

LILIAN MACEDO GUIMARÃES – MATRÍCULA: 1102001763

**ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NAS TERCEIRIZAÇÕES**

FACULDADE PROCESSUS

BRASÍLIA, AGOSTO DE 2011

LILIAN MACEDO GUIMARÃES – MATRÍCULA: 1102001763

## **ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NAS TERCEIRIZAÇÕES**

Projeto de pesquisa de aproveitamento da disciplina *Metodologia da Pesquisa*, da pós-graduação em *Direito do Trabalho*, sob a orientação da professora Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo mensurar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, em especial da Administração Pública, quanto ao pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados de empresa interposta. A antiga redação da súmula 331, IV, do TST, que por sua vez alterou o Enunciado 256 do TST, previa que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de empresa interposta, implicaria, necessariamente, na responsabilidade subsidiária do tomador quanto àquelas obrigações, inclusive quanto ao ente público, desde que tivesse participado da relação processual e constasse do título executivo judicial, ou seja, a simples impossibilidade da empresa contratada de cumprir com seus débitos trabalhistas, bem como pelo fato do ente público figurar como sujeito passivo em título executivo judicial, autorizaria a sua responsabilização por tais débitos. Contrariando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, datada de 24 de novembro de 2010, declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, em julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), firmando entendimento de que a inadimplência de empresa contratada pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis, exceto nos casos de comprovada omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do ente público.

Palavras chaves: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas terceirizações.

**SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO.....	5
1. RESPONSABILIDADE.....	7
1.1. Conceito básico .....	7
1.2. Responsabilidade solidária e Responsabilidade subsidiária.....	7
2. A EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO .....	7
3. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	14
3.1. Sob a ótica do artigo 71 da lei 8.666/93 .....	14
3.2. A responsabilidade subsidiária e o poder público federal: Constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/1993 e o item V da súmula 331 do TST.....	19
3.3. Os novos caminhos da condenação subsidiária da Administração Pública.....	20
3.4. O julgamento da ADC 16 e a alteração da Súmula 331 do TST.....	22
4. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CONTRATOS DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA.....	25
4.1. Responsabilidade do dono da obra (tomador de serviços) .....	28
5. FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO ENTE PÚBLICO.	31
6. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ÔNUS DA PROVA.....	36
7. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	48
8. DO MOMENTO ADEQUADO PARA INVERSÃO .....	52
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS .....	56

## **INTRODUÇÃO**

A adequação jurídica da terceirização ao Direito do Trabalho, inicialmente, foi examinada pela Lei nº 6.019/74, envolvendo apenas a terceirização temporária de força de trabalho. Pelo texto desse diploma legal, a responsabilidade do tomador de serviços, embora solidária, abrangeria apenas contribuições previdenciárias, verbas remuneratórias e a indenização pela ruptura do contrato criada na lei. Além disso, incidiria somente em situação de falência da empresa de trabalho temporário.

Entretanto, ocorreram significativas mudanças na jurisprudência brasileira, principalmente com relação à interpretação dada a Súmula 331, IV, do TST, súmula que produziu uma revisão do antigo Enunciado 256 (o qual ainda silenciava sobre o problema da responsabilidade), onde a ausência do adimplemento das obrigações, por parte do empregador, implicaria na responsabilidade subsidiária do tomador pelas obrigações, desde que este tivesse, efetivamente, participado da relação processual e constasse também do título executivo judicial.

Note-se que houve uma ampliação da incidência da responsabilidade trabalhista em situações de terceirização: o simples inadimplemento (e não mais a decretação de falência ou insolvência da empresa prestadora de serviços) autorizaria a incidência da responsabilidade sobre a entidade tomadora de serviços. Ampliou-se também, a abrangência de verbas submetidas à responsabilidade, para todas as parcelas contratuais devidas ao obreiro terceirizado.

A interpretação contida na Súmula 331, IV, abrangeria todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sócio-jurídica brasileira. Nesse quadro, restou claro que a compreensão sumulada abrangeria também o trabalho temporário, tornando-se superadas as limitações tão criticadas que despontavam da interpretação literal do art. 16 da Lei nº. 6.019.

A responsabilidade trabalhista em situações de terceirização abrangeria, ainda, toda e qualquer entidade estatal. A controvérsia injustificável existente teria sido afastada, com o advento do inciso IV da Súmula 331, aprovado pela Resolução 96/2000 do Tribunal Superior do Trabalho, em contrapartida ao protecionismo trabalhista da Lei 8.666/93, que estabelece em seu art. 71, § 3º, que é da empresa terceirizada, e não da Administração Pública, a

responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Em recente decisão, datada de 24 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, em julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabilizava subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal ratificou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de empresa contratada pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A decisão do STF vai colocar o TST em uma situação diferente, já que havia quase que uma presunção de que se o Estado contratasse uma empresa e esta não pagasse seus empregados, estaria caracterizada a responsabilidade subsidiária do ente público. O que o STF decidiu é que o TST e os tribunais do trabalho devem ser mais diligentes, para verificarem se o Estado fiscalizou a empresa, se verificou se a empresa pagou ou não seus empregados se foi ou não culpada, mas se o Estado for omissivo, se não fiscalizar, se não for diligente para com a empresa contratada, estará caracterizada a responsabilidade subsidiária do Estado quanto ao pagamento das verbas trabalhistas aos empregados das empresas terceirizadas.

## **1. RESPONSABILIDADE**

### **1.1 CONCEITO BÁSICO:**

É a obrigação geral de responder pelas conseqüências dos próprios atos ou pelas dos outros.

### **1.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA X RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA:**

A responsabilidade divide-se em responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária.

A responsabilidade solidária caracteriza-se pela obrigação conjunta principal. Assim, o credor pode acionar tanto um quanto o outro, e não há necessidade de acionar em conjunto, já que o solidário responderá também diretamente pela obrigação. É uma obrigação que não se presume: resulta da vontade das partes, expressa, ou da lei.

A responsabilidade subsidiária, por sua vez, caracteriza-se pelo exaurimento da obrigação de um outro devedor, dito principal, do qual este é um devedor, digamos, "reserva". Assim, havendo o exaurimento ou impossibilidade de pagamento por parte daquele "principal", responde o devedor subsidiário ("reserva"). Podemos citar como exemplo o fiador, cuja responsabilidade - se não renunciou expressamente a isto (chamado "benefício de ordem") - é acionada após a obrigação ou impossibilidade desta por parte do devedor afiançado.

Exemplo de obrigação subsidiária, na área trabalhista, é a das empresas que se utilizam de mão-de-obra terceirizada: não pagando os consectários trabalhistas a empresa terceirizada, responde por elas, subsidiariamente, a empresa tomadora do serviço - isto é, aquela que diretamente se beneficiou do trabalho. Nesta, o credor deve acionar sempre os dois em conjunto, para que o subsidiário faça parte do título executivo. Ademais, é uma obrigação que pode ser presumida.

## **2. A EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO**

As relações individuais de trabalho sofreram várias modificações nos últimos anos, em face de uma conjugação de fatores, que podem ser sintetizados na inovação tecnológica, nas alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na mão de obra, e, em consequência, nas necessidades dos trabalhadores.

Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilização do emprego, em contraposição à relação de emprego “típica”, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho típica é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização.

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa a sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo a atividade-meio. Por atividade-fim, entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas (cf. TRINDADE, Washington L. Da. Os caminhos da terceirização, *Jornal Trabalhista*, Brasília, 17.8.1992, ano IX, n. 416, p. 869).

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes.

Não acreditamos possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais. A terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico porquanto a adoção de mão-de-obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviços. Essa foi a diretriz traçada pela Súmula 331 do TST, ao rever a Súmula n. 256 (Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994), nos casos de vínculo empregatício com a administração pública, anteriores à Constituição da República de 1988 (Orientação Jurisprudencial n. 321 da SDI-1 do TST). Na súmula n. 331, o TST não se desviou

completamente da rota delineada pela citada Súmula n. 256, limitando-se a dar um pouco mais de flexibilidade às contratações.

A redação da Súmula n. 331 do TST era a seguinte:

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 n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II- A contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)

III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação s de vigilância (Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

**IV- O inadimplente das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quando àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (alterado pela Resolução de 11.09.00, Dj. 19.9.00).” (grifos nossos)**

Verifica-se no item I da súmula 331, que a contratação por empresa interposta continua sendo ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, excetuada a hipótese de trabalho temporário, O TST continuou, portanto, considerando inadmissível delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim da empresa, salvo o trabalho temporário.

Tanto a Justiça do Trabalho como o Ministério Público não têm medido esforços no combate à terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa fora dos limites traçados pela Súmula n. 331 do TST. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontra-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional.

Há autores que admitem a terceirização em atividade-fim, com amparo no art. 170 da Constituição, citando como exemplo a delegação, pela indústria automobilística, de determinados serviços vinculados à atividade-fim das empresas, decorrentes das novas

técnicas de produção ou novas tecnologias<sup>1</sup>. Outros acrescentam serviços ligados à perfuração de poços de petróleo em empresas que o exploram, entre outras.

No tocante ao item II da Súmula n. 331, exclui-se a possibilidade de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da Administração direta ou indireta, quando aquele lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público. O TST visou, principalmente, a coibir os apadrinhamentos no serviço público e a dar efetividade ao comando do art. 37 da Constituição da República de 1988.

A corrente que prevalece sobre a temática defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (Súmula n. 363 do TST).

No item III, a Súmula n. 331 do TST limita-se a permitir que o usuário recorra ao contrato de natureza civil apenas quando se tratar de serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, e, ainda sim, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, pois, presentes esses dois pressupostos, a relação jurídica se estabelecerá diretamente com o tomador dos serviços.

Ateve-se, portanto, o TST aos objetivos da terceirização, que visam, do ponto de vista teórico, a maximizar a qualidade dos serviços e a diminuir os custos operacionais.

Inicialmente na hipótese ventilada no item IV da Súmula n. 331 do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, ou seja, do fornecedor da mão-de-obra, implicaria responsabilidade subsidiária do tomador quanto àquelas obrigações, inclusive se for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, ou seja, a simples impossibilidade da empresa contratada em honrar com o pagamento das verbas trabalhistas de seus empregados, bem como pelo fato de figurar como sujeito passivo em título executivo judicial, autorizaria a sua responsabilização pelos débitos trabalhistas provenientes da empresa interposta.

Este entendimento encontra-se pacificado perante os TRT's, especialmente nos TRT's da 3ª e 10ª região, senão vejamos:

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 99-100.

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA** "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 no título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)". Inteligência da Súmula 331, inciso IV, do Col. TST. (TRT 10ª R, 14ª Turma - RO 00367-2010-014-10-00-1, Des. André R. P. V. Damasceno - J. 18/03/2011).

**EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - ESTADO DE MINAS GERAIS.** O ente público responde subsidiariamente, por todas as parcelas devidas pelo empregador principal, quando do contrato de terceirização de prestação de serviços, nos termos da Súmula 331, IV, do C. TST, independente de sua natureza. Sendo assim, multas decorrentes de negociação coletiva são abrangidas pela responsabilidade subsidiária constante no referido enunciado, do qual não isenta a Administração Pública. (TRT 3ª R, 9ª Turma, 0000505-22.2010.5.03.0134 RO, Des. Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - J. 01/09/2010)

**EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** A não responsabilização da Administração Pública Direta e Indireta pelas parcelas trabalhistas daquele que trabalhou em seu benefício não encontra respaldo constitucional, à medida que ofende o princípio constitucional da valorização do trabalho humano, bem como o disposto no parágrafo 6º do art. 37 da Carta Maior que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, inclusive para verificar a integral satisfação das obrigações do trabalho assalariado, pois foi beneficiário direto dos serviços prestados. A responsabilidade subsidiária decorre tanto do disposto na lei comum (culpa contratual), quanto do entendimento do item IV Súmula 331 do Colendo TST, calcado nas regras do artigo 9º e 444 da legislação consolidada. Este dever imposto à Administração Pública é razão suficiente para afastar a incidência do parágrafo 1º artigo 71 da Lei 8.666/93. As regras do direito do trabalho, neste aspecto, constituem norma de ordem pública, em pleno vigor, além de configurar regra especial, que prevalece sobre a geral, segundo os princípios da hermenêutica. (TRT, 3ª R. 10ª Turma, 0134300-24.2009.5.03.0114 RO, Des. Taísa Maria Macena de Lima - J. 18/05/2010).

Tem-se, neste entendimento, que toda atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada “a grande vedete do direito civil<sup>2</sup>, a responsabilidade estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares. A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), “representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização”.

---

<sup>2</sup> JOSSERD, Louis. L'évolution de La responsabilité, in Évolutions et actualités (Conférences de droit civil). Paris: Sirey, 1936, p. 29. In: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil. V. 7 São Paulo: Saraiva, 1987, p.4

O risco traduz uma objetivação da responsabilidade, garantida com o fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. “Baseia-se no princípio do ubi emolumentum, ibi ius (ou ibi ônus), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências”<sup>3</sup>

Outra tendência diz respeito ao progressivo aumento da extensão da responsabilidade. A cada dia amplia-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio do imputado, a indireta, por fatos de terceiro e coisas sob a sua guarda, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo* ou *in vigilando*).

No Direito Civil, a responsabilidade por fatos de terceiro atribui responsabilidade civil solidária aos pais pelos danos causados a outrem pelos filhos menores, com fulcro na falta de vigilância; da mesma forma, responsabiliza-se o comitente pelos atos de seus prepostos por culpa *in eligendo* (Súmula n. 341 do STF).

A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra<sup>4</sup> e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em provento do tomador.

Logo, reconhecida a responsabilidade objetiva de quem se utilizou dos serviços, por meio da terceirização, pouco importa tenha ele dado ou não causa à cessação do contrato de trabalho do reclamante, assumirá os encargos sociais.

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11 e CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil. 1. Ed., São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 36.

<sup>4</sup> “Terceirização. Empresa tomadora. O princípio da proteção ao trabalhador permite responsabilizar subsidiariamente a empresa tomadora de serviços, diante da inadimplência da empresa interposta, pelo prejuízo causado aos empregados, cuja força de trabalho foi usada em seu benefício. Mesmo não caracterizada a má-fé, a responsabilidade subsidiária se impõe por ter a empresa, tomadora de serviços, negligenciado na escolha da empresa com a qual efetivou a terceirização”. TRT- 3ª Região – RO 16.520/95-2ª T., Relª: juíza Alice Monteiro de Barros, julgado em 27.2.96, DJMG 15.3.96

O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal<sup>5</sup>. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação do credor.

E nem se diga que, na fase de execução, deve-se primeiro exaurir a execução contra os sócios da devedora principal (a chamada “responsabilidade subsidiária em terceiro grau”). Admitir-se tal raciocínio equivale a transferir para o empregado hipossuficiente ou para o próprio juízo da execução trabalhista o pesado encargo de localizar o endereço e os bens particulares passíveis de execução daquelas pessoas físicas, tarefa demorada e, na grande maioria dos casos, inútil. Assim, mostra-se mais compatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com a conseqüente exigência de penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregadora, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista, cabendo-lhe postular posteriormente na Justiça Comum o correspondente ressarcimento por parte dos sócios da pessoa jurídica que, afinal, ele próprio contratou.

A jurisprudência do TST tem excluído do responsável subsidiário as obrigações do devedor principal (empregador) alusivas à equiparação salarial, porque ausente um dos requisitos (mesmo empregador) do art. 461 da CLT, e às normas coletivas<sup>6</sup>, porque o tomador os serviços não participou das mesmas, sequer por meio de sua entidade sindical.

---

<sup>5</sup> “Multas do art. 477, §8º, da CLT – Aplicabilidade, Responsabilidade subsidiária. Está evidenciado nos autos o atraso no pagamento das verbas rescisórias ao Autor, dando ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 477, § 8º, da CLT. O Tribunal Regional impôs obrigação subsidiária pela satisfação dos créditos trabalhistas, o que implica responsabilidade pelo total devido ao reclamante, incluindo a aludida multa, na hipótese de a empregadora (prestadora de serviços) não o satisfazer. O acórdão recorrido está conforme ao Enunciado n. 331, IV do TST, inviabilizando o conhecimento dos Embargos, nos termos do art. 894, alínea “b”, da CLT. Embargos não conhecidos”. TST- ERR-411020/1997- Ac. 1ª Turma – SDI-1. Relª. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ de 22.11.2002.

<sup>6</sup> “Isonomia salarial. Terceirização. Equiparação com os servidores da tomadora de serviços. Do preceito contido no artigo 461 da CLT depreende-se que a equiparação salarial é deferida quando preenchidas conjuntamente as hipóteses: idêntica função, trabalho de igual valor, prestação ao mesmo empregador e na mesma localidade. “In casu”, não houve prestação de serviço “ao mesmo empregador, já que a Caixa Econômica Federal não é a legítima empregadora, mas tão-só a tomadora dos serviços. Não houve reconhecimento de vínculo empregatício com a CEF. Esta somente foi condenada a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas que porventura não venham a ser adimplidos pela real empregadora (Presto Labor Assessoria e Consultoria de Pessoal Ltda. – prestadora de serviços (...)). TST – RR 480846/1998 - 3ª Turma – Relª: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 10.5.2002.

“Equiparação salarial em terceirização. Não participação da empresa interposta nos acordos normativos firmados pela tomadora. A decisão recorrida reconheceu a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços. No entanto, afastou a aplicação dos acordos normativos firmados diretamente pela tomadora, sem a participação da real empregadora. Não se vislumbra violação ao princípio da isonomia, eis que não declarado o vínculo empregatício diretamente com a tomadora, nem emitida tese acerca da existência de fraude na contratação”. TST-RR-454956/98-Ac. 2ª Turma – Rel.: Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga – DJU de 22.2.2002.

Mais conveniente teria sido a edição de lei atribuindo ao tomador dos serviços a responsabilidade solidária de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva, para assegurar ao obreiro maior garantia, à semelhança do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, cujo art. 42 preceitua:

§ 1º - Os empregadores que contratem ou subcontratem com outros a realização de obras ou serviços correspondentes à própria atividade daqueles deverão comprovar que os ditos contratantes estão quites com o pagamento das cotas da seguridade social Para esse efeito, receberão por escrito, com identificação da empresa afetada, certidão negativa da entidade gestora, no prazo improrrogável de trinta dias. Transcorrido esse prazo, ficará exonerado da responsabilidade e empregador solicitante.

§ 2º - O empregador principal, salvo o transcurso do prazo antes assinalado a respeito da seguridade social, e durante o ano seguinte ao término de seu encargo, responderá solidariamente pelas obrigações de natureza salarial contraídas pelos subcontratantes com seus trabalhadores e pelas referentes à seguridade social durante o período de vigência do contrato, limitando-se ao que corresponderia se tivesse contratado pessoal fixo na mesma categoria ou locais de trabalho.

### **3. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1 SOB A ÓTICA DO ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93**

No que concerne a violação literal de disposição de lei federal, as decisões que afetam a Administração Pública com a responsabilização subsidiária pelos créditos trabalhistas da contratada culminam por violar o artigo 71 da Lei 8666/93, o qual afasta expressamente a responsabilidade da Administração. Esta conclusão é obtida com uma simples leitura do artigo de lei que estabelece, *in verbis*:

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) (grifos nossos)**

§ 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)

§ 3º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Da simples leitura do artigo 71 da Lei 8666/93, resulta clara a intenção do legislador no sentido de que é vedada a transferência de qualquer responsabilidade à Administração Pública no que se refere aos encargos trabalhistas advindos da inadimplência da contratada em relação aos seus empregados. Assim, parece que quaisquer decisões judiciais não podem prevalecer sobre o disposto no artigo 71 da Lei 8666/93.

Portanto, se mostra flagrante a violação literal de disposição de lei federal, quando se verificam julgados condenando a administração pública subsidiariamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas não pagas pelas empresas contratadas mediante processo licitatório regular, e não é somente a legislação subconstitucional que resta agredida com decisões desse tipo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública também afronta o artigo 2º do Texto Máximo, o qual reza:

*"São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".*

Na maioria dos julgados, se observa que estes, ao condenarem subsidiariamente a Administração Pública, consideram que é incidente na espécie o Enunciado 331, IV do TST. Isso, com todo o respeito, é legislar, em total afronta ao já citado artigo 71 da LEI 8666/93, que dispõe de maneira diversa.

Ora, os Poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, possuem suas funções reciprocamente indelegáveis. Esses Poderes são imanentes e estruturais do Estado e a cada um deles corresponde uma função que lhe é atribuída com precipuidade. Assim, tendo-se que a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa), a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa). Por seu turno, a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Sendo a função do Poder Judiciário a aplicação da lei, não há que se falar em alteração de dispositivo legal por meio de Enunciado, sob pena de afronta ao equilíbrio entre os Poderes e agressão à norma constitucional. Ora, dispor de maneira diversa da lei está longe de aplicar coativamente a lei.

Daí a razão pela qual, também por este motivo, a ora discutida responsabilidade subsidiária da Administração se mostra repugnante ao sistema jurídico vigente.

O artigo 37 da Constituição Federal também não parece restar perdoado com decisões desse conteúdo:

*"A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência..."*.

A responsabilização subsidiária da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador contratado resulta na violação a um dos princípios insculpidos no transcrito "*caput*" do artigo 37 da Constituição Federal: o princípio da legalidade.

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não pode haver liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "*pode fazer assim*"; para o administrador público significa "*deve fazer assim*" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 21ª edição, Malheiros Editores, pg. 82). Assim, agindo-se de maneira diferente, haverá violação de tal princípio, eis que o contratado, por expressa disposição legal, é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e a inadimplência do contratado, com referência a tais encargos 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 (artigo 71, "*caput*" e § 1º da Lei 8666/93).

Por mais esta razão deve ser afastada a hipótese de responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Outras Turmas Julgadoras de Tribunais Regionais do Trabalho possuem o mesmo entendimento aqui explanado, o que pode gerar, inclusive, se for constatada decisão judicial dando pela responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas de empregadores contratados mediante licitação, admissibilidade de um Recurso de Revista para o TST, com fulcro no artigo 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual segue transcrito:

*"Artº 896: Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte".*

Ora, se a contratante é pessoa jurídica de direito público e contrata empresa mediante processo licitatório, em estrita observância ao artigo 37, XXI da Constituição Federal e legislação pertinente (contratação de obras, serviços, compras e alienações) não há razão para a responsabilização subsidiária da Administração Pública, mormente se os serviços contratados constituírem partes integrantes da sua atividade-meio e não atividade-fim.

Em quase todos os julgados em que se verifica a condenação da Administração Pública subsidiariamente ao adimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados da contratada, se observa que estes, além de apoiarem-se no Enunciado 331 do TST, invocam a "*culpa in eligendo*" como se a contratação pudesse decorrer de ato discricionário da Administração.

Partindo-se ao conceito de ato discricionário, tem-se que o mesmo é aquele que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização (Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro). De tal conceito, de plano depreende-se que a escolha de parceiro pela Administração Pública **NÃO** deriva, nada obstante a promoção de licitação, de ato discricionário, sujeito ao Juízo de conveniência e oportunidade. Ao contrário, o ato que aqui se trata - a escolha do parceiro pela Administração - é ato vinculado, cujo conceito, segundo Hely Lopes Meirelles traduz-se como o ato para o qual a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase

que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

E é justamente isto o que ocorre nos processos licitatórios. Uma vez vencedora do certame a empresa proponente fica obrigada a Administração a contratar a vencedora, se esta for idônea é claro. É sabido que a contratação não é obrigatória. Porém, se a mesma ocorrer, a vencedora do liame deve ser a escolhida, ficando a Administração de "*mãos atadas*" quanto à escolha da contratada. Daí a necessidade de afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração. E o fato de um hipotético empregado não ter recebido algumas verbas trabalhistas, o que dá ensejo a uma Reclamatória, não deve levar à presunção de completa inidoneidade da contratada, até mesmo porque inidoneidade difere em muito da mera situação de inadimplente.

Uma das razões do inadimplemento das verbas trabalhistas pode muito bem ser o entendimento do empregador de que não as deve, o que o faz preferir aguardar o trânsito em julgado de uma decisão judicial para só então efetuar o pagamento. Gize-se ainda, que se, quando da contratação por meio de licitação da contratada, esta fosse inidônea, as outras proponentes certamente adentrariam com demanda judicial no sentido da desclassificação da mesma.

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, caso da Administração, realiza-se administração pública. Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. Então, a Administração Pública é a gestão mesma dos interesses da coletividade. Daí a razão pela qual o Enunciado 331, IV desta Corte não se aplica à Administração Pública, pois se a quisesse ter incluído, teria feito expressamente.

Outros indícios deixam clara a intenção do Enunciado em não incluir a Administração Pública como responsável subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por

parte do contratado: Um dos indícios é a clareza da Lei 8666/93 em seu artigo 71, § 1º, que excluiu expressamente a Administração de tais obrigações. Ora, um Enunciado, conceituado como a ementa que revela a orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos, sendo, portanto, um dos resultados da produção jurisprudencial, constitui-se em fonte formal estatal do direito. Sendo assim, está abaixo da Lei Federal. Estando abaixo, não pode contrariá-la, sob hipótese alguma.

Um outro indício advém do próprio acórdão proferido no Recurso de Revista TST-RR 464542/1998-6 da 5ª Turma, de cuja ementa se extrai que a construção do Enunciado 331 deu-se em face de reiterada exegese dos artigos 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e 37, II da Constituição Federal, bem com das Leis 5645/70, 6019/74 e 7102/83, constando expressamente que "*não decorreu de análise do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93*" (sic).

De se lembrar, por final, o teor do clássico brocardo latino "*in claris cessat interpretatio*" (disposições claras não comportam interpretação). Ora, se a Lei 8666/93 é clara a ponto de excluir expressamente a Administração de qualquer responsabilidade por inadimplemento do contratado em relação a créditos trabalhistas, se faz desnecessária, senão impossível, qualquer interpretação de modo contrário.

### **3.2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E O PODER PÚBLICO FEDERAL: CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI N. 8.666/1993 E O ITEM V DA SÚMULA 331 DO TST.**

A Constituição Federal de 1988 criou obstáculo ao reconhecimento de vínculo empregatício com entes da administração pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização, haja vista ter estabelecido a prévia aprovação, em concurso público de provas ou provas e títulos, como requisito para a investidura em cargo ou emprego público.

Tal vedação foi incorporada ao texto da Súmula 331 do TST, II, a qual determina que:

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

Como já ressaltado, a Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade do Poder Público (seja ela solidária ou subsidiária), pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada.

Nesse contexto, após anos de polêmicas e decisões por vezes conflitantes, importa destacar que o art. 71 da Lei de Licitações, que exime o Poder Público de responsabilidade sobre o inadimplemento das prestações trabalhistas por parte de suas contratadas, foi declarado constitucional em recente julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º16/DF (sessão do dia 24.11.2010), cujo teor foi noticiado no Informativo n.º610:

"ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 ("Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.") — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

### **3.3 OS NOVOS CAMINHOS DA CONDENACÃO SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, em novembro de 2010, a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, em julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado, *senão vejamos*:

Com a publicação do julgamento, o que se visualizou foi uma movimentação de parte dos magistrados trabalhistas com o intuito de buscarem novos fundamentos para a garantia do trabalhador terceirizado que se socorre do Poder Judiciário para receber seus direitos e, não obtendo resultado da empresa empregadora, parte na busca da satisfação pelo tomador daquele serviço.

O reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador do serviço trata-se, é notório, de uma garantia extra conferida àquele trabalhador terceirizado. Contudo, em que pese ser comum o julgamento pela Justiça Laboral visando a proteção do trabalhador, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, seguido por muitas Turmas de Tribunais Regionais e magistrados de primeira instância, ultrapassava os limites de interpretação da norma jurídica, revelando verdadeiro afastamento da aplicação da norma, sem a devido procedimento para tanto.

Não se apontava, de forma válida, outra norma que justificasse o afastamento da aplicação do art. 71, parágrafo primeiro da Lei nº 8.666/93 e, para a questão constitucional, não se utilizava do procedimento adequado para a declaração da inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal (art. 97 CF).

Assim, o posicionamento do TST criou, na prática, uma hipótese de responsabilidade objetiva da tomadora do serviço que não só não era prevista em Lei, como contrariava norma legal expressa.

Com efeito, conforme analisou o Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADC 16, a condenação subsidiária da Administração Pública era constantemente fundamentada no § 6º do art. 37 da CF e no § 2º do art. 2º da CLT. Contudo, a aplicação de referidos dispositivos para o embasamento da condenação carecia de pertinência, posto que, em relação ao primeiro, é certo afirmar que se refere à hipótese de responsabilidade extracontratual do Estado (Min. Carmem Lúcia), além do que não se constatava “ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço” (Min. Marco Aurélio). Com relação ao segundo dispositivo, a ausência de direção, administração, ou controle da empresa prestadora de serviços também afastava a validade de sua aplicação.

Portanto, diferentemente do que constantemente decidia a Justiça Laboral, considerando os termos legais, a tomadora somente poderia se ver validamente responsabilizada pelo inadimplemento por parte da empresa contratada se agisse com culpa ou dolo na relação mantida com a prestadora de serviço (responsabilidade subjetiva).

### **3.4 O JULGAMENTO DA ADC 16 E A ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST**

Seguindo essa linha de raciocínio, o STF, no julgamento da ADC, foi enfático em ressaltar que, em nenhuma hipótese, a responsabilização da Administração Pública tomadora poderia se dar automaticamente, mas que somente poderia ocorrer se visualizada a culpa da contratante (“culpa *in vigilando*” ou “culpa *in eligendo*”).

E na esteira do julgamento do STF, o TST modificou a redação do enunciado da Súmula 331 para os seguintes termos:

#### ***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 personalidade 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.*

Portanto, partindo dos termos do julgamento do STF e da nova redação da Súmula 331 do TST, conclui-se que a existência de culpa deve ser não só **alegada** pelo reclamante (uma vez que não caberia ao juízo conhecer de eventual negligência que não restou aduzida pela parte reclamante), mas também **comprovada nos autos** (ainda que por indícios que revelem a inexistência do cuidado necessário na contratação e na execução do contrato).

E quando estaria demonstrada a culpa da Administração?

Neste aspecto, cumpre salientar que os atos da Administração devem ser pautados na lei, de modo que, uma vez observada a Lei nº 8.666/93 para a licitação e contratação da prestadora, impossível se falar na “culpa *in eligendo*”.

No que tange à culpa “*in vigilando*”, a questão é um pouco mais delicada. O dever de fiscalização do contrato encontra-se previsto no art. 67 da Lei de Licitações. Ocorre que o descumprimento de obrigações contratuais identificado na fiscalização, somente gera consequências se adotado um procedimento próprio, muitas vezes tido por burocrático, conforme se identifica nos artigos 77, parágrafo único e artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Neste contexto, convém convocar os magistrados a se atentarem para o fato de que, em se tratando de poder público, as providências a serem adotadas em caso de verificação de irregularidades requerem atenção ao interesse público envolvido (uma vez que o órgão ou entidade não poderá carecer de condições para continuar atuando), bem como não prescindem de procedimento próprio que assegure o contraditório e a ampla defesa

Portanto, somente será o caso de condenação da Administração por culpa “*in vigilando*” se o reclamante alegar e demonstrar, ainda que por indícios, que a Administração deixou de fiscalizar o contrato, quando, por exemplo, a Administração não diligencia perante

a contratada para a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, através da exigência da CND (Certidão Negativa de Débitos) e da GFIP (Guia de Fiscalização das Contribuições Previdenciárias), respectivamente, ou que, identificado o problema, o Poder Público não adotou qualquer providência para saná-lo ou para, se o interesse público permitir, rescindir o contrato com as consequências previstas na Lei nº 8.666/93.

Portanto, após a recente decisão do STF e a alteração do enunciado da Súmula 331 do TST, a Administração Pública somente poderá ser condenada pelas verbas trabalhistas devida pela empresa contratada, se alegado e comprovado que o Poder Público descumpriu as normas para a licitação e contratação da prestadora ou que houve omissão na verificação e regularização de eventuais irregularidades no cumprimento das obrigações contratuais. Essas questões devem, portanto, serem evidenciadas no processo, o que significa dizer que devem enfrentadas de forma expressa no julgamento (sentença ou acórdão), de acordo com as provas constantes nos autos, não bastando a indicação genérica de negligência do Poder Público para a condenação.

Neste sentido são os recentes julgados do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, senão vejamos:

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST.** 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, decidiu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos-. Reconheceu, todavia, a Corte suprema, -que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade- (informativo n.º 610 do Supremo Tribunal Federal). 2. Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência desta Corte superior consagrada no item V da Súmula n.º 331, com a redação que lhe emprestou o Tribunal Pleno, mediante a Resolução n.º 174, de 24/05/2011, segundo a qual -os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada 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 do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. 3. Nesse contexto, merece reforma a decisão proferida pela Corte de origem, porquanto não se constata do substrato fático probatório dos autos a omissão da administração pública quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços. 4. Recurso de revista a que se conhece e se dá provimento. (RR - 200059-92.2010.5.05.0000, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011)

**RECURSO DE REVISTA. PETROBRAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. CULPA IN VIGILANDO.** Para que seja configurada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Nesse sentido, segue a redação conferida ao item V da n.º 331 do TST: *-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. 8.666/93, 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-*. Dessarte, não estando comprovada a omissão culposa da Reclamada, integrante da Administração Pública Indireta, no cumprimento das obrigações trabalhistas, mostra-se incabível a responsabilidade subsidiária pronunciada no acórdão regional. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 51500-22.2008.5.17.0004 Data de Julgamento: 03/08/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011.

**RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. RESPONSABILIDADE EM CASO DE CULPA -IN VIGILANDO- NO QUE TANGE AO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA POR PARTE DA EMPRESA TERCEIRIZANTE CONTRATADA. COMPATIBILIDADE COM O ART. 71 DA LEI DE LICITAÇÕES. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 159 DO CCB/1916, 186 E 927, -CAPUT-, DO CCB/2002. SÚMULA 331, V, TST.** A mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF. Entretanto, a interpretação sistemática desse dispositivo, em conjunto com os demais preceitos que regem a matéria (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93; 159 do CCB/1916, 186 e 927, -caput-, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência), revela que a norma nele inscrita, ao isentar a Administração Pública das obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos de prestação de serviços por ela celebrados, não alcança os casos em que o ente público tomador não cumpre sua obrigação de fiscalizar a execução do contrato pelo prestador. Nesse quadro, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa -in vigilando-, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém. Evidenciando-se essa culpa -in vigilando- nos autos, incide a responsabilidade subsidiária, de natureza subjetiva, prevista nos preceitos legais especificados. **Recurso de revista não conhecido. 2. HORAS -IN ITINERE-. PRESTADORES DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. SÚMULA 90/TST.** O Tribunal Regional não esclarece a natureza dos trabalhos desenvolvidos pelos substituídos em benefício da tomadora dos serviços, de maneira que, para se acolher o argumento da Reclamada de enquadrarem-se os substituídos como petroleiros, necessário seria o revolvimento de acervo fático- probatório, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. **Recurso não conhecido. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ASSISTENCIAIS. EXTENSÃO AO SINDICATO SUBSTITUTO PROCESSUAL.** No Direito Processual do Trabalho, a percepção de honorários advocatícios não decorre da mera sucumbência, mas da demonstrada insuficiência financeira e da necessária assistência de entidade sindical. Nada obstante, no caso de ação trabalhista em que o sindicato atua como substituto

processual, compreende-se que ambos os requisitos encontram-se atendidos, seja porque a substituição configura um plus perante a simples assistência sindical, seja pela circunstância de a hipossuficiência ser presumida nessas situações. Nesse sentido, esta Corte superior consolidou na Súmula 219, III/TST (aprovada pelo Pleno, na sessão do dia 24/05/2011) a compreensão de que é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em processo trabalhista no qual o sindicato atuou na qualidade de substituto processual. No presente caso, portanto, o sindicato tem direito ao pagamento de honorários advocatícios, incidindo a parcela classicamente adotada pela ordem jurídica (Lei 5.584/70; Súmula 219/TST). Recurso de revista não conhecido. (RR - 102600-71.2007.5.17.0191, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011).

#### **4. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CONTRATOS DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA**

Outro contrato de atividade que possui afinidades com o contrato de emprego é o de empreitada (art. 610 do Código Civil de 2002), originário do direito romano (*locatio operis*). Há quem sustente que ele não se situa entre os contratos de atividade, pertencendo a uma outra classificação (contrato de resultado, como assevera Molitor).

O contrato de empreitada é conceituado como o ajuste pelo qual “uma das partes (o empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado”.

Ele é um contrato bilateral, oneroso, consensual, comutativo, em regra, podendo, entretanto, ajustar-se com caráter aleatório.

Têm sido apontados quatro critérios que distinguem o contrário de empreitada do contrato de trabalho: a) a natureza da prestação de serviços; b) a forma de remuneração; c) a “profissionalidade” do empregador; d) a subordinação jurídica.

O primeiro critério, de origem romana, foi adotado em 1900 pelo Código Civil alemão. Sustentava-se que a empreitada era um contrato de resultado, de obra, enquanto o contrato de trabalho era um contrato de atividade, de serviço. A principal crítica que se tece a esse critério consiste no fato de que o empregado também poderá se obrigar a executar uma obra certa, como, aliás, dispõe a Lei n. 2.959, de 1956 e, nesse caso, o contrato de trabalho terá também um resultado último.

Da mesma forma, o critério da remuneração ajustada é imprestável para distinguir a empreitada do contrato de trabalho. Afirma-se que, no primeiro, a retribuição é ajustada consoante o resultado obtido com a execução da obra, enquanto no segundo ela é fixada por unidade de tempo, sendo irrelevante o resultado produzido. O critério é falho, mormente se considerarmos que a própria lei (art. 78 da CLT) dispõe sobre o salário do empregado, fazendo alusão ao ajuste por empreitada, tarefa ou peça.

O terceiro critério considera contrato de trabalho quando o empregado presta serviços a um empregador profissional que o remunera e dirige a prestação de serviços, enquanto a empreitada pressupõe que os serviços sejam prestados ao público. A falha do critério reside no fato de que o empregador profissional poderá celebrar não só contratos de trabalho, mais também de empreitada. Por outro lado, uma pessoa que não seja empregador profissional também poderá celebrar contrato de trabalho admitindo empregados na forma do art. 3º da CLT.

Finalmente, o critério mais preciso para distinguir o contrato de trabalho da empreitada é a subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, presente no primeiro e ausente na empreitada, já que o empreiteiro trabalha com autonomia, sem qualquer fiscalização de quem o pagará.

Pelo texto literal da CLT, a responsabilidade incidiria apenas na hipótese de subempreitada – e não empreitada simples –, aplicando-se somente sobre o empreiteiro principal, e não sobre o dono da obra – contratante original e beneficiário do trabalho realizado. Contudo, tal restrição tem sido problematizada pela doutrina e jurisprudência mais modernas (conforme será examinado à frente, no item VI).

A doutrina e jurisprudência *tendiam* a considerar a responsabilidade imputada ao empreiteiro principal como solidária. Por força dessa interpretação (responsabilidade solidária criada por lei: arts. 896, CCB/1916, e 455, CLT), consideravam desnecessária a prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal.

Contudo, a partir da uniformização jurisprudencial sedimentada pela Súmula 331, IV, do TST, engloba-se também a situação-tipo aventada pelo art. 455 da CLT, no cenário jurídico geral da terceirização, passando-se a considerar como subsidiária a responsabilidade do empreiteiro principal, em casos de subempreitada. A responsabilidade subsidiária em

exame, como se sabe, é também automática, exigindo simples inadimplemento do devedor principal (Súmula n. 331, IV, TST). Isso significa ser desnecessário realizar-se prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal.

Ocorre que duas são as relações formadas na situação em comento. Uma, entre o dono da obra e o empreiteiro (natureza civil) e a outra, entre esse (empreiteiro) e as pessoas por ele contratadas para trabalhar na obra (natureza civil). O que se discute é se o dono da obra pode ou não ser responsabilizado (solidária ou subsidiariamente) pelas obrigações trabalhistas oriundas do vínculo entre empreiteiro e seus empregados.

Regra geral, não. É justamente esse o teor da OJ 191 acima descrita.

Não se verifica aqui, hipótese de incidência da Súmula 331, IV do TST e do art. 455 da CLT.

**TST Súmula nº 331 - Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade**

**IV - O IV** – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (nova redação ADC nº. 16, DJE e DOU 03/12/2010)

**Art. 455** - *Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.*

**Parágrafo único** - *Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo*

Resta afastada a súmula supra, posto que a mesma se aplica apenas nas hipóteses em que caracterizada a terceirização. E, não se cogita da incidência do art. 455, que regulamente as situações referentes ao subempreiteiro.

Do que se vê, o vínculo de emprego se forma entre o empreiteiro e seus trabalhadores, não atingindo o dono da obra, que não pode ser inicialmente responsabilizado pelas questões trabalhistas oriundas desta relação.

Tal regra somente pode ser afastada quando o dono da obra for empresa construtora ou incorporadora, pois, em tais casos, o objeto da relação empregatícia guarda relação com a atividade fim daquele que patrocina a obra.

É o que se extrai da notícia em comento e da jurisprudência consolidada pelos tribunais da Justiça trabalhista.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. MULTA DO ART. 477 DA CLT.** Aparente contrariedade à OJ 191/SDI-I do TST, nos moldes do art. 896, "a", da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento provido, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa 928/2003. **RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. MULTA DO ART. 477 DA CLT.** "Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora" (OJ 191/SDI-I do TST). Recurso de revista conhecido e provido. ( RR - 40840-87.2007.5.03.0102 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 11/11/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 18/12/2009)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA. DESPROVIMENTO.** A v. decisão que denega seguimento a agravo de instrumento apenas pode ser reformada quando a parte consegue desconstituir seus fundamentos, o que não ocorre no presente caso. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 71140-43.2007.5.09.0303, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 12/08/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 21/08/2009)

**DONO DA OBRA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA** - Deve ser reconhecida responsabilidade subsidiária do dono da obra, se a atividade contratada era conectada e acessória a sua atividade fim, dela dependendo a reclamada para consecução de suas atividades" (TRT 5a R. - RO 00589-2003- 222-05-00-3 - (16.605/05) - Rei. Des. Valtércio de Oliveira - J. 04.ago.2005);

**DONO DA OBRA - RESPONSABILIDADE, SUBSIDIÁRIA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA DE FORMA ROTINEIRA - CARACTERIZAÇÃO** - Rêconhece-se a responsabilidade subsidiária do dono da obra quando contrata serviços relacionados à sua infraestrutura de forma rotineira, hipótese que se distancia da mera agregação de valor de uso ao bem, mas revela a execução "de serviços indispensáveis- Prevalência do princípio constitucional do valor social do trabalho" (TRT 5a R. - Proc. 10.144/05 - 2a T. - Rei. Juiz Cláudio Brandão - J. 19. maio. 2005).

É idêntico o entendimento dos Tribunais do trabalho, quanto a responsabilidade da Administração Pública nos casos de contratação de serviços de Engenharia, *senão vejamos*:

**EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE MG - CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO - APLICAÇÃO DA OJ N. 191 DO COL. TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA IMPOSTA.** A contratação pelo ente público de empresa especializada para a execução de serviços de engenharia,

relativos a melhoramento e pavimentação de trechos de estradas intermunicipais, por meio de empreitada por preço unitário, não autoriza a decretação da responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela contratada. A hipótese guarda identidade com o expresso na Orientação Jurisprudencial n. 191, do Col. TST, segundo a qual "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora." Na situação peculiar dos autos, não há finalidade lucrativa por parte do Estado, nem tampouco intermediação de mão-de-obra mediante terceirização de serviços, impondo o provimento do apelo interposto, no particular aspecto. (TRT, 3ª R., 4ª Turma, 0107900-24.2009.5.03.0097 RO, Des. Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto - J. 21/06/2010)

## **5. FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO ENTE PÚBLICO**

Frise-se que a CLT é omissa no ponto referente à responsabilidade do tomador de serviços em contratos de terceirização, sendo que a matéria encontra-se regulamentada de forma precisa pelo artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos.

Primeiramente, porque se trata de lei em sentido estrito, ou seja, em sentido formal e material, que passou pelo crivo dos Poderes Legislativo e Executivo que, todavia, não pode ser derogada por um mero entendimento jurisprudencial. Do contrário, os membros do Poder Judiciário estariam imiscuindo-se indevidamente na atividade legislativa.

Além do mais, em regra geral, a administração pública, ao contratar, já realiza o processo de licitação, de acordo com as diretrizes previstas na Lei nº 8.666/93, o que inclui a exigência de farta documentação, a fim de aferir a idoneidade da empresa contratada. Durante a fase pré-contratual o Estado utiliza de toda diligência para escolher a empresa com a qual irá celebrar o contrato. Dessarte resta afastada qualquer alegação de culpa *in eligendo* por parte do Estado, pois o processo administrativo de licitação teve como objetivo escolher a melhor proposta e aferir a idoneidade econômica, financeira e jurídica da empresa para que seja celebrado o contrato de prestação de serviços com a administração pública.

Sobre a finalidade do procedimento licitatório, trazemos as precisas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*:

Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a

realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.

Assim, a administração pública ao terceirizar serviços mediante prévia licitação já demonstra o interesse em escolher o melhor contratado e empreende todos os esforços para que seja escolhida uma empresa economicamente idônea.

A terceirização da prestação de serviços, como o de vigilância e limpeza, é plenamente licita e utilizada comumente pelos entes da administração pública, conforme podemos visualizar na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia.

Na atual Constituição, o inciso XXI do art. 37 dá o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta.

Se por ventura a empresa prestadora de serviços contratada pelo Estado para realização de serviços de limpeza ou vigilância não cumprir suas obrigações trabalhistas cabe ao empregado ingressar com reclamação trabalhista somente em desfavor da empresa e não em face da administração pública, pois esta não responde pelos encargos trabalhistas oriundos do contrato de prestação de serviços.

E, se por acaso a empresa não tiver patrimônio para honrar as suas dívidas trabalhistas, o reclamante deve requerer a desconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir o patrimônio dos sócios da empresa. O inadimplemento das obrigações trabalhistas implica em fraude à lei, o que autoriza a aludida desconsideração da pessoa jurídica.

No tocante à culpa *in vigilando* por parte do Estado, tem-se que este argumento não procede, pelo fato de que é totalmente inviável que o Estado fiscalize a atividade de todas as empresas com as quais celebra contratos de prestação de serviços. Cabe ao Estado somente o ônus de tomar todas as precauções para escolher as empresas com as quais irá contratar,

através do procedimento licitatório, sendo que o inadimplemento por conta dessas empresas não pode ser imputado àquele.

O Estado não tem meios de evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, podendo apenas aplicar sanções ao contratado, uma vez verificado o desrespeito às mesmas.

E repita-se, verificado o inadimplemento, a única medida a ser adotada pelo Estado é aplicar-lhe as sanções da Lei n° 8.666/93, como a rescisão unilateral do contrato.

Seguindo este norte, eis o entendimento perfilhado pela Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramos:

De outra forma, a princípio, não há que se falar em culpa *in vigilando* e/ou culpa *in eligendo*, uma vez ausente o dever de fiscalização do tomador do serviço, quanto ao cumprimento das obrigações sociais do prestador, fora das hipóteses previstas no ordenamento jurídico. (...) No tocante às verbas salariais, no entanto, não existe essa obrigação de fiscalizar. No âmbito dos ajustes firmados pela Administração Pública, a matéria é regulada pelo artigo 71 da Lei de Licitações (Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993), que dispõe ser obrigação da contratada o adimplemento das obrigações de caráter trabalhista, previdenciário, fiscal e comercial, não se admitindo o repasse à Administração das conseqüências de seu inadimplemento.

Conforme a explanação da douta procuradora, não existe qualquer lei que obrigue os entes da administração pública a fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviço terceirizado. Pelo contrário, existe é um dispositivo legal que afasta por completo a responsabilidade do Estado-contratante perante as dívidas trabalhistas assumidas pela empresa-contratada. Assim, incabível se cogitar de culpa *in vigilando* por parte do Estado, para imputar a este a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas.

A observância incondicional do item IV da súmula em questão implica em inviabilizar ou, no mínimo, dificultar a terceirização de prestação de serviços por parte dos entes que integram a administração pública.

Conforme dito anteriormente, a legislação consolidada não disciplina tal matéria, dada a sua especialidade. Somente a Lei de Licitações e Contratos é que trata da matéria de maneira clara e precisa.

Desse modo, torna-se imperiosa a estrita observância da legislação regente da matéria, tanto na fase pré-contratual (realização de licitação), quanto na fase posterior (execução do contrato), não havendo que se perquirir de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por parte do Estado.

Do contrário, estaremos dando prevalência a um entendimento jurisprudencial em detrimento da legislação que rege a matéria. E, conforme dito anteriormente, é inconcebível que uma mera orientação jurisprudencial tenha o condão de revogar a legislação que passou por todo o processo legislativo.

Além do mais, não se pode deixar de aplicar uma lei sob a eventual alegação de que ela é injusta. A lei deve irrestrito respeito à Constituição Federal, e se ela não for expurgada do mundo jurídico via ação direta de inconstitucionalidade, ela somente perde vigência se for revogada ou modificada por outra, conforme previsão do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in litteris*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Além de todo o exposto, é forçoso lembrar que a administração pública é regida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Assim, não deve prevalecer o entendimento que favoreça o interesse particular do empregado em detrimento do Poder Público como um todo, sob pena da Justiça Trabalhista causar danos indevidos ao erário e ao interesse público.

Discorrendo sobre o princípio da supremacia do interesse público, entendemos por bem transcrever as judiciosas lições do eminente Prof. Diógenes Gasparini:

No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (Tratado, cit. v. 10, p. 39). Com efeito nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, quer o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.

Seguindo este entendimento doutrinário a Procuradora do Estado de Goiás, Amélia Augusta Fleury Teixeira, deixou consignado taxativamente o seguinte:

A atividade desenvolvida pela Administração Pública é inquestionável; visa alcançar o interesse público, portanto, o da coletividade. A preponderância e defesa do interesse público levaram a atribuição de prerrogativas à Administração

como parte do contrato, sem sacrifício dos direitos pecuniários do particular contratado. Ao se revestir de prerrogativas especiais para a tutela destes interesses, eles se tornaram inalienáveis, a supremacia do interesse público é indisponível. Decorre daí que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções a outrem, a Administração delas não pode dispor. Ao contratar terceiros, o resultado desta contratação é de interesse coletivo. **O Contratado, deixando de cumprir suas obrigações de empregador e aplicando-se a súmula 331/TST, a Administração torna-se responsável pelo inadimplemento de terceiro. É o interesse privado sobrepondo ao público. Inconcebível tal situação.** (grifo nosso)

Conforme explanado em linhas derradeiras, dando-se prevalência a Súmula 331 em detrimento da Lei nº 8.666/93, estar-se-ia inviabilizando a utilização da terceirização por parte do Estado, pois ele assumiria as funções de um segurador universal dos débitos trabalhistas devidos pelas empresas com as quais celebra contrato de prestação de serviços terceirizados.

Uma vez celebrado o contrato de prestação de serviços, o Estado se desincumbe de suas obrigações ao pagar o valor contratado, sendo que não há qualquer relação jurídica entre o Estado (contratante) e o empregado da empresa prestadora de serviços (contratada). Deste modo é inadmissível que os empregados lesados busquem a tutela jurisdicional em desfavor do Estado, que, por fim, além de pagar pelo serviço contratado, teria que arcar com as dívidas trabalhistas de outrem.

O entendimento que mais se coaduna com o interesse público é aquele no qual a administração pública não responda por débitos trabalhistas devidos pela empresa prestadora de serviços, pois esta é que deve ser responsabilizada exclusivamente por tais dívidas.

O eventual passivo trabalhista deve ser buscado perante o real empregador e não contra o Estado. Assim, a Justiça do Trabalho, instância independente e imparcial que é, tem o dever de perceber que o patrimônio público não é remédio para todos os males, não devendo o Estado ser responsabilizado indevidamente por obrigações devidas por terceiros.

*Data máxima vênia* dos respeitados doutrinadores que possuem opinião em sentido contrário, entendemos que o Súmula 331, inciso IV, não tem o condão de prevalecer sobre o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que é o instrumento normativo que regula a responsabilidade contratual dos entes da administração pública.

## **6. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ÔNUS DA PROVA**

Consiste a responsabilidade civil do Estado na "obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos" (DI PIETRO, 2007, p. 596). Tal responsabilidade está elencada no Art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 37 { . . . }

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 2008)

A mesma noção de responsabilidade civil do estado é tratada pelo Código Civil de 2002 nos seguintes termos:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2008)

Trata-se do que hoje é reconhecido como responsabilidade objetiva, que abaixo será melhor delineada. Todavia, faz-se necessário para melhor compreensão do tema um breve esboço histórico.

Em Princípio, vigorava a teoria da irresponsabilidade do Estado, advindo do Estado Liberal e da teoria do direito divino dos reis, que dava ao soberano status de intangibilidade, conforme doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Na metade do século XIX, a idéia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. A solução era muito rigorosa para com os particulares em geral, mas obedecia às reais condições políticas da época. O denominado Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia àquela época.

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pelo Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 488)

Entretanto, mesmo vigendo a teoria da irresponsabilidade do Estado no período Absolutista, já se admitia a responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes da Administração. Ou seja, entendia-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, uma vez que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração. (DI PIETRO, 2007)

Dessa forma, o administrado, vítima de dano, poderia se insurgir apenas contra o funcionário da Administração causador do dano. O Estado jamais era demandado. Acontece que constantemente a ação de indenização resultava frustrada ante a insuficiência econômica do agente, o que inviabilizava o ressarcimento da vítima.

Em um segundo momento da evolução, foi superada a tese da irresponsabilidade. Teve início a implantação da teoria que atribuía ao Estado a responsabilidade subjetiva pelos danos causados por seus agentes. Desta forma, ao se admitir a responsabilidade do Estado, eram adotados os princípios de Direito Civil referentes à culpa, distinguindo-se, para tanto, os atos do estado em atos de império e atos de gestão.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria os atos de gestão, através de seus prepostos.

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, que pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar - se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços. (DI PIETRO, 2007, p. 598)

Assim sendo, esta situação ainda se apresentava muito desvantajosa para o indivíduo, ficando este, muitas vezes, sem ser ressarcido ante a impossibilidade de se distinguir as duas espécies de atos (de império e de gestão) em um caso concreto. Além disso, ainda que fosse possível separá-los, era preciso comprovar a culpa do agente administrativo, o que não raro resultava inviável.

Além disso, decorrente das atividades estatais em geral, constitui também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais. Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seu fundamento na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais. (CARVALHO FILHO, 2007, P. 489)

Desta forma, com base na teoria do risco, o Estado, o qual corresponde à sociedade, deveria suportar o prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público, não mais sendo necessário questionar-se da falta de seu agente ou do próprio serviço. Assim sendo, basta que o particular demonstre o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o dano sofrido, e que para a ocorrência do dano não tenha contribuído o particular com atitude culposa, para gerar uma responsabilização estatal.

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente, por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa e dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo (cf. Cretella Júnior, 1970, v. 8:69-70). (DI PIETRO, 2007, p. 599)

A responsabilidade civil objetiva surgiu, portanto, da necessidade da vítima de obter reparação do dano sem provar a culpa do agente. Isso porque a culpa tornou-se insuficiente para solucionar todos os danos, uma vez que sua prova nem sempre é possível na sociedade moderna, frente às evoluções tecnológicas e desenvolvimento industrial. Novas situações,

então, que não poderiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa, fizeram nascer esta responsabilidade tida como objetiva. Descarta-se, assim, qualquer questionamento em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. José dos Santos Carvalho Filho assim define os pressupostos para a aplicação da responsabilidade objetiva:

A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva.

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao poder público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).

O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.

O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa... (CARVALHO FILHO, 2007, p. 496)

O mais importante no que tange à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva da Administração é que, presentes os devidos pressupostos, tem esta o dever de indenizar o lesado pelos danos que lhe foram causados sem que se faça necessária a investigação sobre se a conduta administrativa foi, ou não, conduzida pelo elemento culpa.

Feitas essas considerações, é possível analisar melhor a responsabilidade da administração pública especificamente no que tange aos encargos trabalhistas decorrentes do processo de terceirização ilícita de suas atividades, o que será feito na próxima seção

A terceirização de serviços pela Administração se dará por meio de um contrato administrativo, precedido, como regra, de licitação (art. 37, XXI da Constituição da República). Importante destacar que o objeto do contrato é a prestação de serviços e não a contratação de mão de obra. Para contratar mão de obra, a Administração Pública deverá realizar concurso público, conforme o art. 37, II da CR.

No âmbito da Administração Federal, a contratação de serviços é regulada especificamente pelos seguintes atos: Decreto-Lei nº 200/67; Decreto nº 2.271/97; IN nº 02/08 e IN nº 04/08, ambas da SLTI/MPOG.

Em que pese as vantagens já comentadas da terceirização, entre elas: a possibilidade de focar na atividade-fim; redução do envolvimento de pessoal próprio em atividades instrumentais; aumento da produtividade e qualidade na prestação dos serviços com ganhos de eficiência e menor dispêndio de recursos. É importante ter clareza que a terceirização impõe à Administração o dever de fiscalizar e acompanhar a prestação de serviços, não apenas a execução material do serviço, mas também o cumprimento pela empresa contratada dos direitos trabalhistas dos empregados envolvidos no referido contrato.

É exatamente o ônus de fiscalização nos contratos com alocação de mão de obra exclusiva que tem ensejado atenção e preocupação em relação ao tema.

Hoje a União é reiteradamente demandada na Justiça do Trabalho. Ora, se a União contrata sua mão de obra a partir de um regime estatutário, como pode responder a tantos processos nos tribunais trabalhistas? São as condenações decorrentes de contratações de serviços com alocação de mão de obra exclusiva que geram a responsabilização da União na Justiça do Trabalho.

Mas, como pode a União ser responsabilizada por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas, se o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 determina expressamente que a inadimplência de encargos trabalhistas não transfere à Administração a responsabilidade por seu pagamento.

Essa responsabilidade decorreria do entendimento dos tribunais trabalhistas. A interpretação para esse dispositivo é a seguinte: de fato, inicialmente, a responsabilidade não é da Administração na condição de tomadora do serviço. A responsabilidade é da empresa

prestadora e empregadora. Está adequada, portanto, a regra estabelecida no comando legal. Ou seja, a disciplina legal parte da condição de normalidade. Ocorre que, se esta empresa não tem condições de arcar com os débitos decorrentes de direitos trabalhistas dos empregados envolvidos no contrato, durante o prazo de execução deste, a Administração, na condição de tomadora do serviço e tendo se aproveitado da força de trabalho colocada à sua disposição (Princípio da Proteção), poderá ser chamada a responder subsidiariamente, desde que conste do título executivo judicial (TST – RR nº 527409/99.3 – 2ª Turma).

É exatamente a possibilidade de a Administração ser demandada na justiça do trabalho em relação aos débitos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação dos serviços que ressalta a importância da fiscalização desses contratos.

A Administração deve ter muita cautela na licitação ao selecionar a empresa, especialmente na análise de exequibilidade da proposta. A fiscalização dos contratos deve envolver a demonstração mensal pela empresa da quitação dos débitos trabalhistas. É a efetiva fiscalização do contrato que vai minimizar a responsabilidade da Administração Pública e futuras condenações na Justiça do Trabalho.

A IN nº 02/08 da SLTI/MPOG e as alterações implementadas pelas IN nºs 03, 04 e 05 de 2009/MPOG, estabelecem regras, providências e procedimentos relacionados com o planejamento da contratação, o julgamento da licitação e a fiscalização dos contratos para que a Administração se acautele na contratação de serviços contínuos, especialmente aqueles que envolvem alocação de mão-de-obra exclusiva.

Como dito, já se encontra superada a discussão sobre a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8666/93, ao menos enquanto não alterada a posição do STF sobre o tema.

No entanto, observemos a parte do texto declarado constitucional que nos interessa, com maior atenção:

"§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento."

Como se vê, dispõe a norma declarada constitucional que a inadimplência da empresa contratada simplesmente não transfere a responsabilidade para a Administração, o que

absolutamente não significa que esta não possa ser compelida ao pagamento e, em ação regressiva ou em denunciação da lide (CPC: art. 70 e ss.), se ressarcir dos prejuízos, junto ao patrimônio da contratada ou de seus sócios, se for o caso.

Expliquemo-nos. Transferir, segundo Bechara, significa "fazer passar ou mudar de uma instituição, lugar, etc. para outra(o)." Portanto, a palavra "transferir" utilizada na norma aludida, simplesmente previa o óbvio: a responsabilidade pelos encargos trabalhistas dos empregados da contratada é da própria, e sua inadimplência, evidentemente, não "transfere" essa responsabilidade para o ente contratante, no sentido da contratada se ver livre e isenta de responsabilidade. Afinal, a contratada já incluiu no preço da prestação de seu serviço todos os salários e encargos de seus trabalhadores. Sendo, portanto, inadmissível, que viesse, posteriormente, a "transferir" tais encargos ao contratante, que já pagou pelos mesmos, no valor total do contrato.

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.

Melhor seria, em nossa opinião, que se tivesse deixado isso expresso no dispositivo, em uma "interpretação conforme à Constituição", mas, ainda assim, restou clara essa posição na fundamentação da decisão de mérito, não tendo se tratado de *obiter dictum*, mas de motivos determinantes da decisão. E não poderia ser de outra forma, pois já superamos de há muito a fase da irresponsabilização da Administração Pública. Pelo contrário, o Princípio Republicano, inspirador de nossa atual Carta Política, se revela na previsão da responsabilidade do ente público, sempre que der causa a dano, sendo inclusive objetiva essa responsabilidade, quanto aos atos dolosos ou culposos praticados por seus agentes.

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 nos parece muito acertado.

Mas agora, devemos perquirir da natureza dessa responsabilidade a ser apurada, no caso concreto.

Como já dito, a posição predominante do STF, a partir do julgamento da ADC 16, é no sentido de que não se pode responsabilizar de forma automática o ente público contratante pelo inadimplemento trabalhista da contratada. 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.

A responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, §6º, da Constituição, a nosso sentir, seria a melhor base legal para a atribuição de responsabilidade ao ente público que se omitiu na fiscalização da execução contratual, causando dano aos trabalhadores da contratada, embora não tenha sido esta a opinião de alguns ministros no julgamento da ADC 16. Vejamos seu teor:

"§6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Ora, a responsabilidade pelo inadimplemento 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.

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.

Com efeito, um dos julgamentos trata de um acidente ocorrido nas dependências de escola municipal, por omissão da administração em evitar que uma criança atingisse o olho de outra, causando-lhe a perda total do globo ocular.

Outra decisão do STF diz respeito a assassinato de um preso por outro, dentro da cela, tendo sido o Estado responsabilizado objetivamente pela omissão na vigilância dos presos.

Nessa linha de raciocínio, não parece assistir razão aos argumentos do em. Min. Marco Aurélio, que ao julgar a ADC nº. 16, aduziu: “Que não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço”.

A Min. Carmem Lúcia também argumentou que o art. 37, §6º, da Constituição, trataria de responsabilidade objetiva extracontratual e, por isso, não se aplicaria à espécie <sup>[17]</sup>, talvez olvidando que os trabalhadores da empresa terceirizada não se vinculam contratualmente à Administração, mas sofrem danos em função da omissão de seu representante, especialmente designado.

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*.

Além disso, como lembrou o ministro Ayres Britto, só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso público, por nomeação para cargo em comissão e por 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.

Pensamos que assiste integral razão aos argumentos do em. Ministro, pois a Administração, ao optar por entregar a terceiros parte das atribuições que originariamente lhe cabiam, não pode se esquivar da responsabilidade que lhe assiste, seja na vigilância da execução contratual, seja na responsabilidade pelo pagamento das obrigações trabalhistas, quando seu representante especialmente designado não se desincumbiu adequadamente dessa vigilância.

A discussão da responsabilidade da Administração, em sede processual, passa, ainda, pela relevante questão da prova, principalmente se o órgão julgador entender pela incidência da responsabilidade subjetiva.

Parece-nos claro que, no ponto, deve incidir a inversão do ônus da prova, em favor do trabalhador, indiscutivelmente a parte hipossuficiente dessa relação triangular: Administração/Empresa Contratada/Trabalhador.

A exemplo da inversão do ônus da prova em favor dos consumidores, também a parte hipossuficiente na relação jurídica de consumo, prevista no art. 6º, VIII, da Lei n. 8078/90 - CDC, ela também deve ser aplicada para os trabalhadores, neste caso, para provar a falta de fiscalização adequada por parte do representante da Administração, especialmente designado.

A própria inadimplência das obrigações representa, por si só, a falha grave do agente público na sua vigilância.

Não é incomum na Justiça do Trabalho, o reconhecimento da necessidade de inversão do ônus probatório, quando ao trabalhador se torna inviável a produção de prova, em virtude de sua situação de parte fraca na relação contratual (vide Súmulas 212 e 338 do TST, p. ex).

Ademais, a aplicação analógica do art. 6º, VIII, da Lei 8078/90 é expressamente permitida pelo art. 8º, *caput* e § único, da CLT.

Caso emblemático sobre o que doravante deve ocorrer com os entes públicos para se resguardarem de responsabilidade é o que a Presidência da República recentemente fez com relação a prestadoras de serviços que se encontravam em débito com seus empregados.

De fato, a Presidência da República, por meio da Advocacia Geral da União - AGU, ajuizou ação civil visando ao bloqueio da verba de pagamento de uma empresa acusada de irregularidades e fez o repasse direto para os trabalhadores. Os empregados conviveram nos últimos dois anos com atrasos nos salários e a falta dos depósitos relativos ao recolhimento do INSS. Detectando a inadimplência, a União conseguiu na Justiça autorização para bloquear os valores que seriam pagos à empresa terceirizada, transferindo-os diretamente aos trabalhadores.

A iniciativa, amplamente favorável aos empregados, permitiu que os mesmos recebessem o salário mensal e o 13º salário. Os cerca de 300 funcionários também deixaram de atuar pela empregadora original, tendo sido absorvidos por outra, contratada emergencialmente para absorver toda a mão de obra disponível. O Executivo fez a troca das empresas com base em indícios de que o serviço corria o risco de ser interrompido.

O representante da AGU alegou que foram considerados os indícios de que a empresa não arcaria com suas obrigações trabalhistas, tendo em vista a "prática detectada pela fiscalização contratual de fraude nos recolhimentos previdenciários e atrasos no pagamento de salários e benefícios".

Esta é, indiscutivelmente, uma brilhante conduta preventiva da União que, resguardando-se de eventual responsabilização subsidiária, pela qual teria que pagar novamente o que já quitado no contrato com a empresa terceirizada, acaba favorecendo amplamente os trabalhadores da mesma.

Talvez, inclusive, tal conduta sirva de exemplo para os demais entes públicos e, principalmente, de paradigma para que o Poder Judiciário possa fundamentar a responsabilização dos entes que não tiverem agido do mesmo modo.

## **7. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Eis, portanto, o objeto deste estudo: possibilidade (ou não) de inversão do ônus da prova nos processos em que se discute a responsabilidade subsidiária do Estado, bem como os requisitos para tal inversão.

Preliminarmente, registre-se que, nos casos em que o reclamante não demonstra, nem mesmo na fundamentação da inicial, a culpa da Administração, estará o Judiciário impossibilitado de afirmar a existência dessa culpa, pois, se assim agir, estará atuando de ofício em campo permeado pelo princípio dispositivo (também chamado de princípio da demanda ou da inércia), de modo que a decisão ofenderia o princípio da congruência objetiva, por extrapolar os limites objetivos da demanda, especificamente quanto aos fatos, integrantes da causa de pedir.

Assim, se a petição inicial pretender a responsabilização objetiva, ainda que não o diga expressamente, o Poder Judiciário deverá se limitar a afirmar sua inviabilidade jurídica; jamais poderá reconhecer de ofício um fato (culpa da Administração) inexistente no processo, por não ter sido alegado nem provado, e, conseqüentemente, sem ter passado pelo crivo do contraditório, que faz do processo um meio dialógico para a efetivação da justiça.

Dito isso, cumpre analisar alguns aspectos relativos ao ônus da prova. Inicialmente, é necessário definir ônus da prova subjetivo e objetivo. O primeiro é uma regra de atividade, ou de conduta, para as partes; o segundo é regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência probatória. Pelo critério subjetivo, verifica-se a quem incumbe provar, e o que se deve provar. Já pelo critério objetivo, verifica-se quem sofre as consequências caso o arcabouço probatório seja deficiente. Em regra, a parte que tem o ônus subjetivo terá, também, o ônus objetivo.

No que tange à distribuição do ônus da prova, existem duas correntes teóricas principais: (i) *teoria da distribuição estática do ônus da prova* e (ii) *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*.

Quanto à teoria estática, Didier assim se manifesta:

Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido, como base de sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

Como se percebe, essa foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, ora transcritos:

CLT: Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

CPC: Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Quanto à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tem-se que foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...];

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

No que tange à natureza dessa inversão prevista no CDC – se é matéria de instrução ou técnica de julgamento –, a doutrina diverge. Fredie Didier, Daniel Neves, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, por exemplo, entendem que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é matéria de instrução. Por todos, eis a lição de Didier:

Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do *devido processo legal*, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo (lembre-se que o ônus *subjetivo* acaba por condicionar a atuação processual da parte).

Por outro lado, parte da doutrina afirma que a referida norma contempla regra de julgamento. Filiam-se a essa corrente, por exemplo, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery e Rosa Nery, sendo que os três primeiros foram, inclusive, autores do anteprojeto do CDC. Por todos, eis as lições de Kazuo Watanabe:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *julgamento da causa*. É que as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo*, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. [...]

Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova.

Quanto à alegação de que o fornecedor seria pego de surpresa com a inversão realizada na sentença, eis a doutrina de Nelson Nery Jr., a refutá-la:

[...] a parte que teve contra si invertido o ônus da prova [...] não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda **de consumo**, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC 3.º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo

que estiver a seu alcance e for de seu interesse **nas lides de consumo**. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença. (destaques acrescidos)

Ocorre que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova demanda previsão legal expressa, como consta do CDC, no caso das relações de consumo. Isso porque, da mesma forma que o ônus da prova é uma regra de julgamento, é, também, uma regra de atividade, pois as partes pautam sua conduta processual de acordo com as previsões legais aplicáveis (arts. 818 da CLT e 333 do CPC, no caso do processo do trabalho), como bem ressaltou Didier, em trecho já transcrito acima.

Ao analisar o art. 6º do CDC, a segunda corrente doutrinária apresentada acima afirma que não restariam violados os princípios da não-surpresa, cooperação, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e devido processo legal, porque **o fornecedor** já sabe, de antemão (devido à previsão expressa contida no art. 6º do CDC), que poderá sofrer a inversão do ônus da prova, sendo que a ninguém é dado o desconhecimento da lei. Daí não se falar, **no caso das relações de consumo**, em violação aos referidos princípios.

Ademais, em se tratando de relação consumerista, o art. 333 do CPC é afastado devido ao princípio da especialidade. Diferente é a situação em relações jurídicas diversas das de consumo, como é o caso da relação de trabalho.

No caso das relações de trabalho, a única forma de aplicação da teoria dinâmica para redistribuir à Administração um ônus que originariamente cabe ao reclamante é a declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC (com todas as suas conseqüências, inclusive a necessidade de se respeitar a regra da reserva de plenário, no caso de declaração de inconstitucionalidade por tribunal).

Isso porque não há falar em aplicação analógica do art. 6º do CDC, eis que a analogia só tem cabimento no caso de lacuna na lei, a qual permite aplicar analogicamente à situação não prevista na lei um dispositivo aplicável a situação diversa, mas semelhante. Havendo, no caso, os referidos artigos da CLT e do CPC, impossível aplicar-se o CDC por analogia.

Assim, repita-se, a única forma de transferir o ônus de provar a inexistência de culpa da Administração ao Poder Público é a declaração incidental da inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Relevante anotar, neste ponto, que afastar a aplicação dos

citados artigos é o mesmo que considerá-los inconstitucionais, de modo que é necessário, mesmo no caso de mero afastamento do dispositivo legal, o respeito à regra da reserva de plenário contida no art. 97 da Constituição Federal, como, aliás, consigna a Súmula Vinculante n.º 10 do STF:

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.

Vistas essas questões, convém, agora, analisar o momento para a inversão do ônus da prova, caso se parta da premissa de que é possível a inversão, mesmo no processo do trabalho (neste caso, sempre e somente após a declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 333 do CPC e 818 da CLT).

#### 8. DO MOMENTO ADEQUADO PARA INVERSÃO

Ultrapassadas as questões postas acima, resta abordar aquela relativa ao momento em que a inversão é cabível, na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, e aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Como visto acima, a doutrina consumerista controverte-se a respeito do momento em que pode ser feita a inversão. A corrente mais acertada afirma que deve ser feita no despacho saneador, exatamente para permitir à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do referido ônus, em atenção aos princípios da não-surpresa, cooperação, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Por outro lado, a outra corrente afirma a possibilidade dessa inversão na própria sentença.

Quanto aos princípios aventados pela primeira corrente, a parte da doutrina que defende a possibilidade de inversão na própria sentença afirma que eles são respeitados, **no caso das relações de consumo**, porque o fornecedor sabe, desde o início, que poderá ser a ele redistribuído ônus que cabe originariamente ao consumidor. Isso por causa da expressa previsão legal contida no art. 6º, VIII, do CDC, e do princípio de que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei.

Entretanto, em relações trabalhistas, uma vez que não existe norma legal expressa acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova, não há como defender a ausência de afronta aos princípios da não-surpresa, cooperação, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e devido processo legal no caso de inversão na própria sentença. Assim, no caso de o juízo entender aplicável a teoria dinâmica, deverá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 818 e 333 do CPC, notificando tempestivamente a parte reclamada acerca da redistribuição do ônus da prova, para que esta possa dele se desincumbir.

Nos casos em que se verifica a inversão como técnica de julgamento, em sede de recurso ordinário, pelos TRT's, o desrespeito aos listados princípios regentes do processo ocorre de forma ainda mais afrontosa, pois a inversão se dá no acórdão que julga o recurso ordinário! Se já seria inconstitucional tal inversão na sentença, apesar de a Administração poder rediscutir os fatos na segunda instância, o que se dirá da inversão feita no julgamento do recurso ordinário, situação em que se tolhe em absoluto o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, pois inviável a discussão fática na instância extraordinária?

Em casos como o narrado no parágrafo anterior, o que ocorre é que, por via transversa, viola-se o entendimento vinculante e dotado de eficácia *erga omnes* manifestado no julgamento da ADC 16.

Com efeito, se o STF entendeu que a Justiça Trabalhista deveria analisar a existência de culpa, inverter o ônus da prova, mormente em sede de julgamento de recurso ordinário, é, com todas as vênias, esquivar-se do referido dever, impondo as conseqüências malélicas dessa inversão à Administração, que pautou sua conduta processual nas regras que regem o procedimento probatório: arts. 818 da CLT e 333 do CPC.

Assim, na insuficiência da produção probatória relativa à culpa da Administração, o correto seria aplicar-se o ônus da prova como regra de julgamento, para o fim de julgar improcedente o pedido de condenação subsidiária do Poder Público, tendo em vista que cabe ao autor trazer essa causa de pedir na inicial e comprovar sua ocorrência ao longo da instrução probatória. Não o fazendo, deve ter seu pedido julgado improcedente.

### **CONCLUSÃO**

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por empresa interposta resulta na violação a um dos princípios insculpidos no art. 37, caput da Constituição Federal do Brasil, qual seja o princípio da Legalidade.

Na Administração Pública não pode haver liberdade, nem tampouco vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Desta forma, não é aceitável que a Administração Pública, que terceiriza determinado serviço, mediante processo licitatório, em estrita observância do artigo 37, XXI da Constituição Federal e da legislação pertinente, seja responsabilizada por débitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Observa-se que em quase todos os julgados em que se verificava a condenação da Administração Pública subsidiariamente ao adimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados da contratada, se apoiavam na antiga redação da súmula 331 do TST, invocando, para tanto a “*culpa in vigilando*” como se a contratação pudesse decorrer de ato discricionário da Administração, quando na verdade o ato em questão é vinculado, já que estabelece requisitos e condições para contratação de determinada empresa.

Desta forma, o posicionamento do TST, anterior a nova redação da Súmula 331 do STF, que contrariava o disposto no §1º do artigo 71 da lei 8.666/93, já que responsabilizava subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta, em relação aos débitos trabalhistas, das empresas contratadas, revelava-se em verdadeiro afastamento da aplicação da norma, sem o devido procedimento para tanto.

Seguindo essa linha de raciocínio, o STF, no julgamento da ADC nº 16, foi enfático em ressaltar que, em nenhuma hipótese, a responsabilização da Administração Pública tomadora poderia se dar automaticamente, mas que somente poderia ocorrer se visualizada a culpa da contratante (“*culpa in vigilando*” ou culpa “*in eligendo*”).

Conclui-se, portanto, que a existência de culpa da administração pública deverá ser comprovada, nos autos, ainda que por indícios que revelem a inexistência do cuidado necessário na contratação e na execução do contrato.

Essa necessidade de fundamentação específica, por sinal, encontra-se expressamente determinada pra 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 atribuírem a responsabilidade subsidiária à Administração sem, geralmente, fundamentarem adequadamente tal decisão, o que agora, espera-se, deve ser corrigido.

Assim, a Justiça do trabalho, instância independente e imparcial que é, tem o dever de perceber que o patrimônio público não é remédio para todos os males, não devendo o Estado

ser responsabilizado, *incontinenti*, pelas obrigações trabalhistas devidas por empresas terceirizadas.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr. 2009;

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2009;

Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2009;

Meireles, Edilton. Primeiras linhas do Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Delgado, Maurício Gondinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª edição. São Paulo: Ltr, 2009.

Consolidação das Leis do Trabalho. Artigos, Incisos, Parágrafos, Alíneas.

CPC – Código de Processo Civil. Artigos, Incisos, Parágrafos, Alíneas.

<http://www.cursodecisum.com.br/artigos/responsabilidadesubsiarianaterceirizacao.htm>. Acesso em: 01/06/2011;

<http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 01/06/2011;

<http://www.sintepav.org.br/2011/05/26/terceirizacao-sumula-331-preve-responsabilidade-subsidiaria>. Acesso em: 07/06/2011;

<http://www.youtube.com/watch?v=3TiVUTwnSQg>. Acesso em: 08/06/2011;

[http://www.youtube.com/watch?v=4X\\_5G24PEdU](http://www.youtube.com/watch?v=4X_5G24PEdU). Acesso em: 08/06/2011;

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 08/06/2011;

<http://www.sindipetromg.org.br/noticia1.php?id=2293>. Acesso em: 09/06/2011.