/TST. A mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/STF. Entretanto, a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa in vigilando, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil). Evidenciando-se essa culpa in vigilando nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CCB/1916 e arts. 186 e 927, caput, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Recurso não conhecido. 3. DESCONTOS FISCAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. OJ 363/SBDI-1/TST. A interpretação jurisprudencial do TST assentou-se no sentido de que a “responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exige a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte”. Inteligência da OJ 363/SBDI-1/TST. Recurso conhecido e provido no aspecto. 4. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE N° 4/STF. Embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante n° 4/STF de ser o salário mínimo utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT. É que, não obstante o reconhecimento de sua incompatibilidade com o texto constitucional (art. 7º, IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial – segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou negociação coletiva dispondo acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade – a teor da Súmula Vinculante n° 4/STF.

Recurso conhecido e provido no aspecto.

(Processo n° TST-RR-91400-91.2005.5.17.0141 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° TST-RR-91400-91.2005.5.17.0141, em que é Recorrente MUNICÍPIO DE BAIXO GUANDU e são Recorridos ANTÔNIO MATEUS e SÃO CAMILO CONSTRUÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O TRT da 17ª Região deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo Município-Reclamado (fls. 149-152 e 176-178).

Inconformado, o Município-Reclamado interpõe o presente recurso de revista (fls. 181-198).

A Presidência do TRT da 17ª Região admitiu o apelo, quanto ao tema “descontos fiscais”, por possível divergência jurisprudencial (fls. 200-201).

Não foram contrarrazões ao recurso de revista, tendo o Ministério Público do Trabalho opinado no sentido do provimento parcial do apelo (fls. 208-210).

É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos gerais do recurso, passo à análise dos específicos.

1) PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

O Tribunal Regional destacou ser o Município o tomador dos serviços prestados pelo Reclamante, sendo, portanto, beneficiado pelo trabalho por este prestado, concluindo pela legitimidade do Reclamado para constar no polo passivo da presente demanda.

No recurso de revista, o Município-Reclamado argui que contratou a primeira Reclamada para a execução de serviços de limpeza e conservação e que não mantém qualquer vínculo com o Reclamante. Aponta violação do art. 71, *caput*, e § 1º da Lei nº 8.666/93.

Sem razão.

A preliminar ora apresentada diz respeito ao próprio mérito da demanda, ou seja, sobre a responsabilidade do Município Reclamado pelo pagamento dos direitos trabalhistas postulados.

Assim, rejeita-se a preliminar.

NÃO CONHEÇO.

2) RESPONSABILIZAÇÃO TRABALHISTA DE ENTES ESTATAIS
TERCEIRIZANTES. SÚMULA Nº 331, IV/TST

O Eg. Tribunal Regional firmou a responsabilidade subsidiária do Município Reclamado no seguinte entendimento:

“Nego provimento, pois já não se pode cogitar do Estado que não responde por seus atos ilícitos ou pelo enriquecimento indevido, nos termos da Súmula nº 331, IV, do c. TST.

O § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 apenas se refere à responsabilidade primária, ou seja, enquanto devedor o ente público não responde solidariamente, mas enquanto pessoa jurídica que auferir proveito do trabalho alheio deve responder subsidiariamente, até ante a teoria do risco administrativo no que tange à escolha e fiscalização dos deveres trabalhistas da prestadora de serviços contratada.

De todo modo, *a escolha e fiscalização inadequadas* caracterizam-se, como ato ilícito (negligência e imprudência), sendo certo que o ente público não pode enriquecer indevidamente tirando proveito do trabalho do reclamante.” (fls. 150-151 – g.n.).

O Município-Reclamado, nas razões do recurso de revista, aduz que não se lhe aplica a responsabilidade subsidiária de que trata a Súmula nº 331, IV/TST, ante a previsão legal e imunizante contida no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que aponta violado. Aponta divergência jurisprudencial.

Sem razão o Município Reclamado.

O Tribunal Regional imputou ao Reclamado a culpa *in vigilando* decorrentes da falta de fiscalização da entidade pública, relativamente ao pagamento dos haveres trabalhistas devidos ao Reclamante (art. 67 da Lei de Licitações).

A decisão oriunda do Tribunal Regional encontra-se, assim, consonante com o entendimento sufragado pela Súmula nº 331, IV/TST, que, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça indevidamente aquele que já foi beneficiário do trabalho do Reclamante. Realiza, ainda, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, *caput*, *ab initio*, e I, da CF, não ferindo, por isso, em nenhum momento, a ordem jurídica vigente.

A submissão das contratações ao regime de licitação pode torná-las regulares e eficazes à luz da Administração Pública, mas não atende e não satisfaz às necessidades dos empregados terceirizados e às exigências do Direito do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Trabalho para proteção ao hipossuficiente, tampouco elimina a possibilidade de culpa do Reclamado pela escolha de empresa inidônea, acarretando a responsabilidade civil da contratante. Não se questiona a licitude do contrato de prestação de serviços, porém, inadimplindo a contratada as obrigações trabalhistas, deve responder o Reclamado pelos créditos pendentes dos trabalhadores que lhe serviram.

Pelo exposto, não há se falar ofensa ao art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Em síntese: a mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/STF. Entretanto, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa *in vigilando*, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil). Evidenciando-se essa culpa *in vigilando* nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CCB/1916 e arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência.

Quanto à alegada divergência jurisprudencial, o único julgado colacionado não cita a fonte oficial ou repertório autorizado em que foi publicado, estando em desacordo com a Súmula nº 337/TST.

NÃO CONHEÇO.

3) DESCONSTOS FISCAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. OJ 363/SBDI-1/TST

O Eg. Tribunal Regional assim se pronunciou a respeito da matéria:

“O Tribunal adotou aqui o entendimento do Exmo. Juiz Revisor, *in verbis*:

‘Não tendo efetuado aqui o pagamento ao Reclamante das parcelas reconhecidas nesta ação nas épocas próprias, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto de renda por acaso devido, incidentes sobre as parcelas sobre as quais se exige contribuição, *será de responsabilidade da Reclamada*, caso o valor apurado nas épocas próprias não estivesse

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sujeito ao pagamento de imposto ou sofresse incidência de alíquota menor, vez que sua negligência obriga à reparação do dano eventualmente causado, na forma do art. 159 do vestuto Código Civil e arts. 186, 187 e 927, parágrafo único, do novel Código Civil” (fl. 152 – g.n.).

Nas razões do recurso de revista, o Município Reclamado sustenta que o Reclamante é responsável pelo recolhimento de sua quota parte em relação aos descontos fiscais. Lastreia o apelo em violação dos arts. 46 da Lei nº 8.541/92. Colaciona arestos para confronto de tese.

Com razão.

A controvérsia sobre a responsabilidade pelo pagamento dos descontos fiscais, o seu recolhimento, ainda que não tenha sido efetuado na época própria pelo empregador, e forma de incidência sobre os créditos trabalhistas reconhecidos nas sentenças trabalhistas, encontra-se hoje superada nesta Corte pelo entendimento contidos na Súmula nº 368, II, e OJ 363/SBDI-1, ambas do TST, *verbis*:

“SÚMULA Nº 368. ‘DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO

(...)

II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541, de 23.12.1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/96. (ex-OJ’s ns. 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001).’

OJ 363/SBDI-I/TST. ‘DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. Abrangência (DJ 20, 21 e 23.05.2008). A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, *a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.*” (g.n.)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Reitere-se que, conforme a Súmula acima transcrita, os descontos fiscais devem incidir sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541, de 23.12.1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/96.

CONHEÇO, pois, do recurso, no aspecto, por violação do art. 46 da Lei nº 8.541/92.

4) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO

Sobre o tema, definiu o Tribunal Regional:

“Nego provimento, porém por outro fundamento, qual seja, consta na contestação (fls. 23 – item 3.2) que o reclamante recebia salário fixado em CCT, reconhecendo-se que a alteração da fundamentação não implicará em benefício prático ao Município Reclamado, pois a remuneração indicada na peça de ingresso, e que foi considerada pela sentença como base de cálculo do adicional coincide com o valor referido na defesa (do ACT), nos termos supramencionados (R\$ 334,42).” (fl. 151)

Opostos embargos de declaração pelo Reclamante, o Regional prestou os seguintes esclarecimentos:

“Com efeito, o reclamante recebia salário fixado em CCT (e isso foi reconhecido na contestação, fls. 23 – item 3.2). Dessa forma, prevaleceu o entendimento de que a base de cálculo é o salário estabelecido para a categoria na convenção coletiva.

Como a sentença de primeiro grau entendeu que *a base de cálculo do adicional de insalubridade é a remuneração do empregado*, e a remuneração indicada na inicial e que foi considerada pela sentença como base de cálculo coincide com o valor referido na defesa (R\$ 334,42), foi negado provimento ao recurso, apenas ressaltando que a sentença foi mantida, mas por outro fundamento.” (fl. 177 – g.n.)

O Município Reclamado sustenta, em síntese, que o Tribunal Regional, ao fixar o salário normativo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade, afrontou o art. 192 da CLT, devendo ser fixado, como base, o salário mínimo. Aponta contrariedade às Súmulas ns. 17 e 228/TST.

Com razão o Reclamado.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A Súmula nº 228/TST, por vários anos, estabeleceu como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo, sendo alterada em novembro de 2003, para ressaltar as hipóteses previstas na Súmula nº 17/TST (que garantia ao empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebesse salário profissional, sobre este seria calculado).

Contudo, a partir da edição da Súmula Vinculante nº 4/STF – “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial” – o texto da Súmula nº 228/TST, diante da impossibilidade de utilização do salário mínimo como diretriz, foi alterado na sessão do Tribunal Pleno de 26.06.2008, passando a vigorar com o seguinte teor: “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Ocorre que o novo parâmetro adotado pelo TST teve sua eficácia suspensa na parte em que permitia a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade, em razão da liminar deferida pelo Excelentíssimo Ministro Presidente do STF nos autos da Reclamação proposta pela Confederação Nacional da Indústria nº 6.266-0/DF. Como fundamento para decidir, Sua Excelência reportou-se ao julgamento que deu origem à Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel^a Min^a Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008), afirmando que: “(...) esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa”.

Assim, obstada a substituição da base de cálculo do adicional de insalubridade por decisão judicial, embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante nº 4/STF de ser o salário mínimo utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em

debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT. É que, não obstante o reconhecimento de sua incompatibilidade com o texto constitucional (art. 7º, IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial – segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou negociação coletiva dispondo acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade – a teor da Súmula Vinculante nº 4/STF.

Nesse sentido, vem decidindo esta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo de que trata o art. 76 da CLT, e não a remuneração ou o salário contratual do empregado. Incidência da Súmula nº 228 do TST e das Orientações Jurisprudenciais ns. 2, tanto da SBDI-1 quanto da SBDI-2. Decisão de Tribunal Regional do Trabalho, o que impossibilita o processamento do recurso de revista (§ 4º do art. 896 da CLT e Súmula nº 333 do TST). Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST-AIRR-9/2006-014-04-40.0, 6ª Turma, Min. Horácio Senna Pires, DJ 07.03.2008).

“RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE-565.714/SP, sob o manto da repercussão geral da questão constitucional, referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante nº 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como parâmetro, mas vedando a substituição deste por decisão judicial. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida, no direito constitucional alemão, como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário ser substituído pelo legislador, a fim de definir critério diverso para a regulação da matéria. Portanto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante nº 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo, para o adicional de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

insalubridade, distinta do salário mínimo, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST-RR-248/2006-101-04-40.1, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, DJU de 12.12.2008)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. ART. 192 DA CLT. NÃO RECEPÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. EFEITOS PROTRAÍDOS. NÃO PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundando-se no disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e na doutrina constitucional alemã, permite que ao ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por razões de segurança jurídica, estabeleça-se a restrição de sua eficácia para momento outro protraído no tempo (ADI 2.240/BA, Relator o eminente Ministro Gilmar Mendes, DJ de 03.8.2007). 2. Ante a superveniência da edição da Súmula Vinculante nº 4 do STF, a vedar a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, e impedir que o Poder Judiciário proceda a sua substituição, tem-se que o disposto no art. 192 da CLT, não obstante em dissonância com o referido verbete sumular, tenha seus efeitos mantidos até que seja editada norma legal dispondo em outro sentido ou até que as categorias interessadas se componham em negociação coletiva. 3. Não se aplica, à hipótese, o teor da nova redação da Súmula nº 228, dada pela Resolução nº 148/08 do Plenário desta Casa, porquanto liminarmente suspenda sua eficácia pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação nº 6.266/DF. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST-AIRR-646/2005-001-04-40.9, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJU de 12.12.2008).

“EMBARGOS. VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO DA SÚMULA Nº 228 DESTE COLENDO TST POR DECISÃO DO EXCELSO STF. RECONHECIMENTO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DESSE PARÂMETRO ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. A Súmula Vinculante nº 4 do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento da respectiva verba ao salário mínimo. A excelsa Suprema Corte

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

entendeu que o art. 7º, inciso IV, da Constituição da República, revogou a norma relativa à adoção do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar novo parâmetro, sem expressa previsão em lei. Assim, enquanto não houver norma positivada a respeito da base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por absoluta ausência de respaldo legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST-E-ED-RR-7091/2006-001-12-00.9, SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 30.04.2009)

Registre-se, por cautela, que não há, na hipótese, qualquer notícia da existência (ou não) de disciplinamento específico da base de cálculo do adicional de insalubridade em convenção coletiva da categoria, de modo a viabilizar a situação exceptiva exaustivamente exposta.

Em face dessas razões, cumprindo a Súmula Vinculante nº 4 do STF, CONHEÇO do recurso por violação da Súmula nº 228/TST.

II) MÉRITO

1) DESCONTOS FISCAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 46 da Lei nº 8.541/92, DOU-LHE PROVIMENTO, no aspecto, para determinar a dedução da quota-parte do empregado quando da efetuação dos descontos fiscais, nos termos da OJ 363/SBDI-I/TST.

2) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 228/TST, a consequência lógica é o seu provimento.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista, no aspecto, para fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Isto posto,

Acordam os ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – conhecer do recurso de revista por violação do art. 46 da Lei nº 8.541/92 e Súmula nº 228/TST; II – no mérito, dar-lhe provimento, em ambos os aspectos, para determinar a dedução da quota-parte do empregado quando da efetuação dos descontos fiscais, nos termos da OJ 363/SBDI-I/TST, e para fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Brasília, 16 de fevereiro de 2011. *Mauricio Godinho Delgado*, Relator.

TERCEIRIZAÇÃO. CULPA IN VIGILANDO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO. CULPA IN VIGILANDO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NA ADC 16.

No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa in vigilando da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado.

A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos arts. 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo.

Na hipótese dos autos, o ente público não aponta qualquer elemento ou indício no sentido de que cumpriu a obrigação legal que lhe é imposta (arts. 58, III, e 67, caput, e § 1º, da Lei nº 8.666/93).

Assim, verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa in vigilando), razão pela qual se atribui a responsabilidade

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

subsidiária ao ente público, com fundamento nos arts. 186 e 927, caput, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Precedentes do C. TST.

Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST- AIRR-5759-54.2010.5.15.0000 – Ac. 8ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-5759-54.2010.5.15.0000, em que é Agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Agravado SEBASTIÃO ANTUNES FERREIRA e HORIAM SEGURANÇA E VIGILÂNCIA S/C LTDA.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto ao despacho de fls. 345, que denegou seguimento ao Recurso de Revista da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (processo eletrônico).

Sem contrarrazões e contraminuta (certidão, às fls. 346).

O Ministério Público do Trabalho, em parecer, opinou pelo conhecimento e desprovimento do Agravo de Instrumento.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Conheço do Agravo de Instrumento, porque tempestivo (fls. 1 e 346), subscrito por Procuradora do Estado e bem formado.

II – MÉRITO

O Tribunal Regional do Trabalho reconheceu a responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública quanto às verbas trabalhistas devidas ao Autor, aos seguintes fundamentos:

“No caso, como denotam as afirmações das partes e os documentos por elas juntados, o primeiro reclamado foi contratado pelo segundo para prestar-lhe serviços e, deste contrato, originou-se o contrato de emprego mantido entre o autor e o primeiro réu. Trata-se de hipótese típica de sublocação de serviços, também denominada subcontratação, ou “terceirização”, da qual decorre a responsabilidade do contratante

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

(segundo reclamado) pelos créditos trabalhistas dos empregados dos subcontratados (primeiro reclamado).

Nesse contexto, é irrelevante que tenha ou não existido eventual cláusula contratual excludente de responsabilização, porque disposição como esta obriga apenas os contratantes e não se opõe a terceiros. Igualmente, não tem relevância perquirir acerca do fato de o reclamante ter sido admitido e subordinado diretamente pelo primeiro ou pelo segundo reclamado, pois, como dito, a responsabilidade em questão é objetiva e decorrente do mero risco de contratar terceiros para prestar trabalho que poderia ser desenvolvido com empregados próprios.

(...)

Também cumpre observar que o fato de o segundo réu haver contratado o primeiro por meio de licitação não afasta sua responsabilidade, porque o plenário do colendo Tribunal Superior do Trabalho já declarou que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal prevalece sobre o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, independentemente de tratar-se de órgão da administração direta, indireta ou fundacional, ou de empresa pública ou sociedade de economia mista que desenvolvam atividade econômica. É o que consta da parte IV, da mesma Súmula nº 331 do colendo TST:

(...)

Destarte, o segundo reclamado deve responder objetiva e subsidiariamente pelos eventuais créditos ao reclamante.” (fls. 329/330)

No Recurso de Revista, a Fazenda Pública pretende afastar a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas. Aponta violação aos arts. 37, II, e § 6º da Constituição e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Traz arestos.

Em recente decisão, o E. Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ADC nº 16, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, dispositivo que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado.

Não obstante, a própria Corte Suprema ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

De fato, a própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se lê do art. 58, III, da Lei nº 8.666/93:

“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.”

A obrigação de fiscalização, por parte da Administração Pública, é complementada pelo disposto no art. 67, *caput*, e § 1º, do mesmo diploma legal:

“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.”

Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei. Do contrário, ou seja, caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador.

Na hipótese dos autos, o ente público limita-se a propugnar pelo afastamento da responsabilidade pretendida, arrimando-se exclusivamente na ausência de vínculo de emprego com o Reclamante e no disposto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, sem, contudo, apontar qualquer elemento ou indício no sentido de que cumpriu a obrigação legal que lhe é imposta de fiscalização da execução do contrato administrativo (arts. 58, III, e 67, *caput*, e § 1º, da Lei nº 8.666/93).

Assim sendo, outra conclusão não se alcança senão a de que, no caso concreto, resta caracterizada a conduta culposa, por omissão, da Administra-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ção Pública (*culpa in vigilando*), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos arts. 186 e 927, *caput*, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos ao Autor.

Importa registrar que essa conclusão não viola o art. 97 da Constituição (cláusula da reserva de Plenário), nem contraria a Súmula Vinculante nº 10 do STF, mas, ao contrário, confere interpretação sistemática ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (cuja constitucionalidade é aqui assumida como premissa decisória), considerando-se os demais preceitos desse diploma legal, bem como o próprio entendimento assentado pelo STF no julgamento da ADC nº 16.

Trago à colação precedentes do Eg. TST nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA *IN VIGILANDO*. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com a Súmula nº 331, IV, desta Corte Superior, que tem por fundamento principalmente a responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa *in vigilando* (arts. 186 e 927 do Código Civil). Isso porque os arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo com base na interpretação sistemática, em conjunto com as normas infraconstitucionais citadas acima.” (Agravado de instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR – 42440-62.2009.5.11.0002, Data de Julgamento: 02.02.2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04.02.2011).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. RESPONSABILIDADE EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* NO QUE TANGE AO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA POR PARTE DA EMPRESA TERCEIRIZANTE CONTRATADA. COMPATIBILIDADE COM O ART. 71 DA LEI DE LICITAÇÕES. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 159 DO CCB/1916, 186 E

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

927, *CAPUT*, DO CCB/2002. ABRANGÊNCIA DA CONDENAÇÃO. VALE-TRANSPORTE. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF. Entretanto, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa *in vigilando*, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil). Evidenciando-se essa culpa *in vigilando* nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CCB/1916, arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Registre-se que, nos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar-se a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula nº 126/TST). Sendo assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que ora subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (Processo: AIRR – 215640-82.2006.5.02.0482, Data de Julgamento: 15.12.2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04.02.2011).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MUNICÍPIO. ADC 16. CULPA *IN VIGILANDO*. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC 16, em 24.11.2010, é constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa *in vigilando*. Agravo desprovido.” (Processo: AIRR – 4567-76.2010.5.01.0000, Data de Julgamento: 15.12.2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.01.2011).

Além disso, *in casu*, não houve reconhecimento de vínculo de emprego com a Fazenda Pública, pelo que é impertinente a indicação de ofensa ao art. 37, II, da Constituição.

Estão incólumes os demais dispositivos indicados.

Os julgados transcritos são inservíveis, na forma da Súmula nº 337, IV, do TST.

Ante o exposto, nego provimento.

Isto posto,

Acordam os ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Instrumento.

Brasília, 1º de março de 2011. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A manifestação do Tribunal Regional sobre os pontos suscitados no Recurso Ordinário significa prestação jurisdicional plena; não ensejando, pois, declaração de nulidade. REMESSA OFICIAL. O Tribunal Regional, ao consignar o entendimento de que o valor da condenação não ultrapassa o montante de sessenta salários mínimos, decidiu em consonância com o item “a” da Súmula nº 303 do TST. JULGAMENTO EXTRA PETITA. O Tribunal Regional deferiu menos do que foi postulado, ou seja, no lugar de condenar solidariamente o Município pelos créditos trabalhistas do reclamante, o Tribunal Regional condenou o Município a responder subsidiariamente. Dessa forma, fica afastada a alegada violação dos arts. 128 e 460 do CPC. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A terceirização de serviços pela Administração Pública não exime a tomadora de serviços da responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços aos empregados que os executaram e deram cumprimento ao contrato celebrado entre aquela e esta. Assim, na hipótese de inadimplemento pela empresa prestadora de serviços, a tomadora responde subsidiariamente pelas obrigações

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

trabalhistas, desde que haja integrado a relação processual e figure no título executivo judicial (Súmula nº 331, item IV, do TST).

Recurso de Revista de que não se conhece.

(Processo nº TST-RR-21400-70.2006.5.05.0010 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-21400-70.2006.5.05.0010, em que é Recorrente MUNICÍPIO DO SALVADOR e Recorridos RJA SERVIÇOS LTDA. E OUTROS e PAULO SAMUEL COSTA DOS SANTOS E OUTRAS.

Irresignado, o reclamado interpõe Recurso de Revista (fls. 108/118), arguindo a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional e busca reformar a decisão proferida pelo Tribunal Regional no tocante aos seguintes temas: “Reexame Necessário”, “Julgamento *Extra Petita*” e “Responsabilidade Subsidiária”. Indica ofensa a dispositivos de Lei Federal e da Constituição da República e contrariedade a súmula desta Corte, bem como transcreve arestos para confronto de teses.

O Recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 120/123.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 125/127).

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo parcial conhecimento e pelo provimento do Recurso de Revista, consoante parecer de fls. 132/134.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, examino os específicos.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita o Município reclamado a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal Regional permaneceu silente sobre o julgamento *extra petita*, tendo em vista “que o ora Recorrido não formulou pedido expresso de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

condenação subsidiária da Recorrente ao pagamento das verbas que entendia devidas” (fls.112). Indica violação aos arts. 5º, incisos LIV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição da República, 832 e 897-A da CLT e 128 e 460 do CPC. Transcreve aresto para confronto de teses.

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo Município reclamado, mantendo a sentença de origem, em que se condenara o reclamado a responder subsidiariamente ao pagamento das verbas trabalhistas, ressaltando que “no presente feito não se discute o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o recorrente, mas, tão somente, sua responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das verbas trabalhistas” (fls. 90).

Assim, o Tribunal Regional, mediante a decisão recorrida, apresentou solução para o conflito, mesmo que contrária ao interesse do recorrente, configurando-se a efetiva prestação jurisdicional. Não há falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

Em se tratando de arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, é inútil a indicação de ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SDI-1 desta Corte.

Ressalte-se, por oportuno, ser absolutamente imprópria a indicação de divergência com o aresto colacionado, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SDI-1 desta Corte.

NÃO CONHEÇO.

1.2 – REEXAME OFICIAL

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos quanto ao tema em destaque:

“Tenciona o embargante, em verdade, o reexame de matérias suficientemente enfrentadas – não conhecimento da remessa *ex officio* e responsabilidade subsidiária –, o que não pode ser viabilizado pela estrita via dos embargos declaratórios.

Apenas por amor ao debate, deve ser ressaltado que a condenação imposta pela decisão 45/50, de fato não ultrapassa o valor superior a 60 salários mínimos, pelo que o não conhecimento do recurso de ofício se impunha.

À vista de todo o exposto, outro trilhar não há senão o do desprovemento dos presentes aclaratórios.” (fls. 105)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O reclamado sustenta, em suas razões de Recurso de Revista, ser indispensável a realização do reexame necessário das sentenças ilíquidas sem estipulação do valor, proferidas pelos Juízes de 1ª instância para a eficácia das decisões. Indica violação ao art. 475, § 2º, do CPC, bem como transcreve arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional, ao consignar o entendimento de que o valor da condenação não ultrapassa o montante de sessenta salários mínimos, decidiu em consonância com o item “a” da Súmula nº 303 do TST, *verbis*:

“FAZENDA PÚBLICA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 9, 71, 72 e 73 da SBDI-1) – Res. nº 129/05, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo:

a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos.”

Assim, pacificado o entendimento acerca da matéria, não há falar em dissenso pretoriano, a teor do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST.

Por outro lado, a adoção do entendimento pacífico desta Corte afasta de pronto a aferição das violações apontadas, exatamente porque aquele reflete a interpretação dos dispositivos que regem a matéria em questão, já se encontrando, portanto, superado o debate a respeito.

NÃO CONHEÇO.

1.3 – JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Sustenta o reclamado que houve julgamento *extra petita*, na decisão do Tribunal Regional. Aduz que o reclamante não efetuou na petição inicial a formulação de pedido para que o Município fosse responsabilizado subsidiariamente, razão pela qual entende ser indevida sua condenação ao pagamento das verbas trabalhistas. Indica violação aos arts. 128 e 460 do CPC.

Não há falar que foram extrapolados os limites do pedido, uma vez que o Tribunal Regional deferiu menos do que foi postulado, ou seja, no lugar de condenar solidariamente o Município pelos créditos trabalhistas do reclamante, o Tribunal Regional condenou o Município a responder subsidiariamente.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dessa forma, fica afastada a indicada violação aos arts. 128 e 460 do CPC, tendo em vista o Tribunal Regional ter decidido o conflito nos limites em que foi proposto.

NÃO CONHEÇO.

1.4 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso de Revista interposto pelo reclamado, mantendo a sentença, quanto à condenação subsidiária do reclamado, sob os seguintes fundamentos:

“A responsabilidade subsidiária decorre da lei, art. 2º e § 2º da CLT; arts. 12 e 16 da Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83, materializada pela doutrina e principalmente pela densa jurisprudência que ao longo de décadas vem se formando em torno do assunto, capitaneada pela Súmula nº 331 do egrégio TST.

(...)

Registre-se que tal responsabilidade decorre de construção doutrinária e jurisprudencial, fundamentada nas normas de responsabilidade civil e na Súmula nº 331, inciso IV, editada pelo TST, que tem a seguinte redação, *in verbis*:

(...)

O que se visa com a responsabilidade subsidiária é salvaguardar os interesses do hipossuficiente econômico que, em caso de inadimplemento por parte de sua verdadeira empregadora as parcelas oriundas do vínculo empregatício travado, seja garantido o respectivo pagamento pela empresa tomadora que se beneficiou dos serviços por ele executados.

A caracterização da responsabilidade subsidiária na hipótese em exame se evidencia pelo fato de a empresa contratada ter sido inidônea, com o não pagamento de todas as verbas oriundas da rescisão contratual.

Sobre o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o C. TST entendeu que o mencionado texto legal somente tem aplicabilidade quando o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Ocorrendo, posteriormente, o inadimplemento de obrigações

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

por parte da empresa contratada, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária.

Nesse passo, impõe-se a permanência do município acionado na presente lide para figurar no título executivo como responsável subsidiária, podendo oportunamente se valer do benefício de ordem, indicando bens do devedor principal para a satisfação do credor.

Mantenho a decisão exarada pelo Juízo de primeiro grau.” (fls. 91/92)

O reclamado pretende ser absolvido da condenação, argumentando ser incabível a responsabilidade subsidiária imposta a ele, quanto ao pagamento das verbas trabalhistas. Consigna que o entendimento do Tribunal de origem violou os arts. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 37, § 6º, da Constituição da República e contrariou a Súmula nº 331, inciso IV, do TST.

No que concerne à responsabilidade subsidiária, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 tem o seguinte teor:

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

§ 1º – A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

A responsabilidade guarda estreita relação com a ordem constitucional de valorizar o trabalho (art. 170 da Constituição da República). A valorização do trabalho e da livre iniciativa é fundamento da Constituição da República, inserto em seu art. 1º, inciso IV. Ainda que o interesse público tenha supremacia sobre o particular, não pode a Administração Pública beneficiar-se da força humana despendida sem assumir qualquer responsabilidade nas relações jurídicas de que participa.

A terceirização da realização de serviços pela Administração Pública não exige a tomadora de serviços da responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas da prestadora de serviços para com os empregados que os executaram e deram cumprimento ao contrato celebrado entre aquela e esta. Assim, na hipótese de inadimplemento pela empresa prestadora de serviços, a tomadora responde, subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas, desde que haja integrado a relação processual e figure no título executivo judicial. Inteligência do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

item IV da Súmula nº 331 do TST. Ademais, o art. 71 da Lei nº 8.666/93 não exclui a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na hipótese.

A jurisprudência concentrada na Súmula nº 331 desta Corte sinaliza exatamente nesse sentido quando, afastando a possibilidade de tornar válido e eficaz vínculo de emprego após a promulgação da Constituição da República de 1988 sem realização de concurso público, orienta que a Administração Pública responde pelos débitos trabalhistas na hipótese de a empresa contratada para a prestação de serviços não cumprir as obrigações para com os empregados durante a execução do contrato.

Apoiado nessa premissa, não verifico haver ofensa literal ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pois não se está transferindo à Administração Pública a responsabilidade principal pelo pagamento. Esta permanece com a empresa contratada, devedora principal. Todavia, se houver a impossibilidade comprovada de a empresa prestadora de serviços cumprir as obrigações perante seus empregados, a tomadora e beneficiária direta do trabalho responderá por elas. Frise-se, contudo, que a responsabilidade da prestadora de serviços não desaparece; a Administração Pública poderá, mediante ação regressiva, reaver o que for pago ao reclamante em razão da inadimplência de sua contratada.

Para assim concluir, tomo por empréstimo o regramento inserto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, de onde emerge a responsabilidade objetiva do Estado. Cada estatal é um agente do Estado e, ao contratar empresa prestadora de serviços, o faz em nome do Estado e, em nome dele, deve responder perante os empregados por meio dos quais a prestadora cumpriu o contrato, sem contudo poder pagar a eles os créditos trabalhistas. Essa responsabilidade só se sujeita à prova do nexo de causalidade.

O ordenamento jurídico repele entendimento que consagre o menosprezo a princípio tão elementar, mormente quando se trata de parcelas salariais de natureza tipicamente alimentar, cujo ônus deve ser suportado, na hipótese, até mesmo pela parte que se beneficiou do trabalho prestado.

Nesse sentido, é o item IV da Súmula nº 331 do TST:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.”
(art. 71 da Lei nº 8.666/93)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, a aplicação do entendimento pacífico desta Corte afasta de pronto a aferição das apontadas violações a artigos de lei e da Constituição da República, exatamente porque aquele reflete a interpretação dos dispositivos que regem a matéria em questão, já se encontrando, portanto, superado o debate a respeito.

Por fim, não há falar em inaplicabilidade da Súmula nº 331 do TST, pois não se cuida de legislar sobre o tema, mas de interpretar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 no conjunto do ordenamento jurídico e segundo os princípios do Direito do Trabalho.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO.

Isto posto,

Acordam os ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista.

Brasília, 09 de fevereiro de 2011. *João Batista Brito Pereira*, relator.

TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NULDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE PÚBLICA. SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. RESERVA DE PLENÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. FGTS. ALCANCE. Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos de cabimento do art. 896 da CLT. Ainda que se deva afastar, nos casos em que observado o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a atribuição da responsabilidade objetiva do órgão público contratante dos serviços terceirizados, não há razão para afastar a responsabilidade do ente público tomador por culpa tipicamente subjetiva, decorrente da omissão em verificar o devido cumprimento das obrigações contratuais da empresa prestadora contratada. Subsistência, nesse caso, do entendimento da Súmula nº 331, IV, do TST, que se harmoniza com as regras jurídicas dos arts. 67, caput, e 71 da Lei nº 8.666/93. Não se pode ter como superado, dessa forma, pela decisão proferida pelo Colendo STF no julgamento do ADC nº 16/DF, aquele verbete da jurisprudência uniforme do TST, já que no referido

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

juízo não se afastou a possibilidade de a Administração Pública ser responsabilizada em caso de eventual omissão na fiscalização do contrato.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST- AIRR-2440-51.2001.5.01.0043 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2440-51.2001.5.01.0043, em que é Agravante MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e são Agravados SÉRGIO JOSÉ NASCIMENTO e CONSTRUTORA IKAL LTDA.

O agravante impugna o despacho proferido no âmbito da Vice-Presidência do Tribunal Regional da 1.ª Região, fls. 248/249, que denegou seguimento ao seu recurso de revista. Nas razões do agravo de instrumento (fls. 2/23), procura demonstrar que o apelo merece prosseguir, pois presentes os pressupostos de cabimento.

Não foi apresentada contraminuta ao agravo, conforme certidão à fl. 255.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 258/259, opinou pelo conhecimento e não provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, CONHEÇO do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Em suas razões de recurso de revista, alegou que o Tribunal Regional, mesmo após a oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre as seguintes matérias: norma legal que confere à Justiça do Trabalho competência para o exame da presente lide; o Município como dono da obra; inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93; explicitação pela qual conclui ter havido culpa *in vigilando*; possibilidade de responsabilização subsidiária pela

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contribuição para o FGTS. Apontou violação dos arts. 5º, LIV, LV, 93, IX, da Constituição Federal, 165, 458, II, do CPC, 832 e 897-A, da CLT.

Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-I desta Corte, a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional somente pode ser veiculada com base nos arts. 93, IX, da CF, 458 do CPC e 832 da CLT. Nessas condições, não há como reconhecer a afronta aos arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, 897-A da CLT e 165 do CPC.

De outra parte, registre-se que o recorrente não invocou no recurso ordinário a tese de que era dono da obra e de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST.

Ora, o Tribunal Regional só pode apreciar o recurso nos limites especificados pelo próprio recorrente, ressalvadas as hipóteses de matérias apreciadas de ofício, o que não é o caso, na forma do princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Assim, de acordo com a matéria devolvida no recurso ordinário, constato que o Tribunal Regional, tanto no julgamento do recurso ordinário (fls. 181/185) quanto no julgamento dos embargos de declaração (fls. 198/201), entregou a devida prestação jurisdicional, expondo os fundamentos de fato e de direito que subsidiaram a formação de seu convencimento, razão pela qual não há de se falar em nulidade por negativa de prestação jurisdicional, de modo que estão plenamente atendidas as exigências dos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC.

JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Em suas razões de recurso de revista, alegou que o reclamante formulou pedido de condenação solidária do Município e que o Tribunal Regional, ao condená-lo de forma subsidiária, teria decidido fora do pedido. Apontou violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

“De certo que o reclamante, em sua inicial, pleiteou o reconhecimento da responsabilidade solidária, porém reconheceu o Juízo a responsabilidade subsidiária.

Contudo, não se vislumbra o vício apontado pela reclamada, que a rigor, nem poderia ser chamado de julgamento *extra petita*, mas de julgamento *ultra petita*.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Com efeito, da leitura da exordial de fls. 03/07 constata-se que houve pedido do Reclamante de condenação solidária da reclamada, o que por si só já autoriza ao órgão julgador a conceder menos do que o empregado pedia, resultando na responsabilidade da Recorrente.

Não se trata, como se vê, de conceder ao empregado direito que não foi vindicado, mas de simplesmente acolher um pedido menor do que o perseguido.

Aplica-se, *in casu*, o conhecido aforisma jurídico: ‘quem pode o mais’ – condenar solidariamente, porque houve pleito neste sentido – ‘pode o menos’ – que é condenar subsidiariamente’.” (fls. 182/183)

A decisão regional converge com o entendimento adotado por esta Corte, no sentido de que o pedido de condenação solidária, por ser mais amplo, autoriza a imposição de condenação subsidiária, razão pela qual não se cogita de julgamento *extra petita*. Confirmam-se os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. A fixação de responsabilidade subsidiária, diante da pretensão de condenação solidária, não redundava em julgamento *extra petita*, eis que a primeira figura constitui feição da segunda, adequando-se, em tal caso, os fatos ao direito. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (RR-107000-02.2007.5.15.0057, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 03.12.2010)

“RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Para a configuração de julgamento *extra petita*, deve o juiz conhecer de questões que não foram suscitadas na petição inicial ou na contestação, decidindo fora dos limites que lhe foram propostos. Consignado no acórdão regional que ‘a responsabilidade solidária engloba a subsidiária e, portanto, a condenação está dentro dos limites do pedido’, não configura julgamento *extra petita* o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, decorrente que foi da análise dos fatos narrados na inicial e na defesa, acerca dos quais o julgador procedeu ao regular enquadramento jurídico.” (RR-51300-41.2007.5.15.0057, Relª Minª Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 20.08.2010)

“JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA. Não há violação direta e literal dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil quando a condenação é adequada ao pedido e à causa

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de pedir. A determinação de responsabilidade subsidiária da empresa, afastada a condenação em responsabilidade solidária, não configura em julgamento *extra petita*. Embargos não conhecidos.” (E-RR-759930-57.2001.5.04.5555, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 01.08.2008)

Logo, ileso os arts. 128 e 460 do CPC.

RESERVA DE PLENÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93

Em suas razões de recurso de revista, alegou, em síntese, que o Tribunal Regional ao adotar a Súmula nº 331, IV, do TST como fundamento para o deferimento do pedido de condenação subsidiária do ente público, afastou expressamente a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, cuja inconstitucionalidade jamais foi declarada pelo STF, TST ou TRT, sem observância do procedimento previsto nos arts. 97 da Constituição Federal, 480 e 481, do CPC. Requer a nulidade do acórdão regional, por vício de procedimento.

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

“Quanto à alegação de que o En. 331 do C. TST viola uma série de artigos em nada alterar o julgado, pois tal alegação já foi rechaçada no v. acórdão regional.

No que tange à alegada declaração de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, equivocadamente o recorrente, na medida em que tal artigo não foi declarado inconstitucional, mas sim inaplicável *in casu* ante norma hierarquicamente superior dispondo sobre a matéria.

Ademais, a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causam a terceiros, já que a Lei de licitações não exclui e nem poderia, sob risco de incorrer em inconstitucionalidade, que terceiros venham a reclamar da Administração Pública, independentemente do contratado, prejuízos causados em função do contrato administrativo.” (fl. 199)

As súmulas da jurisprudência uniforme do TST são editadas por meio de resolução, após sessão plenária do Tribunal. Assim, a edição da Súmula nº 331 do TST observou a reserva de plenário prevista no art. 97 da CRFB/88, tendo sido, inclusive, também objeto de análise pelo Plenário do TST no julgamento do Incidente de Uniformização nº 297.751/96, em 11.09.2000, o que inclusive, não contraria a Súmula nº 10 do STF.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 7.182/PE, afastou a tese de afronta à Súmula Vinculante nº 10 e, via de consequência, do art. 97 da Constituição Federal, *in verbis*:

“(...) A reclamação não merece prosperar. Não está configurada a afronta à Súmula Vinculante nº 10, vez que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 foi apreciado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho quando da edição do Enunciado nº 331.

O Ministro CEZAR PELUSO, Relator da RCL nº 6.969, DJ de 21.11.08, ao examinar caso semelhante a este, entendeu que:

‘Não há, todavia, qualquer ofensa à Súmula Vinculante nº 10. É que a redação atual do item IV do Enunciado nº 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR- 297.751/96, em sessão de 11.09.2000.’

A via estreita da reclamação pressupõe violação direta a julgado desta Corte ou clara usurpação de sua competência. Daí porque, após o exame mais detido do caso, tenho que a presente reclamação não pode ser conhecida. Não há identidade ou similitude de objeto entre o ato impugnado e a súmula vinculante tida por desrespeitada.”

No mesmo sentido o seguinte precedente da SBDI-1 do TST:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. VIOLAÇÃO DE LEI E CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF. NÃO CONFIGURAÇÃO. Inadmissível o recurso de embargos interposto contra acórdão publicado após a vigência da Lei nº 11.496/07, por indicação de violação de preceito constitucional e legal, nos termos do art. 894, II, da CLT. No tocante à alegação de contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, essa matéria vem sendo reiteradamente examinada pelo STF em processos de reclamação, e há inúmeras decisões no sentido de que não afronta a Súmula Vinculante nº 10/STF a aplicação do item IV da Súmula nº 331/TST, por ser esta o resultado do julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, com votação unânime pelo Pleno do TST (IUJ-RR 297751/1996), ocasião na qual se examinou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Recurso de embargos não conhecido.” (E-RR-141200-93.2001.5.09.0095, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 08.10.2010)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Portanto, não há de se falar em violação dos arts. 97 da Constituição Federal, 480 e 481 do CPC.

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em suas razões de recurso de revista, sustentou que não existe lei conferindo à Justiça do Trabalho jurisdição para apreciação da presente lide. Apontou violação dos arts. 5º, LIV, LV, 114 da Constituição Federal, 46 e 292 do CPC.

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

“*In casu*, parcial razão assiste à embargante, no que tange à análise da arguição de incompetência absoluta.

Há de se rejeitar a preliminar, na medida em que a pretensão é que fixa a competência e, *in casu*, a pretensão consiste na declaração da responsabilidade subsidiária do segundo reclamado em face do inadimplemento da empresa contratada com os encargos trabalhistas da recorrida, com fundamento em normas trabalhistas.” (fl. 199)

É competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito, nos termos do art. 114 da Constituição, bem como para definir sobre a responsabilidade do Município pelos efeitos da condenação. Como salientado no acórdão regional, a competência, no caso, é definida pela natureza da pretensão deduzida na ação.

Assim, tendo havido relação de emprego entre o reclamante e a empresa prestadora de serviços contratada pelo Município, e sendo necessário definir-se as responsabilidades decorrentes dessa contratação, é da Justiça do Trabalho a competência jurisdicional para fazê-lo, não obstante a ausência de vínculo empregatício direto entre o Município e o reclamante.

Rejeita-se, portanto, a exceção de incompetência arguida pela recorrente. Ilesos, por conseguinte, os dispositivos tidos por violados.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Em suas razões de recurso de revista, alegou, em suma, que é inconstitucional a Súmula nº 331, IV, do TST. Aduziu que não há previsão legal para ser responsabilizado subsidiariamente. Afirmou que não é tomador dos serviços do primeiro réu, mas mero dono da obra. Asseverou que não há responsabilidade objetiva e tampouco culpa da administração. Sustentou que a condenação subsidiária do Município resta prejudicada pela vedação constitucional de empregado sem concurso público. Apontou violação dos arts. 5º, II, 48, 22, I, 37, II, § 6º,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da Constituição Federal, 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 2º e 3º, da LICC, além de contrariedade às Súmulas ns. 331 e 363 e à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST.

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

“Trata-se, no caso *sub judice*, de terceirização de serviços, não havendo previsão legal no sentido da responsabilidade solidária por parte do tomador, somente a subsidiária no caso de inadimplemento da empresa fornecedora de mão de obra, na forma prevista no En. nº 331, IV, do C. TST.

Assim, há de ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do Município Reclamado, porquanto esta deflui do inadimplemento de obrigações decorrentes do contrato de trabalho por parte da primeira reclamada, o que autoriza a imposição de responsabilidade ao tomador de serviços quanto a tais obrigações, consoante jurisprudência dominante de nossos Tribunais, cristalizada no item IV, do Enunciado nº 331, do C. TST.

O verbete sumulado nada mais é do que a síntese do trabalho de interpretação repetida da lei por todos os tribunais, inclusive da própria Carta Magna.

Nesse diapasão, quando a Corte Superior Trabalhista elabora os referidos Enunciados, o faz assentada na competência constitucional e legal que lhe é atribuída para ditar a uniformização dos julgados.

Trata-se, portanto, de jurisprudência predominante e firme do tribunal superior, com vistas a determinado preceito legal, objetivando a uniformização de entendimento inspirado no princípio de uma *Lex una jurisdictio*.

Daí que não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade de tais entendimentos.

Ademais, a Administração Pública é responsável subsidiariamente pelos créditos trabalhistas dos empregados da prestadora de serviços por ela contratada aplicando-se a orientação do Enunciado nº 331, IV, do TST, tendo em vista recente decisão do Tribunal Pleno, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no RR 297.751/96, realizado no dia 11.09.2000, que modificou o referido verbete atribuindo-lhe nova redação nos seguintes termos:

(...)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Cumpra ainda observar que o art. 71 da Lei Ordinária nº 8.666/93, invocado pela recorrente como óbice ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária, não tem qualquer aplicação, porque contraria norma de hierarquia superior, qual seja, o art. 37, inciso XXI, § 6º, da Constituição Federal, que consagra teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Como se isso não bastasse, a responsabilidade subsidiária do Município reclamado acha-se materializada na esteira da culpa *in vigilando*.

Daí que não há que se falar em violação ao art. 71 da Lei nº 8.666/93. É que a culpa *in vigilando* está associada à concepção mais ampla de inobservância do dever da empresa tomadora de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora.

Desse dever não se encontram imunes os entes públicos, pois o princípio da culpabilidade por danos causados pela empresa contratada é princípio geral de direito aplicável à universidade das pessoas, quer sejam naturais ou jurídicas, quer de direito privado ou de direito público.

Registre-se, ainda, que é inaceitável que o autor, parte hipossuficiente da relação empregatícia, a qual depende da contraprestação salarial para sua subsistência e de seus familiares, possa suportar os ônus decorrentes do inadimplemento por parte da primeira reclamada com relação a suas obrigações de empregador.

O fato do reclamado ter auferido vantagens provenientes da força de trabalho desprendida pelo reclamante, bem como sua culpa *in eligendo*, ao contratar com empresa que se mostrou inidônea, e sua culpa *in vigilando*, ao não diligenciar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, autorizam, por si só, a responsabilidade subsidiária do Município reclamado.” (fls. 184/185)

Opostos os embargos de declaração por parte do reclamado, o Tribunal Regional registrou que:

“No que concerne à alegação de que a inexistência de relação de emprego entre o reclamante e a embargante afastaria a pretensão, melhor sorte não socorre o Município, pois não se pretende o reconhecimento de vínculo com o recorrente, mas, conforme já exposto, apenas sua responsabilidade subsidiária nos encargos trabalhistas não honrados pela primeira reclamada, sua empregadora.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Daí que não há que se falar em prévia aprovação em concurso público quando o que pretende a recorrida é a responsabilidade subsidiária do recorrente.” (fl. 199)

O Tribunal *a quo* consignou que o reclamante prestava serviços para o embargante, tomador de serviços, em virtude da existência de contrato de prestação de serviços firmado entre este e a real empregadora, e reconheceu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pela inadimplência dos créditos trabalhistas da empresa por ele contratada.

Assim, observa-se que a decisão do Tribunal Regional encontra-se em consonância com a Súmula nº 331, item IV, do TST.

Afora isso, não é demais referir que o TST, ao adotar o entendimento que restou consagrado na referida súmula da sua jurisprudência uniforme, examinou a questão alusiva à responsabilidade dos entes públicos pelas obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços, decorrente de negligência no controle da idoneidade dessas empresas no exercício dos contratos de prestação de serviços terceirizados, como no caso dos autos, fazendo-o exatamente à luz dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que são apontados como violados.

Logo, como bem registrou a Corte de origem, a responsabilidade do recorrente, na hipótese, foi firmada na decisão regional não apenas com base na culpa “in eligendo” da Administração, mas também por causa de inegável culpa “in vigilando” quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora contratada ao longo da prestação dos serviços. Assim, ainda que se deva afastar, nos casos em que observado o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a atribuição da responsabilidade objetiva do órgão público contratante – do que resulta inadmitir a culpa “in eligendo”, não há razão para afastar a responsabilidade por culpa tipicamente subjetiva, decorrente da omissão em verificar o devido cumprimento das obrigações contratuais da empresa prestadora contratada. Assim, resta afastada a hipótese de violação de dispositivo legal ou constitucional.

Aliás, no julgamento da ADC nº 16/DF, o STF reconheceu que a Administração Pública poderia ser responsabilizada em caso de eventual omissão na fiscalização do contrato. É o que se extrai do informativo nº 610 do STF, *in verbis*:

“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*. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado nº 331 do TST.” (destaquei)

Note-se que é razoável exigir-se do administrador público, quando contrata empresa para a prestação de serviços, a tarefa de exercer a fiscalização do objeto pactuado, inclusive a regularidade do cumprimento das obrigações trabalhistas. Como se tem ponderado na discussão deste tema, a liberação do pagamento ao prestador deve ser precedida por prévia comprovação de quitação destas obrigações. Ora, se é verdade que incumbe ao contratado responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71, *caput*, Lei nº 8.666/93), não menos verdade é que esta mesma execução “*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*”, como prevê o art. 67, *caput*, da lei de licitações, dispositivo do qual se destaca, ainda, o § 1º, *in verbis*: “o representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, *determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados*”.

Conforme se verifica, o dever de cuidado na hipótese encerra expressa e específica previsão legal.

Reitere-se, portanto, que mesmo afastada a possibilidade de responsabilização objetiva do Estado em hipóteses como a debatida nos autos, uma vez considerado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 no julgamento da ADC nº 16/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, o certo é que aquela Corte relegou ao Tribunal Superior do Trabalho reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa. Segundo o Exmo. Ministro Cezar Peluso, o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público. Exatamente nesse sentido é que se entende subsistir o dever do estado em responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas diante do elemento subjetivo, representado na culpa do agente.

Chega-se, portanto, à conclusão quanto à adequação da responsabilidade do ente público, ainda que de forma subsidiária, visto que se beneficiou da prestação de serviços da obreira.

Por fim, consoante se infere da análise do tema da negativa de prestação jurisdicional, o Tribunal Regional não apreciou a questão de o Município ser dono da obra e, via de consequência, da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, haja vista ser matéria não contida nas razões do recurso ordinário interposto.

Portanto, incide o óbice da Súmula nº 333 do TST.

FGTS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE

Em suas razões de recurso de revista, sustentou que a obrigação de recolhimento do FGTS é personalíssima, sendo incumbência do empregador. Aduziu que a responsabilidade subsidiária não pode abranger o recolhimento do FGTS, ante a falta de previsão legal. Apontou violação dos arts. 146 da Constituição Federal, 26, parágrafo único, da Lei nº 8.036/90, além de contrariedade à Súmula nº 331, IV, do TST.

O Tribunal Regional apreciou o tema apenas sob a ótica da natureza jurídica do FGTS, sem, contudo, emitir tese sobre a responsabilidade subsidiária alcançar o FGTS, cerne da controvérsia.

No entanto, por ser matéria de direito, bem como pelo fato de terem sido opostos embargos de declaração objetivando o pronunciamento expresso sobre o tema (Súmula nº 297, III, do TST), passa-se à análise da matéria.

É pacífico no âmbito da SBDI-1 desta Corte o entendimento de que a condenação subsidiária do tomador dos serviços abrange todas as parcelas devidas pelo devedor principal, incluindo as penalidades – tais como as multas previstas no art. 467 e a indenização substitutiva do seguro desemprego – o que, por certo, inclui o FGTS. Nesse sentido:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/93. ALCANCE. MULTAS PREVISTAS NOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e objeto do item IV da Súmula nº 331, o tomador dos serviços é subsidiariamente responsável por todas as obrigações trabalhistas não cumpridas pelo empregador, motivo por que as multas previstas nos arts. 467 e 477 da CLT se inserem entre as obrigações trabalhistas alcançadas pela responsabilidade subsidiária. Estando a decisão da Turma em consonância com a Súmula nº 331, item IV, do TST, descabe falar em divergência jurisprudencial, a teor do art. 894, inciso II, *in fine*, da CLT. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-ED-RR-47800-51.2007.5.15.0126, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 20.08.2010)

“RECURSO DE EMBARGOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MULTAS PREVISTAS NOS ARTS. 467 E 477 DA CLT E NAS CONVENÇÕES COLETIVAS. VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. A Súmula nº 331, item IV, desta Corte Superior, ao consagrar o entendimento acerca da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas não adimplidas pelo empregador, não fez qual-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

quer discriminação ou limitação de parcelas. Assim, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária alcança, também, as multas aplicadas à parte, por força de norma legal ou convencional. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (E-ED-RR-54400-88.2007.5.15.0126, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 04.06.2010)

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE. MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT E MULTA DE 40% DO FGTS. Infere-se da diretriz consagrada na Súmula nº 331, IV, do TST que o tomador de serviços é subsidiariamente responsável por todos os créditos decorrentes do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador, aí incluídas a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT e a multa de 40% do FGTS. Precedentes desta SDI-I. Recurso de embargos conhecido e não provido, no tópico.” (E-ED-RR-21885-84.2005.5.20.0011, Rel. Min. Rosa Maria Weber, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 30.03.2010)

Portanto, não procede o inconformismo do reclamado. Incidência, na espécie, do óbice da Súmula nº 333 do TST.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 16 de fevereiro de 2011. *Flavio Portinho Sirangelo*, juiz convocado relator.

TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DO RELATOR QUE DENEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ACÓRDÃO REGIONAL QUE REGISTRA A CONTRATAÇÃO DE FALSA COOPERATIVA DE TRABALHO POR PARTE DO MUNICÍPIO RECLAMADO. TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR, QUE ATRAI A INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NA SÚMULA Nº 331, IV, DO TST, SEM QUE DISSO DECORRA QUALQUER

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

MANIFESTAÇÃO TENDENTE A DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. VERIFICAÇÃO EM CONCRETO DA EXISTÊNCIA DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE NÃO SE MOSTRA EM COLISÃO COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/DF. DECISÃO DO TRIBUNAL AFINADA COM A JURISPRUDÊNCIA UNIFORME DO TST, NÃO COMPORTANDO REVISÃO EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. Hipótese que não se prende à simples aplicação irrestrita da Súmula nº 331, IV, do TST, mas à efetiva constatação de culpa do agente público levada a efeito pela instância revisora. As circunstâncias do caso, apoiadas nos pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Regional, evidenciam a intermediação de mão de obra através de cooperativa inidônea e a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações pelo ente público. Mesmo considerado o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF pelo Supremo Tribunal Federal em 24.11.2010, relegou a egrégia Corte Suprema, ao Tribunal Superior do Trabalho, a possibilidade de reconhecer a responsabilidade do Estado com base nos fatos de cada causa.

Agravo interno a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AG-AIRR-41140-02.2008.5.11.0002 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-41140-02.2008.5.11.0002, em que é agravante MUNICÍPIO DE MANAUS e são agravadas MARILDA MIRANDA SARMENTO e COOPERATIVA DE TRABALHO E SERVIÇOS EM GERAL LTDA. – COOTRASG.

Trata-se de agravo oposto à decisão deste relator (fl. 219/220v.), que denegou seguimento, na forma do art. 557, *caput*, do CPC, ao agravo de instrumento que havia sido interposto pelo ora agravante, visando a destrancar recurso de revista da decisão proferida na causa no âmbito do Tribunal Regional.

Reitera, em síntese, o teor de seus argumentos quanto à ausência de responsabilidade, remetendo ao julgamento da ADC nº 16/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Manifestação do Ministério Público do Trabalho à fl. 216/217 pelo desprovimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

1 – CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 220v e 223) e regular a representação (OJ nº 52/SBDI-1/TST). Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO.

2 – MÉRITO

O agravo de instrumento teve seu seguimento denegado, conforme o que dispõe o art. 557, *caput*, do CPC, ficando, assim, confirmado o despacho então agravado por seus próprios fundamentos.

Inconformado, o 2º reclamado interpôs o presente agravo interno, buscando demonstrar o cabimento do seu recurso de revista, nos termos preconizados nas razões do agravo de instrumento.

Na espécie, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário do Município, mantendo a condenação subsidiária a ele imposta. Consignou, no que importa aqui examinar, o seguinte, *in verbis*:

“Da análise dos autos constata-se que a obreira laborou para o Litisconsorte – SEMED, conforme se observa na documentação acostada aos presentes autos especificadamente contracheques de fls. 14/67 onde consta a lotação da mesma, muito embora tenham sido confeccionados pela Reclamada – COOPERATIVA DE TRABALHO E SERVIÇOS EM GERAL LTDA.

Nesse contexto, a forma de prestação de serviços permite vislumbrar a ocorrência de irregularidades na contratação da obreira, tendo em vista que, em nenhum momento, verificou-se a presença do *animus* de integrar de forma autônoma a Cooperativa, ou seja, a Reclamante sempre prestou serviços no mesmo local e de forma subordinada, inexistindo qualquer possibilidade da necessária autonomia para caracterizá-la como cooperada da referida Cooperativa.

A matéria em discussão trata de contratação de servidor, pelo Ente Público, no caso, a Prefeitura Municipal, sem a realização de concurso público, desobedecendo exigência contida no art. 37, e respectivos incisos e parágrafos, da CF/88.

A arguição de nulidade por infringência ao disposto no inciso II do art. 37 e seu § 2º da CF/88 não merece acolhimento. Esse disposi-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

tivo deve ser analisado juntamente com o inciso IX do mesmo artigo constitucional, que permite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de interesse público. No entanto, se a administração pública ultrapassar a temporariedade prevista nas leis especiais, não há como se concluir pela nulidade do ajuste, porque, além desses regimes, existe um terceiro, não menos importante, que deverá presidir às relações de trabalho, não para assegurar a permanência no emprego público, vale dizer, a estabilidade alcançada por aqueles que ingressaram através do concurso público, porém, para haver dela as reparações pela dispensa imotivada.

O Direito do Trabalho deve ser interpretado como o conjunto de regras tutelares, o que importa afirmar que visam, precipuamente, à proteção do trabalhador em face do poder do empregador que detém os meios de produção, inquirir de nulidade uma relação jurídica de trabalho que produziu todos os seus efeitos, como a concessão de férias, licenças, 13º salário, recolhimento previdenciário, igualmente inerentes aos servidores públicos de modo geral, implicaria na negativa do princípio constitucional da isonomia legal.

Nesse particular, vale frisar que, muito embora o Litisconsorte, ora Recorrente, mencione a existência do sistema cooperativo, tal alegação não deve ter o condão de desvirtuar o elemento oneroso do vínculo trabalhista entre a obreira e a Reclamada, uma vez que quem assalaria e dirige a prestação de serviços é o empregador, como expresso no art. 2º da CLT. No caso do Reclamante, embora formalmente seu vínculo fosse sob a denominação de “cooperado” junto à Reclamada, está configurada a fraude.

(...)

Convém salientar que o Litisconsorte, ao contratar Cooperativas, assume a responsabilidade pelos contratos, atraindo para si a culpa *in eligendo*, quando não seleciona, com critério, aquela que iria prestar os chamados serviços contratados, e a culpa *in vigilando*, quando impõe uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a prestadora de serviços cumprindo as suas obrigações trabalhistas, devendo, inclusive, condicionar a liberação de sua prestação à prévia comprovação de quitação por parte da contratada.

Nesse sentido, deve ser mantida a Sentença do Juízo *a quo*, considerando a manutenção na lide da Reclamada, e a condenação subsidiária do Litisconsorte. A responsabilidade subsidiária decorre não apenas da culpa *in eligendo*, mas também *in vigilando*, considerando que o admi-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

nistrador tem o dever de acompanhar o cumprimento integral das leis trabalhistas, não permitindo que o empregado seja prejudicado.

No caso em tela, o que se vê é que o Município, ora Litisconsorte, não cuidou de verificar se os direitos trabalhistas do Reclamante estavam sendo respeitados, sendo o mesmo conivente com a fraude na contratação.

Assim, a Reclamada agiu igualmente sob a falsa condição de que a obreira era “cooperada”, colocando os serviços desta sob a ingerência do Município, ora Litisconsorte, agindo como típica empresa interposta.

Nesse sentido, está a Súmula nº 331 do TST, que consolida o entendimento dominante dos nossos tribunais sobre o assunto, a saber:

(...)

Nesse mesmo sentido estão as decisões unânimes de outros Regionais, conforme as seguintes ementas:

(...)

Dessa forma, depreende-se dos incisos II, III e IV da Súmula nº 331 do c. TST, que a responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços atinge até mesmo a Fazenda Pública, na medida em que as obrigações trabalhistas forem inadimplidas.

Reconheço, assim, a existência de vínculo empregatício entre a obreira e a Cooperativa, devendo a Sentença primária ser mantida quanto a este ponto.” (fls. 172/175)

Em suas razões recursais de fls. 223/233, sustenta o agravante, em síntese, que não foi observada a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16/DF, em que se afastou a incidência da Súmula nº 331, IV, do TST. Assevera que a edição do verbete também não observou o debate sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo legal, mas, tão somente, a atribuição de certa interpretação à norma, além do que a mesma se limitaria a afastar a incidência da Lei Federal, em ofensa à Súmula Vinculante nº 10/STF.

Reafirma tese quanto à ausência de responsabilidade, visto que os direitos sonogados devem ser reavidos pelo empregado em face de quem efetivamente os lesou, sendo que, em nome da supremacia do interesse público, não pode o erário arcar com o prejuízo de particulares.

Todavia, verifica-se que nem o Tribunal Regional nem esta Corte se ativeram apenas à aplicação da Súmula nº 331 do TST como fundamento da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

responsabilidade do município, partindo precipuamente da análise da culpa na contratação e fiscalização, tendo em vista, conforme consta do acórdão regional, que a 1ª reclamada se revestia da falsa égide de cooperativa de mão de obra, sem jamais observar os princípios elementares que regem o sistema cooperativista, desvirtuando o contrato estabelecido.

De fato, entendeu o Regional, soberano na análise dos fatos e provas, pela existência de irregularidades na relação de trabalho da reclamante, que não integrava de forma autônoma a cooperativa, como exige a Lei nº 5.764/71, sempre prestando serviços no mesmo local e de forma subordinada, sendo manifesta a fraude, nos termos do art. 9º da CLT, a ensejar o reconhecimento do vínculo empregatício.

O exame da culpa foi feito à saciedade pelo Tribunal de origem, que esclareceu o seguinte, *in verbis*:

“Convém salientar que o Litisconsorte, ao contratar Cooperativas, assume a responsabilidade pelos contratos, atraindo para si a culpa *in eligendo*, quando não seleciona, com critério, aquela que iria prestar os chamados serviços contratados, e a culpa *in vigilando*, quando impõe uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a prestadora de serviços cumprindo as suas obrigações trabalhistas, devendo, inclusive, condicionar a liberação de sua prestação à prévia comprovação de quitação por parte da contratada.

Nesse sentido, deve ser mantida a Sentença do Juízo *a quo*, considerando a manutenção na lide da Reclamada, e a condenação subsidiária do Litisconsorte. A responsabilidade subsidiária decorre não apenas da culpa *in eligendo*, mas também *in vigilando*, considerando que o administrador tem o dever de acompanhar o cumprimento integral das leis trabalhistas, não permitindo que o empregado seja prejudicado.

No caso em tela, o que se vê é que o Município, ora Litisconsorte, não cuidou de verificar se os direitos trabalhistas do Reclamante estavam sendo respeitados, sendo o mesmo conivente com a fraude na contratação.

Assim, a Reclamada agiu igualmente sob a falsa condição de que a obreira era “cooperada”, colocando os serviços desta sob a ingerência do Município, ora Litisconsorte, agindo como típica empresa interposta.” (fl. 174 – grifo nosso)

Ora, dispõe a Constituição Federal que a República Federativa do Brasil se constitui em estado democrático de direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, *caput*,

incisos III e IV). Erige, ainda, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a proteção do salário (art. 7º, X).

Ofende, com efeito, a ordem jurídica a utilização, pela Administração Pública, de meios inidôneos para contratação de mão de obra, em desvirtuamento não apenas dos princípios da legalidade e da moralidade, mas também do concurso público. Ademais, dos elementos dos autos, resta patente o descumprimento do dever de cuidado por parte do administrador, que incorreu em culpa na contratação de cooperativa fraudulenta e na fiscalização do cumprimento das obrigações pela contratada.

Sergio Cavalieri Filho, ao esclarecer a distinção entre omissão genérica e específica do Estado, assevera que, quanto a esta última, existe um dever individualizado de agir, que é descumprido quando o ente público, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento na situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo (In: *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 240). Para este doutrinador, como para outros ilustres juristas, a responsabilidade da administração nessa hipótese será objetiva, não se referindo o art. 37, § 6º, da Constituição Federal apenas à atividade comissiva do Estado, mas, pelo contrário, à ação a que alude e engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. É o que bem analisa Yussef Said Cahali, para quem “desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordam todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência” (In: *Direito Administrativo brasileiro*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 630).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ, reconheceu a responsabilidade objetiva do Município do Rio de Janeiro por acidente ocorrido no interior de uma de suas escolas em face do comportamento omissivo do agente público. Entendeu a Suprema Corte, em voto magistral do Exmo. Ministro Celso de Mello, que o funcionário escolar se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir, enfatizando que o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno, os quais, muitas vezes, decorrem da inércia, da omissão ou da indiferença dos servidores estatais (RE 109.615/RJ, Rel. Exmo. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 02.08.1996).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Seguindo a mesma linha de raciocínio, é razoável exigir-se do administrador público que, ao contratar empresa para a prestação de serviços, exerça a fiscalização do objeto pactuado, inclusive a regularidade do cumprimento das obrigações trabalhistas. Conforme bem ilustrou o Regional, a liberação do pagamento ao prestador deve ser precedida por prévia comprovação de quitação destas obrigações. Ora, se é verdade que incumbe ao contratado responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71, *caput*, Lei nº 8.666/93), não menos verdade é que esta mesma execução “*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*”, como prevê o art. 67, *caput*, da lei de licitações, dispositivo do qual se destaca, ainda, o § 1º, *in verbis*: “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*”.

Conforme se verifica, o dever de cuidado na hipótese encerra expressa e específica previsão legal.

Ainda que se considere como afastada pelo Supremo Tribunal Federal a hipótese de responsabilização objetiva do Estado em hipóteses como a debatida nos autos, uma vez considerado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 no julgamento da ADC nº 16/DF, relegou a egrégia Corte ao Tribunal Superior do Trabalho a possibilidade de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa. Não seria razoável que o TST estivesse tolhido de, no exercício regular de sua jurisdição, reconhecer, à base de outras normas, dependendo das causas, a responsabilidade do poder público. Exatamente nesse sentido é que se entende subsistir o dever do estado em responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas diante do elemento subjetivo, representado na culpa do agente.

Chega-se, portanto, à conclusão quanto à adequação da responsabilidade do ente público, ainda que de forma subsidiária, visto que se beneficiou da prestação de serviços da obreira.

Esse entendimento decorre da necessidade de se dar maior eficácia às normas constitucionais já anteriormente citadas, bem como à orientação segundo a qual a Administração Pública possui o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pelas empresas com quem contrata, sendo certo que eventual descumprimento da obrigação ora imposta por parte da empregadora direta enseja a sua responsabilização, quando observada a culpa.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A interpretação foi conferida pelo TST à luz dos princípios constitucionais da proteção do trabalho, dignidade da pessoa humana e da teoria do risco, com o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça aquele que se beneficiou do trabalho.

Não se trata, portanto, de hipótese de presunção de culpa, mas de sua verificação em concreto pela instância revisora, cuja conclusão não pode ser alterada sem a reanálise dos fatos e provas dos autos, o que é vedado a esta Corte, a teor da Súmula nº 126 do TST.

A discussão quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ou de ofensa à Súmula Vinculante nº 10 do STF, conforme se vê, passa ao largo da questão crucial dos autos diante do reconhecimento da culpabilidade do agente.

Nessas condições, não colhe procedência a pretensão de revisão ou reforma da decisão agravada, demonstrado que ficou o descabimento do recurso de revista intentado pelo agravante.

Dessa forma, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

Brasília, 16 de fevereiro de 2011. *Flavio Portinho Sirangelo*, juiz convocado relator.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

| | |
|--|-----|
| Ação civil pública. Terceirização de atividade-fim..... | 165 |
| Responsabilidade subsidiária. Administração pública..... | 183 |
| Responsabilidade subsidiária. Ente público..... | 190 |
| Responsabilidade subsidiária. Inadimplemento e inidoneidade da prestadora de serviços..... | 198 |
| Responsabilização trabalhista de entes estatais terceirizantes..... | 206 |
| Terceirização. Culpa <i>in vigilando</i> . Administração pública..... | 217 |
| Terceirização. Responsabilidade subsidiária..... | 223 |
| Terceirização de atividade pública. Responsabilidade subsidiária..... | 230 |
| Terceirização irregular. Responsabilidade subsidiária..... | 242 |