

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho

LUIZ CARLOS LIMA DA CRUZ

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
ENCARGOS TRABALHISTAS NOS
CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO**

Brasília – DF

2012

LUIZ CARLOS LIMA DA CRUZ

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
ENCARGOS TRABALHISTAS NOS
CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO**

**Monografia apresentada como requisito
à obtenção do título de especialista em
Direito do Trabalho e Processo do
Trabalho, no curso de Pós-graduação
Lato Sensu do Instituto Brasiliense de
Direito Público - IDP**

Brasília – DF

2012

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. CONCEITOS BÁSICOS DO DIREITO DO TRABALHO	8
2. TERCEIRIZAÇÃO	10
3. ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO.....	15
4. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	17
5. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA.....	56

INTRODUÇÃO

A questão a ser enfrentada nesse trabalho é a respeito da temática da responsabilidade subsidiária admitida pelo TST em contratos de terceirização firmados com a Administração Pública.

O tema ganhou novo contorno considerando a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16 em face do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), em que se objetiva afastar referido entendimento a respeito da responsabilidade da Administração Pública.

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública está prevista no item IV da Súmula de Jurisprudência n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

“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 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).”

Por outro lado, o artigo art. 71, § 1º da Lei de Licitações dispõe expressamente que não há responsabilidade da Administração Pública por débitos do contratante, débitos do prestador de serviços terceirizados em face de seus empregados.

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

§ 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2o A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)”

Tendo em vista essa aparente discordância entre as disposições da citada norma legal e do item IV da súmula do TST, passou-se a entender que a Corte Trabalhista havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do ato normativo, sem, no entanto, observar a chamada cláusula de reserva do plenário, com sede no art. 97 da Constituição Federal, que assim dispõe:

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.

Além disso, foi alegado que o referido verbete também estaria em afronta à Súmula Vinculante n. 10, cujo teor é o seguinte:

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

Com esses argumentos, diversos entes públicos ajuizaram reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, também foram providos dois agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento a reclamações, ajuizadas contra acórdãos do TST, nas quais se apontava ofensa à Súmula Vinculante n. 10. Nessas

reclamações, foi determinado "*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, ora declarada*" [01].

O problema que se coloca tem sido debatido nos pretórios trabalhistas de forma rotineira, havendo posições a favor e contra. Trata-se do que se tem denominado responsabilidade subsidiária da Administração Pública dos créditos do trabalhador em contratos administrativos em que há terceirização na prestação de serviços.

Por ocasião do julgamento pelo STF da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16 em face do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), na qual foi declarada a constitucionalidade do referido artigo, essa questão voltou a ser discutida.

No mérito, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significava que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Afastou-se a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, entendendo-se, por conseguinte, que o elemento culpa haveria de estar presente, para atrair a responsabilidade do ente público. Nesse sentido, a responsabilidade subjetiva da Administração Pública somente poderia ser discutida, em tese, havendo ausência de vigilância, ou seja, culpa "in vigilando", se configurada a relevante omissão do Órgão Público, que, por traduzir-se em ato omissivo, deverá ser comprovada perante a Justiça do Trabalho à luz do contraditório.

Na apreciação do tema, foi decidido pela maioria dos Ministros que o artigo 71 e seu parágrafo único são constitucionais, e que o TST não poderia generalizar todas as situações, devendo analisar caso a caso se a inadimplência da contratada decorre de alguma omissão do dever de fiscalização pelo órgão público contratante.

Ou seja, a contrario sensu, conclui-se que a exclusão de responsabilidade prevista na redação dos dispositivos somente é aplicável quando constatado que a Administração foi diligente no dever de fiscalizar a execução do objeto contratual, inclusive no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada diretamente envolvidos naquela execução. O próprio ministro Cezar Peluso afirmou que "O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a

responsabilidade do poder público”. Ainda conforme o ministro, 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. Por se estar tratando de uma possível omissão do poder público, deve-se ter em mente que a responsabilidade é subjetiva, conforme entendimento firmado em outros julgados pelo próprio STF.

Diante da atual situação em relação ao tema, o TST, por um de seus ministros, sugeriu que a questão não precisa ser resolvida sob a ótica exclusivamente constitucional, sendo possível julgar a matéria sob a ótica do ordenamento jurídico considerado de forma mais ampla. “na verdade já existem normas e regulamentos da Administração Pública Federal brasileira que demonstram e determinam que os entes públicos contratantes têm o dever de fiscalizar profundamente o cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas”.

O ministro mostrou-se preocupado com a situação ambígua que existe entre o Estado que defende o trabalhador e, ao mesmo tempo, não se preocupa em saber como o trabalho será executado pelo mesmo. “choça que o mesmo Estado de Direito democrático que tem de valorizar o trabalho humano pode contratar uma entidade privada e nem cogitar que os trabalhadores que prestam serviços não estão recebendo as verbas trabalhistas. Choca o fato de serem ignoradas, muitas vezes, as normas trabalhistas e, assim, os direitos fundamentais que asseguram a subsistência digna dos trabalhadores”.

1. CONCEITOS BÁSICOS DO DIREITO DO TRABALHO

Para Mauricio Godinho Delgado: “O Direito Individual do Trabalho define-se como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas” (Mauricio Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, 4ª Ed., São Paulo: LTr, 2005).

Enquanto Direito Coletivo do Trabalho, é definido pelo insigne mestre como sendo: “o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais de empregados, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações”.

Pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade são requisitos básicos para caracterizar a figura do empregado. Por sua vez, o artigo 3º da CLT conceitua empregado ao dispor que: “considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”. Observa-se que o empregado não pode ser pessoa jurídica, deve prestar o serviço pessoalmente, mediante uma contraprestação salarial, e ainda, que o serviço por ele desempenhado deve seguir uma continuidade além de ser subordinado, isto é, o serviço é dirigido pelo empregador.

Assim, são sujeitos da relação de emprego, o empregado e o empregador. Este é definido no art. 2º, da CLT, in verbis: “empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”. Por sua vez o parágrafo segundo do mesmo artigo equipara à figura do empregador “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos que admitirem trabalhadores como empregados”. É também o parágrafo segundo que trata da responsabilidade solidária que as empresas de um mesmo grupo econômico têm em relação aos empregados.

O contrato de trabalho, fonte de obrigações, encontra sua origem na sociedade romana, que tinha atividade produtiva baseada na prestação de serviços. No entanto, a relação que se estabelecia era de trabalho escravo e a relação entre o escravo e o seu dono

não era contratual e sim de propriedade. (Délío Maranhão In Arnaldo Sussekind et alii, Instituições de Direito do Trabalho, v. I, 22ª Ed., São Paulo: LTr, 2005).

O instituto romano mais próximo do contrato de trabalho da atualidade é a *locatio operarum*, cujo traço marcante de sua disciplina era a grande liberdade contratual e o absenteísmo por parte do Estado. O locador (figura correspondente ao empregado atual) tornava-se um verdadeiro servo do conductor (que correspondia ao empregador).

Para Délío Maranhão o contrato de trabalho “é um contrato de Direito Privado, intuito *personae* em relação à pessoa do empregado, sinalagmático, consensual, sucessivo, oneroso e que pode vir acompanhado de outros contratos acessórios”.

Sobre os elementos do contrato de trabalho, é bom lembrar que são comuns à maioria dos contratos, principalmente: a capacidade das partes – por determinação constitucional, o menor de dezesseis anos é incapaz para firmar contrato de trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos. Dos dezesseis aos dezoito anos, o menor é relativamente capaz para firmar contrato de trabalho, adquirindo, aos dezoito anos, capacidade plena. Outro elemento indispensável, aos contratos em geral e, por conseguinte, aos contratos de trabalho, é a licitude do objeto – o objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salários. No entanto, este objeto deve ser revestido de licitude. O contrato de trabalho, como pactos que são, firmados por seres humanos, chegam ao fim e sua cessação, segundo Martins “é a terminação do vínculo de emprego, com a extinção das obrigações para os contratantes.” (Sérgio Pinto Martins, Direito do Trabalho, 11ª Ed. São Paulo. Atlas, 2000).

2. TERCEIRIZAÇÃO

Apesar de a terceirização estar difundida em todo mundo, no Brasil, o tratamento legal mais específico dado ao tema é oriundo do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Enunciado 331. Segundo Liduína Araújo Campos: “*A terceirização é um fenômeno atual e irreversível no mercado de trabalho nacional, e sua utilização pela Administração Pública, mesmo não havendo uma legislação específica para o tema, vem sendo incentivada desde o tempo do Decreto 200/67*” (Terceirização de Serviços Públicos/Boletim Jurídico/ www.boletimjuridico.com.br).

Diante do silêncio da Constituição Federal, que só prevê as formas diretas de contratação de trabalhadores pelos entes da Administração direta e indireta, o Decreto-lei 200/1967 passou a prever a possibilidade de que a Administração Federal se desobrigue da “*realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível à execução indireta, mediante contrato*”. Estava inaugurada a possibilidade da terceirização de serviços para a Administração Pública, com o bem intencionado escopo original de melhorar a eficiência da sua atuação.

Importante ressaltar que aqui não se está tratando do tão comum desvirtuamento da terceirização, qual seja, a mera intermediação de mão-de-obra, com o fornecimento de trabalhadores para atuação junto aos entes públicos, sob o controle e comando da própria Administração. Tal desvirtuamento, embora expressamente vedado, sempre foi utilizado à larga pelos entes públicos, seja por interesses pessoais dos administradores de plantão, seja por interesses eleitoreiros, ou mesmo para se furta à burocracia do certame público. Quanto a este caso, assim se posicionou Di Pietro:

“*Esse instituto (terceirização) tem sido constantemente utilizado como forma de burlar a exigência do concurso público. Mascarado sob a forma de contrato de prestação de serviços, ele oculta verdadeiro contrato de fornecimento de mão-de-obra, em que aparecem os atributos da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da empresa contratada e o tomador de serviços, caracterizando verdadeira relação de emprego*” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Apresentação de Ramos, Dora Maria de Oliveira, Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2011, p. 10).

No entanto, a jurisprudência do TST, consubstanciada no enunciado da súmula n. 331, item IV, se dirige às possibilidades lícitas de terceirização pela Administração, ou seja, naquelas situações em que não há pessoalidade ou subordinação direta com o ente público, sendo a atividade exercida de forma autônoma pela empresa contratada, que dirige e assalaria seus trabalhadores.

A terceirização de serviços no âmbito do Direito do Trabalho trata-se de um mecanismo anômalo de contratação de força de trabalho, que foge à fórmula clássica de relação empregatícia bilateral (CLT artigos 2º e 3º). Com ela surgem as figuras da empresa prestadora de serviços, contratante formal do empregado e, aparentemente o empregador, e a empresa tomadora de serviços, efetiva beneficiária da força de trabalho do obreiro, que se revela, em realidade, como um empregador disfarçado.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST, buscando normatizar a matéria, traçou um marco distintivo entre a terceirização lícita e ilícita. Enquanto esta tem como característica a contratação para o trabalho prestado em atividade finalística da empresa, ou seja, os serviços especializados que são nucleares e essenciais à dinâmica empresarial, aquela se caracteriza pela contratação de trabalhos relacionados à atividade-meio do tomador, desde que ausentes a pessoalidade e subordinação direta. Já a consequência da atividade terceirizada ilícita é a formação de vínculo de emprego diretamente com a tomadora de serviços, e assim, reconhecida como válida pela jurisprudência, tem-se a responsabilidade subsidiária do tomador, embora o liame empregatício permaneça ligado ao prestador, responsável direto e primeiro pelas obrigações trabalhistas para com o obreiro.

É o que se extrai do entendimento consagrado pelo Enunciado n. 331 da súmula de jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Assim, o problema da responsabilidade subsidiária, tem surgido quando a relação jurídica trabalhista envolve ente público. Tratando-se de terceirização irregular, impossível cogitar-se da formação do vínculo de emprego com a Administração Pública, com ocorre com as empresas privadas, pois olvidada a formalidade essencial do concurso público (CF, art. 37, inciso II). Tal questão vem expressamente tratada no inciso II do enunciado nº 331 do TST. Já no caso da terceirização lícita, surge a questão acerca da possibilidade de, a exemplo do que ocorre no campo privado, também responsabilizar a Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações de índole trabalhista para o obreiro. No entanto, tem-se,

como legislação disponível sobre o assunto o artigo 71, parágrafo primeiro, do estatuto das licitações (Lei 8.666/93), que veda a transferência ao contratante da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais.

“Até o começo do século XX, a forma predominante de contratação, devido ao paradigma da produção em massa, era a integração vertical, onde a organização deveria reunir todas as atividades do segmento econômico por ela desenvolvido. A partir dos anos setenta, uma nova forma de estrutura organizacional passou a ser configurada, em especial na área industrial, acarretando diversas mudanças, tais como: formas diversas de organização do trabalho, revolução na base técnica, considerando a adoção de novas tecnologias, e, principalmente, uma nova forma de relacionamento ente empresas/firmas” (João Amato Neto. Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação, Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 32, n. 2, mar/abr.1995, p. 34).

Essa forma de estruturação, no que concerne à relação entre as empresas/firmas, destina-se a procurar o enfoque principal da organização, relegando-se a outra as tarefas que não se relacionam a esse enfoque (essa é a razão para a utilização do termo “focalização”). Nesse aspecto, o fenômeno da terceirização encontra-se inserido, adaptando-se a outros segmentos que não somente o industrial. Da mesma forma, a terceirização também é praticada no âmbito da Administração Pública.

A terceirização não é um instituto jurídico. Trata-se de uma estratégia na forma de administração das empresas, observada a partir da 2ª Guerra Mundial com a necessidade de produção de material bélico. A indústria bélica, completamente sobrecarregada e sem condições de atender à demanda, passou a delegar serviços a terceiros. Tal experiência acarretou uma mudança no modelo de produção tradicional. Do modelo de produção denominado “fordismo”, onde se centralizavam todas as etapas da produção sob um comando único, passou-se ao modelo denominado “toyotismo”, com a desconcentração industrial, o enxugamento das empresas, mantendo apenas o negócio principal, e o aparecimento de novas empresas especializadas a serviço da empresa principal. A estrutura vertical tomou forma horizontal com o objetivo de concentrar as forças da empresa em sua atividade principal, propiciando maior especialização, competitividade e lucratividade.

Na terceirização, verificam-se três tipos de relações jurídicas. A primeira, envolvendo a empresa prestadora dos serviços e a empresa tomadora – no caso, uma

relação jurídica de ordem civil; a seguir, têm-se uma segunda relação jurídica, envolvendo o trabalhador e a empresa prestadora – configurando uma relação de emprego; finalmente, existe uma relação de trabalho, que surge do envolvimento entre o trabalhador e a empresa tomadora.

A denominação brasileira dada ao fenômeno demonstra a intenção de transferir a posição de empregado a uma terceira pessoa, que passa a ser responsável pelo pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados, bem como pelo recolhimento dos encargos sociais.

Portanto, a natureza jurídica da terceirização é contratual, consistindo no acordo de vontades celebrado entre duas empresas, de um lado a contratante, denominada tomadora, e de outro, a contratada, denominada prestadora, pelo qual esta prestará serviços especializados àquela, de forma continuada e em caráter de parceria.

A relação entre a empresa tomadora e a empresa prestadora, decorrente da terceirização, é sempre contratual. Por se tratar de acordo entre duas empresas (pessoas jurídicas), é uma relação de Direito Civil, que não interessa ao Direito do Trabalho, porquanto este só se ocupa dos contratos entre empregados (pessoas físicas) e empregadores (pessoas jurídicas).

A relação estabelecida entre a empresa prestadora de serviços e os trabalhadores é, em princípio, uma relação de emprego; ou seja, estes são empregados daquela. Já a relação que se estabelece entre os trabalhadores e a empresa tomadora é, também em princípio, uma simples relação de trabalho. Esta relação, entretanto, poderá converter-se em relação de emprego, caso a terceirização seja considerada ilícita, isto é, se ocorrer em atividade-fim da tomadora ou, ainda que ocorra em atividade-meio, se houver pessoalidade ou subordinação direta.

Em resumo, pode-se dizer que na terceirização lícita, a relação entre os trabalhadores e a empresa prestadora de serviços é uma relação de emprego e a relação entre aqueles e a tomadora de serviços, é uma simples relação de trabalho. Por outro lado, na terceirização fraudulenta, a relação de emprego se forma diretamente entre os trabalhadores e a empresa tomadora, não havendo nem mesmo relação de trabalho entre aqueles e a prestadora que pode ser considerada mera “testa-de-ferro” da tomadora.

Principais modalidades de terceirização:

- a. A Terceirização de serviços, que corresponde à terceirização para dentro da empresa, que equivale à *locatio operarum*, do Direito Romano. Neste caso, a empresa tomadora incorpora em seus quadros o trabalho de empregados de outra empresa. A tomadora continua sendo responsável pela produção de bens e atividades, ressaltando-se a utilização de mão-de-obra terceirizada. Esta é a hipótese do enunciado 331 do TST.
- b. A Terceirização de atividades, que corresponde aquele processo que ocorre para fora da empresa. Corresponde à *locatio operis* do Direito Romano. Nesta modalidade, certas atividades são descentralizadas (inclusive o vínculo empregatício) para outras empresas que irão responsabilizar-se por toda a dinâmica produtiva. O que antes era totalmente produzido por uma empresa passará a ser produzido por outra, que entregará o produto pronto à primeira.

São hipóteses lícitas de terceirização:

1. Trabalho temporário. Serviços de vigilância patrimonial. Serviços de conservação e limpeza. A terceirização só tem amparo legal nas restritas hipóteses previstas para o trabalho temporário – Lei 6.019/74 – e para os serviços de vigilância patrimonial – Lei 7.102/83. Por construção jurisprudencial do TST, os serviços de conservação e limpeza passaram a ser admitidos nessa forma de contratação, não apresentando qualquer dificuldade de conceituação.
2. Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. O item III do enunciado 331 do TST abriu a possibilidade, ainda, para a terceirização dos “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”. No entanto, a definição de “atividade-meio” é tarefa árdua, suscitando polêmica na doutrina e na jurisprudência por ter ampla e variada compreensão. Trata-se de flexibilização de um dos elementos tipificadores da relação de emprego, a não-eventualidade.

3. ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO

A expressão “atividade-meio”, conforme leciona Camino, refere-se aos serviços de apoio, acessórios, embora permanentes e necessários à atividade da empresa. É possível sistematizar os serviços não eventuais de uma empresa (permanentes e necessários) como um gênero que compreende como espécies os serviços essenciais ligados à atividade-fim empresarial e os serviços de apoio ligados à atividade-meio. Em oposição a esse gênero encontra-se outro gênero, os serviços eventuais, ligados a necessidades circunstanciais, emergenciais, prestados de forma pontual. Camino elucida a questão: “em síntese, a essencialidade não é sinônimo de não-eventualidade, mas uma espécie de não-eventualidade” (Carmem Camino. Direito Individual do Trabalho. Síntese, 2004, www.oabce.org.br).

O art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, classifica serviço como toda atividade destinada a obter utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, concerto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. Note-se que, via de regra, a contratação de serviços (e não de pessoal ou mão-de-obra) em conformidade à Lei n. 8.666/93 é relacionada com as atividades-meio da Administração, e não atividades-fim.

Para que a terceirização seja considerada lícita é imprescindível à concorrência de alguns fatores:

- a. A empresa prestadora deve ser especializada na atividade terceirizada;
- b. Não podem existir subordinação nem pessoalidade dos empregados da prestadora para com a tomadora;
- c. A atividade terceirizada deve ser acessória da empresa tomadora.

O TST, através do enunciado 331, denominou estas atividades acessórias de “atividades-meio”, de modo que as atividades principais, por conseguinte, ficaram conhecidas como “atividades-fim”. Aquelas são passíveis de terceirização, enquanto estas somente podem ser desempenhadas pelos empregados da tomadora. Sobre a diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim, Godinho sustenta que:

“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. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio, são aquelas funções e tarefas empresarias e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços” (obra citada).

4. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Embora a contratação de serviços pela administração pública já fosse praticada há muito mais tempo, a orientação favorável à transferência da execução de tarefas auxiliares para a iniciativa privada passou a constituir norma legal, no âmbito federal, apenas a partir da vigência do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, cujo art. 10, § 7º, estabelece:

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 e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A matéria foi regulamentada pelo Poder Executivo, nos termos do Decreto n.2.271, de 7 de julho de 1997, que “dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”. O art. 1º do referido Decreto, em seu caput, admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, ao passo que seu parágrafo primeiro contém enumeração de atividades a serem preferencialmente executadas mediante contratação e seu parágrafo segundo, em oposição, exclui a execução indireta para as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

É a seguinte a redação do dispositivo:

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 categoriais 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.

Ante a análise do trecho de norma exposto, constata-se a consonância entre o conteúdo deste dispositivo e o inciso III do Enunciado 331 do TST, anteriormente transcrito. É inegável que, aqui, não só o rol das atividades consignadas no § 1º vai bem além da vigilância, conservação e limpeza, como também não traduz somente uma admissibilidade legal, mas sim uma preferência administrativa pela execução indireta das atividades listadas. Ainda assim, não há divergência entre o Decreto e o Enunciado 331. Em ambos, a execução indireta, mediante contratação de serviços de terceiros, fica restrita às atividades-meio. Outro ponto de convergência entre o entendimento da Justiça do Trabalho e o Decreto regulamentar da terceirização no serviço público federal pode ser identificado ao se atentar para os termos de seu art. 4º.

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

I – indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

II – caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;

III – previsão de reembolso de salários pela contratante;

IV – subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

Os incisos II e III, acima, correspondem a uma expressa vedação a contratos cujo objeto seja a mera intermediação de mão-de-obra, aderindo ao disposto no primeiro item do Enunciado 331. Já o inciso IV exclui a possibilidade de relação de subordinação, igualmente afastada pelo item III do enunciado trabalhista. Embora o Decreto não vincule as demais esferas de governo, a possibilidade de terceirização de suas atividades-meio está inscrita em outro diploma legal. De fato, a contratação de serviços de terceiros pelos órgão

e entidades da administração pública está subordinada ao disposto na lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, aplicável igualmente aos Estados, Distrito Federal e Municípios. A ampla possibilidade de contratação desses serviços é evidenciada pelo inciso II de seu artigo 6º, que contém lista, de caráter exemplificativo, dos serviços cuja execução a administração pública deve preferencialmente transferir a terceiros, mediante contrato.

O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Embora também esta lista de serviços tenha caráter exemplificativo, seu último item, referente a trabalhos técnico-profissionais, comporta uma enumeração exaustiva, contida no art. 13 da mesma lei, uma vez que se admite a inexigibilidade de licitação para esses serviços:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Assim, pode-se concluir que a terceirização de serviços pela administração, é viável e lícita quando diz respeito as atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível quando destina-se ao exercício de atribuições próprias dos servidores de cargos efetivos próprios dos quadros do respectivo ente contratante, ou para o exercício de funções relativas ao poder de polícia administrativa ou prática de atos administrativos.

5. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ainda que a terceirização seja devidamente lícita, com a manutenção do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a prestadora de serviços, o item IV do enunciado 331 do TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial. Esta exigência é inspirada no Enunciado 205 do TST, cancelado em 21/11/2003, o que pode refletir no Enunciado 331. A condenação subsidiária decorre da culpa in eligendo e da culpa in vigilando, com base no caput do art. 927 do Código Civil.

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

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.

No caso, a jurisprudência prevê apenas o inadimplemento, da empresa prestadora, quanto às obrigações trabalhistas para a condenação subsidiária da empresa tomadora.

Na terceirização, com a Administração Pública, a responsabilidade é subsidiária, como os demais tomadores de serviços. Mesmo ante o disposto no § 1º do art. 71 da lei 8.666/93, a resolução 96/2000 do TST alterou o item IV do Enunciado 331 para fazer constar expressamente que a responsabilidade subsidiária estende-se “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”. Deve ser ressaltado que o § 2º do referido art. 71 prevê a responsabilidade solidária da Administração Pública pelos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos por ela firmados.

A partir de então, de modo a assegurar a responsabilidade subsidiária em caso de inadimplemento do demandado principal, a Administração Pública tem sido incluída no pólo passivo das reclamações trabalhistas, em que a prestação dos serviços do obreiro tenha algum liame com um contrato administrativo firmado entre a empregadora e o Poder Público.

5.1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A terceirização de serviços era prevista de forma restritiva no antigo Enunciado n. 256, que possuía a seguinte redação (A Terceirização e o Direito do Trabalho, 6ª edição. São Paulo. Atlas, 2003):

“ CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE

- Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 3-1-1974, e 7.102, de 20-6-1983m é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Res. 4/1986, DJ 30-9-1986)”.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, a respeito dos precedentes que deram origem à consolidação desse entendimento, muitos empregados de empresas de limpeza possuíam vínculo de emprego com o tomador de serviços, tendo em vista que, em muitos casos, entendia-se a existência de fraude à relação de emprego.

Somente era válida a contratação de serviços terceirizados em relação ao contrato de trabalho temporário e ao serviço de vigilância, sendo ilegal a contratação de trabalhadores pela empresa tomadora dos serviços, formando-se o vínculo de emprego diretamente com esta.

A atividade de vigilância foi, porém, tida por legal (Lei n. 7.102/83), porque os bancos não poderiam ter pessoal especializado a tal nível, como se exige na referida legislação, permitindo, assim, a contratação de terceiros para essa finalidade. O que se observa, contudo, do texto do Enunciado 256 do TST e das propostas de sua redação é que não foi proibido a uma empresa contratar serviços de outras; contudo, pela redação do referido verbete, a terceirização de limpeza e conservação estaria proibida (Martins, op. cit. pág. 130).

Portanto, o Poder Judiciário via com ressalvas a contratação de serviços terceirizados, por entender a existência de ilicitude da locação da força de trabalho. É o que se percebe do seguinte julgado que foi utilizado como precedente para edição do Enunciado 256:

O Trabalho temporário de conservação e asseio não pode ser objeto de contratação pela lei n. 6.019, por não se tratar de trabalho temporário. Menos ainda pela locação prevista no Código Civil, por ser atividade permanente, indispensável à vida da empresa. A contratação de locadora constitui fraude ao regime da CLT. Vínculo empregatício com o tomador do serviço quando há continuidade e o trabalho é prestado a uma única empresa [...] Ac. 2ªT 377/82, Proc. RR 889/81, j. 2-3-82. Rel. Min. Marcelo Pimentel.

Já no acórdão que deu origem ao próprio Enunciado 256 (RR 3.444/84), verifica-se o entendimento de que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois locação da força de trabalho seria uma conduta ilícita, tendo em vista que os *“homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas coisas”* (Martins, op. cit. p. 119).

Considerando esse entendimento restritivo da contratação para serviços terceirizados, começaram a surgir diversos questionamentos a respeito da licitude em relação à Administração Pública.

Alguns julgados afirmavam que a contratação era ilegal, devendo-se reconhecer o vínculo de emprego como tomador de serviços, outros entendia, que não havia qualquer ilegalidade nesse tipo de contratação, embora admitissem a responsabilidade solidária do tomador de serviços, e por último, havia os que não vislumbravam ilegalidade e não admitiam igualmente a possibilidade de condenação de ente público enquanto tomador de serviços.

Entretanto, segundo esclarece Sérgio Pinto Martins, o MPT ajuizou inquéritos civis públicos em face do BB e CEF, considerando que havia contratação de estagiários com o objetivo de não realização de concursos públicos para admissão. O argumento utilizado para a não observância da regra constitucional é que o TST possuía decisões mitigando a aplicação do Enunciado 256 do TST, além de permitir que fossem feitas contratações de serviços de limpeza e outros, de acordo com a lei n. 5.645/70.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, mediante expediente encaminhado ao presidente do TST, Procuradoria-Geral do trabalho requereu a revisão parcial do Enunciado n. 256, para o fim de excluir as empresas públicas, as sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, indireta, autárquica e fundacional e os serviços de limpeza. Contudo, o TST resolveu editar novo Enunciado, o de n. 331.

Discutiu-se a respeito da aplicabilidade da responsabilidade subsidiária consubstanciada na Súmula n. 331 ao Poder Público. Em razão disso, por intermédio da Resolução n. 96, de 11-9-2000, o TST deu nova redação ao inciso IV, falando expressamente da responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, afirmando que essa responsabilidade é cabível quando houver o inadimplemento do empregador. De acordo com esse entendimento, haveria a necessidade de que no processo judicial estivesse presente o tomador de serviços para o fim de constar no título executivo, como uma forma de garantia no processo de execução, por parte do empregado, e como garantia à defesa, por parte da Administração.

A Resolução n.96, de 11-9-2000, possui como origem o Acórdão proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUI) n. 297751/2000, que se transcreve, ressaltando-se os principais argumentos:

“Embora o art. 71 da lei n. 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 das regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades (...) Com efeito, evidenciando, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. (...) 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.(...) Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco Administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.”

Diogo Palau Flores dos Santos analisando os argumentos expendidos acima assim se posiciona (Terceirização de Serviços pela Administração Pública: Estudo da Responsabilidade Subsidiária, São Paulo: Saraiva, 2010 - (Série IDP).

“pelo que se depreende do julgado, o art. 71 de Lei de Licitações somente seria aplicado quando o contratado, ou seja, o empregador prestador de serviços agira “dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades”. Assim, de acordo com o que se extraído julgado acima, quando há o inadimplemento do prestador de serviços terceirizados, haverá a responsabilidade do tomador de serviços, no caso, a Administração Pública.”

Ainda, segundo aquele autor: *“outro argumento ventilado expressamente no mesmo julgado é o caso de “comportamento omissivo ou irregular” em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados. Dessa forma, a responsabilidade se originaria do que se denominou culpa in vigilando, por não obrigar o cumprimento das obrigações trabalhistas do empregador”*.

Por fim, o mesmo autor comenta: *“O último argumento que se evidencia do texto do julgado é referente à responsabilidade objetiva do Estado, que possui correspondência na Constituição brasileira, em seu art. 37, § 6º”. Corroborando esse argumento, o texto faz uma alusão ampla do que seria a origem do dano, que poderia ser direta, decorrente de ato da Administração Pública, ou indireta, decorrente de ato de “terceiro que com ela contratou”*.

Alega o autor que a responsabilidade subsidiária não se sustenta por diversos entendimentos e pelos próprios entendimentos que lhe deram origem.

“Assim, não há responsabilidade que se verifique através das culpas in vigilando e in eligendo, seja porque inexistentes, seja por ausência de previsão legal que exija a obrigação de fiscalização. Da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista a inexistência do nexo causal entre o que se alega a Administração omitir e o inadimplemento do prestador de serviços terceirizados”.

Não há que falar em culpa da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, porquanto inexistente obrigação legal que exija a fiscalização dos contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados, bem como inexistente qualquer questionamento referente à ilicitude. Da mesma forma, conclui-se que a responsabilidade objetiva do Estado não pode servir de parâmetro para imputação de responsabilidade, conquanto inexistente o nexo causal, elemento esse exigível em casos de risco administrativo.

Noutra linha de constatação, conclui-se que há um duplo fundamento para a imputação de responsabilidade da Administração Pública, entretanto, ao contrário de reforçar a argumentação, leva a tornar inconsistente esse posicionamento.

Com efeito, a omissão em não fiscalizar decorre de ato culposo, que deve ser investigado, enquanto o fundamento da responsabilidade por risco administrativo não exige a perquirição desse elemento.

Portanto, a responsabilidade da Administração Pública em razão do inadimplemento do prestador de serviços terceirizados não é admissível, seja com ou sem culpa.

No entanto, discordando do posicionamento acima transcrito, tem-se que 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 a regularidade da pessoa jurídica constituída, no ato da contratação, e 2) quanto a 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 (Claúdio Cairo Gonçalves. Contrato Administrativo. Tendências e Exigências Atuais. Belo Horizonte. Fórum, 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, (Claúdio Cairo Gonçalves. Contrato Administrativo. Tendências e Exigências Atuais. Belo Horizonte. Fórum, 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 utilizada 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 /2005:

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. (Romualdo Baptista dos Santos. Responsabilidade Civil. São Paulo. RT: 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. (Romualdo Baptista dos Santos. Responsabilidade Civil. São Paulo. RT: 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, Vaneska Donato de Araújo. Responsabilidade Civil. São Paulo. RT, 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 Cláudio Cairo Gonçalves. Contrato Administrativo. Tendências e Exigências Atuais. Belo Horizonte. Fórum, 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, Antonieta Pereira Vieira e Madeline Rocha Furtado. (Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública, 3ª Ed. Belo Horizonte. Fórum 2008, p. 31) asseveram 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 existem 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 participação 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.

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.

Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª Ed. Revista e Atualizada e Ampliada. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 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, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental 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 Ana Paula de Barcellos (A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro. Renovar 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 Paulo Bonavides. (Curso de Direito Constitucional. 14ª edição. São Paulo. Malheiros, 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 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 suas 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, ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço ou 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.

Ademais, o conceito de trabalho e seu respectivo valor social, elencado pela Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, para além de significar a força motriz da economia nacional, compreende, igualmente, o meio pelo qual o trabalhador assegura sua existência digna enquanto ser humano, conforme assevera De Plácido e Silva in Vocabulário Jurídico, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1963, págs. 1575, 1576:

"Por trabalho (...) entender-se-á todo esforço físico ou mesmo intelectual, na intenção de realizar ou realizar ou fazer qualquer coisa.

No sentido econômico e jurídico, porém, trabalho não é simplesmente tomado nessa acepção física: é toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas para um fim

econômico, isto é, para produzir uma riqueza, ou uma utilidade, suscetível de uma avaliação ou apreciação monetária.

Assim, qualquer que seja a sua natureza, e qualquer que seja o esforço que o produz, o trabalho se reputa sempre um bem de ordem econômica, juridicamente protegido.

(...)

No sentido constitucional, o trabalho, além de ser assegurado a todos, a fim de que possibilite uma existência digna ao trabalhador, é uma obrigação social. É, aliás, princípio de ordem socialista."

Sendo o trabalho, portanto, meio essencial para o atendimento das necessidades materiais dos obreiros enquanto seres humanos, não pode a legislação reduzir estes últimos a meros fatores de produção à disposição do capital. Nisso consiste, exatamente, a finalidade do Direito do Trabalho compreendido à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme bem assinala Luz Pacheco Zerga. *La Dignidad Humana en el Derecho Del Trabajo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2007 p. 317:

"La misma razón que dio origen a la especialización del Derecho del Trabajo en los inicios del siglo XX, justifica y justificará en el futuro su existencia: la de preservar la dignidad de quienes estén relacionados entre sí por un contrato de trabajo. Por tanto, esta rama del Ordenamiento posee una virtualidad específica, de perenne actualidad para lograr la paz social, por su carácter tuitivo, orientado a conseguir que las partes del contrato de trabajo sean respetadas en su calidad de sujetos del Derecho, evitando cualquier forma de coisificación, que implique sistemas o situaciones de servidumbre o esclavitud moral o física."

A evolução histórica das instituições jurídicas nos últimos séculos fez surgir a percepção de que as diretrizes de direito do trabalho desempenham papel central para a construção de uma sociedade fundada nos ideais de dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça e democracia. Desse modo, o moderno constitucionalismo passou a abarcar como pauta normativa as normas mínimas de proteção ao trabalhador, no fito de promover sua condição de cidadão pleno, conforme bem assinala Peter Häberle. Trad. Fil-Fierro. Héctor. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007, 397:

"No existe ya ningún concepto de dignidad humana ni teorías de los derechos fundamentales, concebidos en conjunto, así como tampoco ninguna doctrina de la democracia, de los fines estatales y el bien común, incluso ninguna teoría de la propiedad, sin el 'trabajo como problema constitucional'. Tomar en serio, en la teoría constitucional, al trabajador como 'conciudadano' y como 'copropietario' será tanto mas posible en la medida en que el derecho del trabajo (...) haya elaborado el tema del 'trabajo' como 'derecho constitucional en devenir', en forma adecuada a un Estado social y cultural de derecho. De este modo, las constituciones del Estado constitucional aseguran un pedazo de su futuro propio, lo que ocurrirá también gracias a una 'alianza' entre la ciencia laboralista y la ciencia constitucionalista. Y sólo de este modo puede ser y continuar siendo la Constitución del pluralismo una medida del ser humano: del ser humano como ciudadano y trabajador."

Nesse mesmo sentido, João Caupers (Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição. Coimbra: Almedina, 1985, p. 108), ao perquirir acerca das diretrizes norteadoras dos catálogos de direitos fundamentais dos trabalhadores prescritos nas modernas constituições, ressalta que os institutos a constarem de tais listagens *"são fundamentais na medida em que visam assegurar condições de vida dignas, no sentido de minimamente compatíveis com o desenvolvimento da personalidade humana, e garantir as condições materiais indispensáveis ao gozo efetivo dos direitos de liberdade."*

E, mais precisamente com relação ao direito pátrio, Arion Sayão Romita (Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, 2ª edição. São Paulo. Ltr 2007, p. 268/269) assevera que: "por ter a Constituição de 1988 elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro, fácil é atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade material porque, encarados em sua vertente prestacional (...), tais direitos têm por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna."

Há, portanto, um imbricamento teleológico notório entre os princípios e regras do Direito do Trabalho e o postulado da dignidade da pessoa humana, de modo que qualquer dispositivo legal tendente a reduzir as garantias mínimas de ordem pública asseguradas aos trabalhadores afigurar-se-á atentatório ao referido princípio e, portanto, inconstitucional.

O piso protetivo assegurado pela Carta Magna abrange, por evidente, o direito à remuneração, a compreender não só a contrapartida devida aos obreiros por quem se vale de seu labor, como também a prestação essencial à subsistência dos trabalhadores enquanto seres humanos dotados de necessidades vitais.

Justamente em razão disso, José Martins Catharino (Tratado Jurídico do Salário. Edição Fac-similada. São Paulo: Ltr Ed. USP, 1995, p.619) assinala que: "a necessidade de proteger o efetivo recebimento do salário assenta no seu caráter alimentar. Justifica-se sem maiores esforços, deva a lei coibir qualquer ato ou fato capaz de reduzir, ainda mais, a capacidade econômica de quem, em virtude de sua peculiar condição, depende exclusivamente do que recebe como contraprestação do trabalho que executa."

Nesse contexto, a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas das empresas prestadoras de serviços atende plenamente ao desiderato da proteção do salário enquanto corolário do postulado da dignidade humana. Do contrário, o enunciado do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 e sua vedação acabam por malferir o princípio constitucional em referência, eis que sua aplicação tem o condão de inviabilizar, na prática, a percepção das correspondentes verbas trabalhistas por parte dos obreiros.

Para, além disso, há de se ressaltar que, não obstante a inexistência de vínculo empregatício entre os obreiros e a Administração Pública, esta última valeu-se do labor daqueles em benefício próprio. Nesse contexto, permitir-se a aplicação pura e simples do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 é corroborar com irrefragável enriquecimento ilícito das Pessoas Jurídicas de Direito Público, em franca afronta ao princípio da moralidade insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal.

A propósito, o conteúdo deontológico do sobredito postulado constitucional não é outro senão o dever conferido à Administração Pública de atuar segundo os padrões impostos pela boa-fé, pela transparência e pela lealdade, de modo a pautar suas relações jurídicas segundo o propósito de não aferir benefícios em prejuízo dos direitos de terceiros, frustrando-lhes, com isto, expectativas legítimas, conforme bem assevera Jorge Guilherme Giacomuzzi (A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 210):

"Da moralidade insculpida no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair deveres objetivos de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos. Com o perigoso risco das simplificações, mas com o cuidado do alerta, posso dizer que a moralidade administrativa do art. 37 da Constituição Federal de 1988 obriga a um dever de transparência e lealdade por parte da Administração Pública."

Ora, se o que se espera da Administração Pública é, justamente, a atuação em defesa do interesse público e da ordem social - aí incluídos, por evidente, os direitos trabalhistas, tem-se que a adoção de uma postura omissa do Estado quanto à fiscalização das empresas prestadoras de serviços por ele contratadas configura violação às expectativas legítimas dos trabalhadores e dos cidadãos em geral tuteladas pelo princípio da boa-fé nesse particular.

“A administração é conformação social. Objeto da Administração é a vivência em comum social; a administração tem de ocupar-se com os assuntos da coletividade e com as pessoas na coletividade. Disso resulta que a administração deve ser orientada pelo interesse público. Os interesses públicos, todavia, não estão estabelecidos de uma vez, mas são submetidos à mudança do tempo e, também, em seu tempo, frequentemente são controversos. (...) Determinantes são, sobretudo, a constituição e, no seu quadro, a dação de leis. Os interesses públicos podem cobrir-se total ou parcialmente com interesses individuais, mas também se opor a eles. Como a Lei Fundamental declara a dignidade humana como princípio constitucional supremo e garante os direitos fundamentais energicamente (...) devem, também na perseguição dos interesses públicos, também os interesses do indivíduo ser observados.” Maurer. Hartmut. Trad: Heck. Luis Afonso. Direito Administrativo Geral. Barueri: manole, 2006 p. 5-6.

Nesse sentido, Jesús Gonzalez Pérez (El Principio General de La Buena Fé en el Derecho Administrativo, 4ª edición. Madrid. Thonsom-Civitas, 2004. P. 91) assinala que *"el principio general de la buena fe, que juega (...) no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de relaciones y en el cumplimiento de los deberes, conlleva la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona."*

Por tal razão, o postulado da boa-fé, corolário do princípio da moralidade, exige da Administração Pública uma postura de constante fiscalização em torno das sobreditas

empresas, não só durante a execução dos respectivos contratos, como também antes de seu estabelecimento. Falhando o Estado nesse desiderato, afigura-se plenamente razoável supor que caberá a si a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aqueles que se encontravam em sua esfera de vigilância.

A administração é conformação social. Objeto da Administração é a vivência em comum social; a administração tem de ocupar-se com os assuntos da coletividade e com as pessoas na coletividade. Disso resulta que a administração deve ser orientada pelo interesse público. Os interesses públicos, todavia, não estão estabelecidos de uma vez, mas são submetidos à mudança do tempo e, também, em seu tempo, frequentemente são controversos. (...) Determinantes são, sobretudo, a constituição e, no seu quadro, a dação de leis. Os interesses públicos podem cobrir-se total ou parcialmente com interesses individuais, mas também se opor a eles. Como a Lei Fundamental declara a dignidade humana como princípio constitucional supremo e garante os direitos fundamentais energicamente (...) devem, também na perseguição dos interesses públicos, também os interesses do indivíduo ser observados." Maurer. Hartmut. Trad: Heck. Luis Afonso. Direito Administrativo Geral. Barueri: manole, 2006 p. 5-6.

Do contrário, ao contratar as sobreditas firmas com consciência de tal possibilidade e, o que é pior, na crença de que o ordenamento jurídico estaria a coadunar com a inexistência de responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos àqueles obreiros, a Administração Pública assume postura totalmente atentatória à boa-fé, corolário do princípio constitucional da moralidade.

Importa ressaltar, com Jesús Gonzalez Pérez (ob citada), que "lo mínimo que puede esperarse de una actuación civilizada es que se tengan en cuenta lo que son los costumbres, hábitos y modos de vida." [14] Assim, se os maus "costumes", os "hábitos" e os "modos de vida" de grande parte das empresas prestadoras de serviço são notoriamente conhecidos pela Administração Pública, não pode esta, por mais essa razão, firmar contratos com tais empresas sem tomar as devidas cautelas e se locupletar de força de trabalho não remunerada, sob pena de coadunar com tal prática lesiva aos direitos dos obreiros.

Pelo contrário, a postura da Administração Pública em face das obrigações trabalhistas dos terceirizados supõe a incidência, ao lado do referido dispositivo

constitucional, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da moralidade, conforme visto alhures.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Ed. Fax Similar. Brasília. Senado Federal, 2005. P. 103) já assinalava que "o todo deve ser examinado com o intuito de obter o verdadeiro sentido de cada uma das partes", de modo que "não se interpretam as leis por palavras ou phrases isoladas, e, sim, confrontando os varios dispositivos e procurando conciliar-os."

A solução encontrada pelo Tribunal Superior do Trabalho nos precedentes que ensejaram a edição da Súmula nº 331 logra conciliar plenamente os sobreditos postulados constitucionais, na medida em que assegura aos obreiros a percepção das verbas trabalhistas decorrentes de seu labor, como corolário dos princípios da dignidade humana, do valor social do trabalho e da moralidade, ao mesmo tempo em que confere aplicabilidade prática à regra constitucional do concurso público, mediante a vedação ao reconhecimento do vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador terceirizado e a Administração Pública.

Os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho e da moralidade, em que pese seu caráter abstrato, dispõem de força normativa suficientemente hábil a vedar a supressão integral de direitos sociais assegurados aos trabalhadores, bem como a compactuação da Administração Pública com situações desta índole. Daí porque a solução esboçada na Súmula nº 331, do TST nos parece plenamente consentânea com o sistema da Constituição Federal, não se podendo dizer o mesmo da fórmula restritiva consagrada no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Vejamos algumas decisões prolatadas pelo TST após o julgamento da ADC 16 pelo STF:

PROCESSO Nº TST-AIRR-1790-96.2010.5.09.0000

A C Ó R D Ã O 6ª Turma ACV/sg/s

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGIME 12X36. VALIDADE. INTERVALO INTRAJORNADA. DESPROVIMENTO. Tendo a v. decisão considerado os fundamentos do E. STF, quando da apreciação do ADC 16, que trata da responsabilidade subsidiária de ente público, ante o que dispõe a Súmula nº 331, IV, do c. TST, e porque a v. decisão também está adequada às Orientações Jurisprudenciais nºs 342 e 354 da SBDI-1 deste C. Tribunal, não há como admitir o recurso de revista interposto. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

II – MÉRITO

1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E LIMITAÇÃO

O Eg. Tribunal Regional, às fls. 366-verso/368-verso, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada e manteve a condenação na responsabilidade subsidiária.

Assim decidiu:

“(…)

A responsabilidade subsidiária é fruto de construção jurisprudencial, a qual se encontra amparada no disposto nos artigos 455 da CLT e 186, 927 e 942 do Código Civil, comumente aplicáveis em casos de contratação de terceiros para execução de serviços, fundada na inidoneidade econômico-financeira da prestadora dos serviços e na culpa in eligendo e in vigilando do tomador.

A Sanepar beneficiou-se diretamente da condição de tomadora do trabalho desenvolvido pelo reclamante, não podendo ficar à margem da responsabilidade pelo inadimplemento da primeira reclamada, com relação aos haveres trabalhistas do obreiro.

De qualquer forma, há norma constitucional a amparar a condenação subsidiária, qual seja, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes, inclusive pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causarem a terceiros. Conquanto aludido preceito constitucional estabeleça

responsabilidade solidária, não obsta a subsidiária, já que esta, por ser menos ampla e mais tênue, se inscreve naquela.

Na espécie, considerando que a primeira ré nada mais era que uma agente contratada pela recorrente para a prestação de serviços, bem como que houve violação de direitos trabalhistas do autor, o que ocasionou-lhe evidentes danos, deve por este responder ao menos subsidiariamente a tomadora de serviços, conforme a orientação jurisprudencial sedimentada no inciso IV da Súmula nº 331 do C. TST que, contrariamente ao sustentado pela recorrente, não está eivada de inconstitucionalidade.

Assinale-se, ainda, que as disposições da Lei nº 8.666/93, que autorizam a contratação de serviços para a realização de tarefas executivas não amparam a recorrente, porquanto não vedam o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, especificamente. O que o art. 71 daquela lei estabelece é a impossibilidade de reconhecimento direto da responsabilidade da Administração Pública, o que não ocorre com a responsabilidade subsidiária, até porque garantido o direito de regresso.

Aliás, não poderia mesmo ser diferente, ante o princípio da prevalência da norma mais favorável, no qual reside a alma do Direito do Trabalho e que traduz a finalidade histórica de proteção aos assalariados, que deve continuar a balizar os julgamentos desta Justiça especializada.

Há de se ter presente que o valor social do trabalho encontra-se alçado na Constituição a fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV), sendo que a ordem econômica e social tem por base o primado do trabalho humano, assegurando-se existência digna e justiça social (arts. 170 e 193), o que não se alcançaria se, em relação aos direitos do empregado infringidos pelo empregador, o tomador não respondesse sequer subsidiariamente, eis que, a rigor, é o maior beneficiário dos serviços prestados pelo trabalhador.

A matéria, em verdade, é bastante conhecida dos Tribunais do Trabalho, sendo inegável a responsabilidade do tomador dos serviços quando a real empregadora é inadimplente, como ocorre no caso em análise, não havendo o que se falar em afronta ao inciso II do art. 5º e art. 37, XXI da Constituição Federal.

Conclusivo, pois, que se impõe a condenação subsidiária da reclamada Sanepar, já que, claramente, foi beneficiária do trabalho prestado pelo autor.

A tese a respeito da especialidade do trabalho de vigilante, *data venia*, sequer foi objeto de defesa, consoante se infere às fls. 178/209.

No que se refere ao pedido de limitação da responsabilidade, também não assiste razão à recorrente.

Isto porque, responsável subsidiariamente, a recorrente deve responder por toda a condenação imposta à devedora principal, inclusive quanto às parcelas relacionadas, ainda que não tenha sido a ensejadora da causa que permitiu o acolhimento desta pretensão.

Não se vislumbra, assim, violação ao art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

Como dito, a responsabilidade subsidiária importa na responsabilização daquela que se beneficiou diretamente do trabalho do reclamante pelos danos causados a este pela prestadora de serviços. Neste contexto, a tomadora de serviços deve responder subsidiariamente por toda dívida trabalhista e não parte dela. Não se trata de transferência de penalidade, mas responsabilização por danos causados ao empregado, o que alcança todas as parcelas mencionadas.

Por fim, não se acolhe o pleito sucessivo de aplicação da Súmula nº 363 do C. TST, com limitação do pagamento aos dias trabalhados (fl. 320). A hipótese não é de contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, mas de contratação de empregado por empresa prestadora de serviços para prestação de serviços para órgão da administração pública indireta. Ademais, como dito, a responsabilidade subsidiária alcança todas as verbas trabalhistas não quitadas pela empregadora.”

Nas razões do recurso de revista, às fls. 377/383, a reclamada alega que, na condição de integrante da administração pública indireta, contratou a empresa prestadora dos serviços mediante licitação, não podendo ser responsabilizada nem mesmo de forma subsidiária, uma vez que as exigências previstas no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal foram atendidas quando da realização do processo licitatório. Afirma que o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 expressamente exclui qualquer responsabilidade do ente público, não se aplicando, ao caso, a exegese da Súmula nº 331, IV, desta C. Corte, mormente por sua inconstitucionalidade. Pretende ainda sejam excluídas da condenação as multas de que tratam os artigos 467 e 477 da CLT, o recolhimento do FGTS, a multa de 40% sobre o FGTS e os descontos previdenciários e fiscais. Aponta violação dos artigos 279 do Código Civil, 5º, II e XLV, e 37, *caput*, da Carta Magna 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e divergência jurisprudencial.

Verifica-se do v. acórdão recorrido que a reclamada foi condenada na responsabilidade subsidiária, incluindo o pagamento das multas dos artigos 467 e 477 da CLT, do recolhimento do FGTS, da multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS e os descontos previdenciários e fiscais.

No que tange à responsabilidade subsidiária, observa-se que a v. decisão recorrida está em consonância com a Súmula nº 331, IV, desta C. Corte, o que atrai o óbice à admissibilidade do recurso de revista do disposto no artigo 896, § 4º, da CLT e na Súmula nº 333 do C. TST.

Após o julgamento da ADC 16, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a Constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, a Corte Maior tem cassado as decisões desta c. Corte, em sede de Reclamação Constitucional, o que torna

necessário apreciar o tema, levando em consideração os fundamentos daquele julgamento, com o fim de privilegiar o princípio da segurança jurídica, enfrentando o tema em face da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

As decisões recentes do Excelso Supremo Tribunal Federal tem sido, todas, no sentido de que não se pode afastar a incidência do art. 71 § 1º da Lei nº 8.666/93, invocando a Súmula nº 331, IV, do TST.

Diante disto, é de se proceder ao estudo sobre a responsabilidade subsidiária do ente público, à luz do julgamento que se realizou no dia 24.11.2010, com decisão Plenária na Excelsa Corte, com o fim de demonstrar os elementos necessários, na apreciação do tema a identificar se há ofensa ao princípio da reserva de plenário – Súmula Vinculante 10 – por esta C. Corte, nos casos em que se reconhece a responsabilidade subsidiária do ente público ou se não há qualquer pronunciamento com o propósito de retirar o conteúdo da norma prevista no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Ocorre que o entendimento que prevaleceu foi no sentido de que o TST buscou resgatar, na edição da Súmula 331 do TST o princípio que norteia a dignidade do trabalhador mas sem se afastar dos princípios que regem a administração pública, sem declarar a inconstitucionalidade da norma legal, porque pode acontecer de a empresa terceirizada receber e não cumprir os deveres, incumbindo aos órgãos fiscalizadores da administração pública, com exigência de que a empresa demonstre que procedeu ao pagamento das parcelas objeto do contrato.

Assim sendo, é de se destacar que o c. TST reconhece com base nos fatos e não com base na inconstitucionalidade da lei – mas reconhece a responsabilidade subsidiária da administração pública por razões de fato relativas aos contratos de prestação de serviços, pelo ente público firmados, sem se afastar, contudo, da aplicação da Lei, consubstanciada no preceito contido no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Embora a edição da Súmula nº331, IV, do C. TST remeta à interpretação do que dispõe o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, levando em consideração os princípios protetivos do direito do trabalho, é de se proceder em cada caso concreto ao exame do tema, se a administração pública incorreu em culpa, com o fim de se verificar a sua responsabilidade.

A Corte Suprema já editou Súmula Vinculante sobre o tema:

"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte."

Assim, apenas e tão-somente em face do princípio protetivo, não há como se proceder à responsabilidade do ente público, quando contrata empresa inidônea para prestar serviços à administração. Necessário que haja a verificação específica de sua conduta,

quando da consecução do contrato de trabalho, com o fim de verificar se há culpa *in vigilando*.

Jessé Torres Pereira Jr., Ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando trata da terceirização benéfica, na sua obra, Comentários a Lei nº 8.666/93, alerta que:

“O §1º afasta da Administração qualquer vínculo de solidariedade ou subsidiariedade para com os encargos que a contratada venha a inadimplir perante terceiros ou perante o Estado, significando isto que à Administração é vedado:

A – aceitar sub-rogar-se, a qualquer título (incluindo eventual compensação ou benefício fiscal), na obrigação de atender aos encargos do contratado;

B – transferir para as verbas do contrato o pagamento desses encargos;

C – substituir-se à contratada na realização dos atos necessários à obtenção de licenças (v.g. para edificar e habitar, em se tratando de obra) ou de publicidade imobiliária através do registro competente”.

A decisão contida na ADC 16 demonstra a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, não se discute a força normativa do citado dispositivo.

A responsabilidade subsidiária, que decorre do inadimplemento das obrigações assumidas pelo prestador de serviços, diz respeito à omissão do ente público em fiscalizar o cumprimento do objeto do contrato, que teve origem na licitação, isto é, deixou o ente público de exigir o cumprimento do contrato de prestação de serviço, em todos os seus termos.

Não se pode ignorar a realidade e a sucessiva discussão em torno do cumprimento dos contratos de trabalho firmados, com o prestador de serviços, em que, com frequência, deixam de pagar as obrigações mínimas, como salários, continuando, os empregados, a prestar os serviços nas repartições públicas, com reiterado atraso no pagamento dos salários, havendo a culpa por omissão do ente público a gerar a sua responsabilidade subsidiária, exatamente como apreciado pelo eg. Tribunal Regional no presente caso.

Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas. Não o fazendo assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão.

Deste modo, não se verifica a violação dos dispositivos invocados, na medida em que a responsabilidade subsidiária do ente público decorre de culpa in vigilando e do dever legal do administrador público em fiscalizar os seus contratos.

Quanto à limitação, ressalte-se que a jurisprudência iterativa, notória e atual desta C. Corte é no sentido de que a condenação na responsabilidade subsidiária, consubstanciada no item IV da Súmula nº 331 do C. TST, abrange a totalidade das verbas devidas pela empresa tomadora dos serviços, estando aí incluídas as multas dos artigos 467 e 477 da CLT, o recolhimento do FGTS, a multa de 40% do FGTS e os descontos previdenciários e fiscais.

Com efeito, o v. acórdão impugnado também, neste aspecto, está em perfeita sintonia com a jurisprudência predominante deste C. Tribunal, não havendo como admitir o recurso de revista interposto, diante do óbice na Súmula nº 333 do C. TST e do artigo 896, § 4º, da CLT.

Ressalte-se que não foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, haja vista que tal entendimento apenas consolida a interpretação dada pelo C. TST às normas que regem a matéria, dentre as quais o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito social do trabalho, consubstanciados no artigo 1º da Constituição Federal.

Esclarece-se, por fim, que não tem aplicação ao caso dos autos o disposto na Súmula nº 363 do C. TST, uma vez que não se discute os efeitos de uma contratação nula, diante da ausência de prévia aprovação em concurso público do reclamante.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

PROCESSO Nº TST-AIRR-2567-65.2010.5.06.0000

A C Ó R D Ã O 6ª Turma ACV/ar/s

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 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 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando.

PROCESSO Nº TST-AIRR-2101-38.2010.5.18.0000

C/J PROC. Nº TST-AIRR-2126-51.2010.5.18.0000

A C Ó R D Ã O 6ª Turma ACV/Rod/s

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Após a decisão do e. STF no julgamento da ADC 16, esta c. Corte vem apreciando com maior zelo as questões que envolvem a responsabilidade de ente público, pela contratação de empregado por meio de terceirização, quando precedida de licitação pública. Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas. Não o fazendo assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão. Agravo desprovido.

PROCESSO Nº TST-AIRR-514-46.2010.5.12.0000 - FASE ATUAL: Ag

A C Ó R D Ã O 6ª Turma ACV/sg/s.

Ementa AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Após a decisão do e. STF no julgamento da ADC 16, esta c. Corte vem apreciando com maior zelo as questões que envolvem a responsabilidade de ente público, pela contratação de empregado por meio de terceirização, quando precedida de licitação pública. Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas. Não há como afastar a responsabilidade subsidiária do ente Público que assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão. Agravo desprovido. (Ag-AIRR 3426120105100000 342-61.2010.5.10.0000, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 02/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/02/2011)

PROCESSO Nº TST-AIRR-1898-44.2010.5.12.0000

A C Ó R D Ã O 6ª Turma ACV/ckt/s.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LIMITES DA CONDENAÇÃO. MULTA DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. CUMULAÇÃO DA MULTA DO ART. 477 DA CLT COM A MULTA CONVENCIONAL. DESPROVIMENTO. A v. decisão regional levou em consideração o entendimento do E. STF quando da apreciação da ADC 16, em face do que dispõe a Súmula nº 331, item IV do c. TST, tornando inviável se admitir o recurso de revista interposto, nos termos do art. 896, §4º, da CLT. Agravo de instrumento desprovido.

PROCESSO Nº TST-AIRR-9036-68.2010.5.01.0000 - FASE ATUAL: ED

A C Ó R D Ã O

3ª Turma

PE

RMW/sgm/rqr

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. ADC 16/DF. ACOLHIMENTO. Não obstante a ausência, na decisão embargada, dos vícios que se lhe imputam, são prestados esclarecimentos a respeito da extensão dos efeitos da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, para aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Embargos de declaração acolhidos, sem a concessão de efeito modificativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-ED-AIRR-9036-68.2010.5.01.0000**, em que é Embargante **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS** e são Embargados **PETROMETAL ENGENHARIA LTDA.** e **RODRIGO CORDEIRO**.

Contra o acórdão (seq. 05), pelo qual esta Terceira Turma negou provimento ao agravo de instrumento, opõe embargos de declaração (seq. 07) a Petrobras.

Com amparo nos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, a primeira reclamada reputa omissis o julgado, no tocante “à incidência da norma prevista no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e à súmula 331 do TST, considerada a recente interpretação vinculante conferida pelo STF ao dispositivo legal”. Alega necessária, tendo em vista o entendimento do Supremo, “fundamentação mais densa do TST para justificar a aplicação da súmula 331. Não

se permite mais, nessa linha, presumir a falha na fiscalização do órgão contratante (a chamada culpa *in vigilando*) pelo simples fato de a pessoa jurídica contratada se tornar inadimplente para arcar com as verbas trabalhistas do empregado”. Defende que, não demonstrado pelo TRT “uma evidente culpa do contratante na fiscalização do contrato de serviços, isenta estará esta empresa contratante da responsabilidade por eventual inadimplemento da contratada das verbas trabalhistas”. Requer o alinhamento da decisão embargada ao novo juízo da Suprema Corte, afastando a aplicação da Súmula 331/TST, para isentá-la da responsabilidade. Assevera necessária a oposição dos presentes declaratórios para fins de prequestionamento, sob pena de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Em mesa para julgamento, na forma regimental.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo à análise do **mérito** dos embargos de declaração.

Nos declaratórios, a primeira reclamada reputa omissos o julgado, no tocante “à incidência da norma prevista no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e à súmula 331 do TST, considerada a recente interpretação vinculante conferida pelo STF ao dispositivo legal”. Alega necessária, tendo em vista o entendimento do Supremo, “fundamentação mais densa do TST para justificar a aplicação da súmula 331. Não se permite mais, nessa linha, presumir a falha na fiscalização do órgão contratante (a chamada culpa *in vigilando*) pelo simples fato de a pessoa jurídica contratada se tornar inadimplente para arcar com as verbas trabalhistas do empregado”. Defende que, não demonstrado pelo TRT “uma evidente culpa do contratante na fiscalização do contrato de serviços, isenta estará esta empresa contratante da responsabilidade por eventual inadimplemento da contratada das verbas trabalhistas”. Requer o alinhamento da decisão embargada ao novo juízo da Suprema Corte, afastando a aplicação da Súmula 331/TST, para isentá-la da responsabilidade. Assevera necessária a oposição dos presentes declaratórios para fins de prequestionamento, sob pena de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

De início, consta do *decisum* embargado, a exposição dos motivos que respaldaram o não conhecimento do recurso no que tange à responsabilidade da Petrobras.

Contudo, a fim de complementar os fundamentos do acórdão, notadamente no que trata da ADC 16/DF e da conduta culposa da reclamada, teço as seguintes considerações.

Provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, diante das alegações de que o entendimento firmado por esta Corte

Superior afastaria a sua incidência, ainda que não o declarando expressamente, o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 24.11.2010, ao julgamento da ADC 16/DF (Relator Ministro Cezar Peluso) declarou, em votação majoritária, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual “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.”

Nessa linha, ao exame da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando ente integrante da Administração Pública direta ou indireta, por débitos trabalhistas decorrentes da execução do contrato administrativo do empregador, reconheceu a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, afastado o art. 37, § 6º, da Carta Política, cujo objeto estaria circunscrito às hipóteses de responsabilidade objetiva extracontratual da Administração pelos danos causados nessa qualidade, por seus agentes a terceiros, não comportando exegese extensível às hipóteses de responsabilidade contratual.

É, pois, no quadrante da estrita consonância do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com os ditames da Lei Maior da República, confirmada pelo Pretório Excelso, que a controvérsia relativa à eventual responsabilidade da Administração Pública, na condição de tomadora dos serviços, pelos créditos trabalhistas devidos pelos seus contratados, referentes a serviços dos quais se beneficiou, objeto da Súmula 331/TST, deve ser considerada.

Nesse contexto, se por um lado asseverou a Corte Constitucional Pátria que, de fato, segundo a letra do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, a mera inadimplência do contratado não autoriza seja transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, a vedar irrestrita aplicação da Súmula 331, IV, do TST, por outro, reconheceu expressamente, no julgamento da mesma ação declaratória de constitucionalidade, que referido preceito normativo não obsta o reconhecimento dessa responsabilidade em virtude de eventual omissão da Administração Pública no dever - que lhe é imposto pelos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993, bem como pelo art. 37, *caput*, da Constituição da República. Conforme explicitado naquela assentada, portanto, a jurisprudência vertida na Súmula 331 desta Corte Especializada tem por campo próprio de aplicação as hipóteses em que a inadimplência das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, firmado com a empresa fornecedora de mão-de-obra, está ligada à falha ou falta de fiscalização pelo ente público tomador dos serviços.

Assim, embora afastada a responsabilidade objetiva da Administração Pública das hipóteses de inadimplemento contratual, diante da exegese conferida pelo STF aos arts. 37, § 6º, da Constituição da República e 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, não há no ordenamento jurídico óbice à responsabilização da Administração quando verificada sua culpa, *in eligendo* ou *in vigilando*, tratando-se, ao contrário, de verdadeira exigência do estado de direito.

Acresço, por oportuno, que o Tribunal Pleno desta Corte Superior, na sessão extraordinária do dia 24.5.2011, pacificou o entendimento acerca da responsabilidade da Administração Pública, com a inserção do item V à Súmula 331/TST, divulgado nos DJs de 30 e 31.5.2011 e 1º.6.2011, o que culmina, em última análise, por serenar eventual discussão acerca da reserva de plenário (Súmula Vinculante 10/STF e art. 97 da Constituição da República). Eis os termos do item V do referido verbete:

“V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

Na hipótese, consignou o Colegiado de origem que a Petrobras incorreu em culpa *in vigilando*, ao fundamento de que “se a empresa contratada estava obrigada por lei (art. 71, caput, Lei n.º 8.666/93) e também por contrato (cláusula 2.19 - folha 164) a cumprir a legislação trabalhista e cabendo à Petrobras rescindir o contrato se houvesse descumprimento de cláusula contratual (art. 78, I, Lei n.º 8.666/93), ocorreu falha de sua parte ao manter a relação comercial com uma empresa que não cumpria as obrigações sociais, restando evidenciada uma postura negligente na fiscalização da execução do contrato de terceirização”. Extraíndo-se da moldura fática delineada na decisão recorrida a falta de fiscalização pelo ente público contratante, caracterizadora da culpa *in vigilando* na espécie, a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos trabalhistas decorrentes da condenação é medida que se impõe, à luz do entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula 331 do TST.

Embargos de declaração **acolhidos**, sem a concessão de efeito modificativo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, para prestar esclarecimentos, nos termos dos fundamentos supra, sem a concessão de efeito modificativo.

Brasília, 15 de junho de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA
Ministra Relatora

CONCLUSÃO

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.

A vedação, pois, da transferência não pode se confundir com proibição de responsabilização do ente contratante pelo pagamento, quando este teve participação no dano causado aos trabalhadores, por meio de sua conduta omissiva no acompanhamento da execução contratual, o que inclui a fiscalização do adimplemento das obrigações trabalhistas, sempre ressalvado seu direito, e dever, de acionar o contratado para se ressarcir dos prejuízos, podendo, inclusive, se valer da desconsideração da personalidade jurídica, se for o caso. Aliás, foi deixada clara pelos Ministros do STF, a possibilidade da responsabilização fundamentada do ente público, quando do julgamento da ADC 16.

Desta forma, temos que a decisão da ADC 16 declarou a constitucionalidade da norma aludida, e em fundamentação, deixou claro que a responsabilidade do ente contratante não é automática, devendo ser fundamentada. O que se revelou claro do entendimento dos em. Ministros é que as decisões de responsabilização devem ser fundamentadas caso a caso. Ou seja, em cada caso concreto, deve o órgão julgador trabalhista definir e fundamentar a responsabilidade atribuída ao ente contratante (atribuída e não transferida, uma vez que o mesmo ainda poderá e deverá se ressarcir junto à contratada, no mesmo ou em outro processo).

Essa necessidade de fundamentação específica, por sinal, encontra-se expressamente determinada para toda e qualquer decisão judicial (CF: art. 93, IX; e CPC: art. 458, II). No entanto, de tão comum e corriqueiro, os órgãos jurisdicionais trabalhistas passaram a atribuir a responsabilidade subsidiária à Administração sem, geralmente, fundamentar adequadamente tal decisão, o que agora, espera-se, deva ser corrigido.

Ora, a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas é, por óbvio, da contratada. Já 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" (art. 67, *caput*, da Lei 8666/93). Caso esse representante da Administração, especialmente designado para o acompanhamento da execução contratual, que pode, inclusive, ser auxiliado por terceiros para se desincumbir de seus misteres, deixar de realizar adequadamente essa fiscalização, que inclui a verificação das obrigações trabalhistas da contratada, estará causando um dano direto aos trabalhadores da contratada, devendo o ente contratante responder objetivamente, e acionar regressivamente o agente público, na forma do art. 37, §6º, da Constituição.

Terá havido, no caso, uma inescusável omissão na vigilância da contratada, por parte do agente público especialmente designado, gerando a inafastável responsabilidade da Administração, conforme o referido comando constitucional, pois o representante deveria ter alertado a Administração da inexecução contratual, o que deveria levar à rescisão motivada do contrato (art. 78, I, da Lei n. 8666/93).

O jurista Youssef Cahali admite, inclusive, a responsabilidade direta do ente público, quando demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária ou permissionária foi a causa imediata do evento danoso, como nos casos de omissão de fiscalização das atividades econômicas privadas sujeitas à autorização governamental, ou sob controle direto da Administração. (Responsabilidade Civil do Estado, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 158).

Quanto ao fato de se estar pretendendo atribuir responsabilidade ao Estado, por conduta omissiva por parte de seu representante especialmente designado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já decidiu que a atividade administrativa a que alude o art. 37, §6º, da Constituição, abrange tanto a conduta comissiva quanto a omissiva, desde que, neste caso, a omissão seja a causa direta e imediata do dano. Gonçalves, Carlos Roberto. (Direito Civil: direito das obrigações: parte especial, vol 6, tomo II, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 39).

De toda sorte, a eficácia vinculante da decisão de mérito na ADC circunscreve-se à declaração de constitucionalidade do dispositivo legal que foi seu objeto, tendo estas observações dos referidos ministros apenas a natureza de *obiter dictum* ("coisas ditas de

passagem”), e que não constituem os motivos determinantes da decisão de mérito, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Além disso, como lembrou o ministro Ayres Britto, só há três formas constitucionais de contratar pessoal: concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária, de excepcional interesse público.

Desta forma, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. O ministro argumentou que a terceirização de serviços significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assim, 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 (Informativo STF n. 610).

Entendemos que, a partir do julgamento da ADC 16 e, enquanto não se modificar tal entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, os órgãos jurisdicionais trabalhistas não podem deixar de analisar, fundamentadamente, a ocorrência ou não da responsabilidade do ente público a que se atribui (e não se transfere) o ônus de responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada.

Essa responsabilidade deve ser objetiva, com base no art. 37, §6º, da Constituição Federal, tendo em vista que o representante da Administração, especialmente designado para acompanhar a execução contratual, se omitiu de verificar o adimplemento das referidas verbas, ocasionando dano direto aos trabalhadores da empresa terceirizada.

Caso não se entenda que se trata de responsabilidade objetiva, mas de subjetiva, quando deverá o trabalhador provar a omissão na fiscalização contratual por parte do ente público, deve se aplicar, analogicamente, a inversão do ônus probatório, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC C/C art. 8º, *caput* e § único, da CLT.

Neste caso, deverá a Administração provar que a inadimplência não decorreu de sua omissão, o que será bastante improvável, uma vez que sua obrigação seria rescindir imediatamente o contrato com a empresa terceirizada, na hipótese dos encargos trabalhistas deixarem de ser adimplidos (Lei n. 8666/93: art. 78, I), bloqueando os valores

que seriam repassados à empresa e destinando-os diretamente aos trabalhadores, com autorização judicial.

Tendo em vista a decisão na ADC 16, o TST aprovou à alteração da súmula 331, que orienta o entendimento da Justiça Trabalhista sobre a terceirização de mão de obra. A mudança se deu, segundo João Oreste Dalazen, para que o TST se adéque ao entendimento do supremo Tribunal Federal sobre o tema. O novo texto mantém a responsabilidade subsidiária entre o contratante e o ente público, mas não transfere à administração pública a responsabilidade pela quitação de dívidas trabalhistas caso o órgão tenha atuado com rigor para impedir que a empresa contraísse débitos com o trabalhador.

“Reafirmamos a responsabilidade subsidiária do ente público nos casos de terceirização nos débitos contraídos pela empresa prestadora de serviços que ele contratar, sempre que essa empresa não honrar seus compromissos para com seus empregados que prestam serviços ao Poder Público e houver conduta culposa do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas”, destacou o presidente do TST. *“Agora, passamos a entender que há a responsabilidade (do ente público) se houver omissão culposa no dever de fiscalizar e de escolher adequadamente a empresa terceirizada”,* acrescentou o ministro Dalazen.

BIBLIOGRAFIA

Abdala, Vantuil . Terceirização: Atividade-fim e atividade-meio – Responsabilidade Subsidiária do Tomador de Serviço. Revista Ltr. São Paulo: Ltr, n. 5, v. 60, maio/196, p. 587.

ADC 16 e a responsabilidade subsidiária da Petrobrás / Carlos César de Carvalho Lopes

Alves, Osvaldo Nunes. Terceirização de Serviços na Administração Pública.

Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 519.

Brasil, Constituição Federal.

-----, Decreto-Lei 2.848 de 07/12/1940. Código Penal

-----, Lei 10.406 de 10/01/2002. Código Civil Brasileiro.

-----, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

-----, Lei 5.645 de 10 de dezembro de 1970.

-----, Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974.

-----, Lei 7.102 de 20 de junho de 1983.

-----, Lei 8.036 de 11 de maio de 1990.

-----, Decreto 99.684 de 08 de novembro de 1990.

-----, Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967.

-----, Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

-----, Decreto 2.271 de 07 de dezembro de 1997.

-----, Lei 9.632 de 07 de maio de 1998.

-----, Lei 9.074 de 07 de junho de 1995.

Campos, Liduína Araújo. Advogada e servidora pública Terceirização de serviços públicos.

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

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 237.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 3º ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

Delgado, Gabriela Neves. Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003, p.42 (www.bdjur.stj.gov.br).

Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 4ª edição. São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDES. JORGE ULISSES JACOBY A terceirização no serviço público/ Artigo publicado pela Síntese Trabalhista nº 79 - Janeiro de 1996 - Pág. 132/139 ; pelo Informativo de Licitações e Contratos - Ano II nº 26 - Abril / 96 - pág. 251/259 ; pela Revista de Informação Legislativa - Senado Federal - nº 130 - Ano 33 Pág. 115/120 ; e pela Revista RH - Manual do Profissional de Recursos Humanos no Serviço Público nº 2 Julho / 96 - pág. 11/23

Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no Serviço Público.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Atlas, 13ª edição, 2011, p. 110.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999. p.15-16.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Di Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Atlas. 2005. p. 303.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. – 2 reimpressão, São Paulo: Atlas, 2006.

Informativo STF n.º 610. Brasília , 22 a 26 de novembro 2010.

GIOSA, Lívio Antonio. Terceirização: uma abordagem estratégica . 5. ed. rev. e

ampl. São Paulo : Pioneira Thomson Learning, 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **A Terceirização na Administração Pública e a Constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93 declarada pelo STF** (Novembro de 2010). Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, ano XVIII, nº 205, p. 237-244, mar. 2011;

Justen Filho, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed., 2009.

Justen Filho, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª edição. São Paulo: Dialética, 2005.

KARDEC, Alan. Gestão estratégica e terceirização . Rio de Janeiro : Qualitymark, 2002.

Lora, Ilse Marcelina Bernardi. Juíza do Trabalho no Paraná. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços /Inconstitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei 8.666/93/.

Maranhão, Délio. In Sussekind, Arnaldo et alii. Instituições de Direito do Trabalho. V. II, 22ª edição, São Paulo: LTr, 2005.

Malaquias, Marcos. Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC 16 Nº 16/DF /Notícias JusBrasil.

Martins, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo. Ed. Atlas, 4ª edição, 2000.

Martins, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 11ª edição, São Paulo, Atlas, 2000.

Meirelles, Hely Lopes, et alii, Azevedo, Eurico de Andrade; Aleixo, Delcio Balestro. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 597.

Miola Cezar. Auditor Público Externo A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO.

Moraes Filho, Evaristo de e Flores de Moraes, Antonio Carlos. Introdução ao Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo: Ltr, 2003, p. 69-70.

Mukai, Toshio. O novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos: Comentários à Lei 8.666/93. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MUKAI, Toshio. **Supremo derruba o Enunciado nº 331: TST**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, nº 110, p. 26-28, fev. 2011;

Nascimento, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 29 edição. São Paulo: LTr, 2003.

Salem Neto, José. Prática do Direito do Trabalho. 1ª edição. São Paulo: Bestbook. 1999.

Notícias STF de 24 de novembro de 2010.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: Ltr, 2001.

Souto, Marcos Juruena Villela. Terceirização na Administração Pública e as Cooperativas. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª quinzena de jan/1988. Nº 1/98, p. 19.i

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho . 6. ed. rev. e amp.

São Paulo : Atlas, 2003.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **Administração pública, terceirização e responsabilidade. Sentido e alcance da decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16**. Jus Navigandi, Teresina, 10 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18661/administracao-publica-terceirizacao-e-responsabilidade>>. Acesso em: 30 maio 2011

ZYMLER, Benjamin. Contratação indireta de mão-de-obra versus terceirização.

ANEXO I - Nova redação da Súmula nº 331 do TST

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

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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