

A Súmula 331 do TST e a responsabilidade da Administração Pública

Ronaldo E. Scarponi Júnior

*Advogado trabalhista em Minas Gerais
Ex-estagiário do Jurídico da CAIXA*

RESUMO

O presente trabalho trata da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e da polêmica envolvendo a responsabilidade da administração pública pelas dívidas trabalhistas dos empregados que lhe prestam serviços através da terceirização. Primeiramente, faz um breve levantamento histórico a respeito do instituto da terceirização, seu crescimento e atual importância dentro do mercado, no Brasil e no mundo, para então estudar a Súmula 331, sua formação, importância e polêmicas. Finaliza com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16, analisando sua repercussão na jurisprudência, assim como as possíveis consequências de tal posicionamento. Diante da ausência de legislação específica mais extensa sobre o assunto, baseou-se primordialmente na jurisprudência e doutrina, de modo a esclarecer os fundamentos dos diferentes pontos de vista a respeito das polêmicas que acompanham o tema.

Palavras-chave: Súmula 331 do TST. Terceirização. Responsabilidade subsidiária. ADC 16.

ABSTRACT

The present work deals with the *Súmula* 331 of the Superior Labor Court and the controversy surrounding the government's responsibility about the debts of employees who provide services through outsourcing. First, it makes a brief historical survey about the institute of outsourcing, its growth and importance in the current market in Brazil and abroad, to then study the *Súmula* 331, its formation, importance and controversies. It ends with the recent decision of the Supreme Court in ADC nº 16, analyzing its impact on case law, as well as the potential consequences of such positioning. Given the absence of more extensive and specific legislation on the subject, it was based primarily on case law and doctrine in order to clarify the foundations of the different points of view about the controversies that accompany the theme.

Keywords: Outsourcing. Subsidiary Liability. ADC 16.

Introdução

É inegável o importante papel exercido pela terceirização no mercado atual. Por mais que muitos vejam no instituto um grande risco de fraude aos direitos dos trabalhadores, sua praticidade e inegável eficiência permitem um aumento considerável na produtividade, o que é benéfico para toda a sociedade, se usado corretamente.

Pelas suas características, a terceirização é especialmente adequada para as entidades públicas, permitindo maior eficiência na execução de serviços acessórios, uma vez que evita a burocracia e os altos gastos exigidos na contratação dos servidores efetivos.

Está claro, portanto, que o fenômeno veio para ficar. Entretanto, a inovação, se facilita por um lado, traz também uma série de novos problemas. O uso abusivo da terceirização não tardou a surgir, sendo corriqueiras as contratações de empresa interposta para exercício do que seria sua atividade-fim, evitando-se a contratação direta.

Porém o principal problema é a questão da responsabilidade por eventuais verbas trabalhistas não pagas aos funcionários terceirizados. No caso da terceirização entre particulares, a questão é mais simples, apesar da ausência de legislação específica sobre o tema, uma vez que é princípio básico do Direito do Trabalho a proteção ao empregado.

Entretanto, no caso da terceirização efetuada pela Administração Pública, a questão é mais complexa, levantando uma série de discussões, tanto quanto aos princípios a serem privilegiados, quanto aos conflitos existentes entre legislação (ou a ausência dela), doutrina e jurisprudência.

Recentemente, a polêmica voltou a ser alvo de discussão dentro do mundo jurídico, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 que, à primeira vista, exime o Estado da responsabilidade por dívidas trabalhistas de seus terceirizados.

E é exatamente esse o tema que este trabalho visa discutir, através de um levantamento histórico do instituto da terceirização, sua aplicação no Brasil, seu uso pela Administração Pública e a legitimidade da decisão citada, além de sua repercussão na jurisprudência.

Através da exposição desse panorama, busca-se esclarecer os fundamentos dos diferentes pontos de vista, de modo a contribuir para o debate da questão, facilitando o alcance de uma conclusão mais justa quanto possível.

1 Um breve histórico da terceirização

Inicialmente, faremos uma breve exposição sobre a origem e a evolução da terceirização na indústria moderna e sua aplicação no Brasil, de modo a facilitar a compreensão do instituto e suas consequências para o Direito do Trabalho.

Ao abordar a terceirização, o professor Maurício Godinho Delgado (2009) inicia explicando o significado e a origem do termo, "oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como intermediário, interveniente". Isso porque o neologismo teve origem na área administrativa, associando *terceiro* à transferência da execução de certas atividades para outrem, estranho à empresa. Diferenciando-se, portanto, do sentido de terceiro comumente usado no Direito: um estranho a certa relação jurídica.

Para o Direito do Trabalho, a terceirização é definida como "o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente" (DELGADO, 2009). Dessa maneira, é entre a *relação econômica* e a *relação justralhista* que entra o *terceiro*.

Fica clara a quebra que se produz na clássica relação bilateral empregador/trabalhador, introduzindo-se uma relação *trilateral*, que não se enquadra em toda a estrutura teórica e normativa na qual o Direito do Trabalho se fundamenta.

Martins (2009), em brilhante obra sobre o tema, relata que a criação e disseminação da terceirização foi fato tão significativo que influenciou as ciências sociais e trouxe mudanças para a própria ciência jurídica.

1.1 No mundo

Martins (2009) expõe histórico da terceirização, explicando que o instituto, nos moldes em que é aplicado atualmente no mercado, pode ter sua origem remetida à Segunda Guerra Mundial, em que a indústria de armas, diante da gigantesca demanda, dos recursos escassos e da urgência da situação, acabou recorrendo a esse sistema de trabalho fragmentado, buscando atuação de forma mais técnica em cada área especializada de produção.

Tais sistemas de trabalho fragmentado atuavam de forma mais técnica somente em sua área especializada de produção. As indústrias focavam-se apenas na produção do produto principal, sendo que todo o restante (os serviços "acessórios") era repassado para terceiros. Percebe-se que o instituto nasceu, portanto, como fruto da necessidade, na busca por maior eficiência, não tendo, a princípio, uma ampla e imediata disseminação de sua aplicação.

Castro (2000), ao explicar as origens do fenômeno, destaca:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

Com o fim da Segunda Guerra veio o conseqüente período de recuperação da economia e da indústria, com abundância de empregos, acumulação de capital e crescimento da economia, gerando relativa harmonia no universo trabalhista, o que estendeu a manutenção dos métodos tradicionais de produção, já que, no período de prosperidade, alternativas não se faziam necessárias.

Lora (2008) explica que a situação sofreu um novo e definitivo revés diante da crise do modelo de produção capitalista dominante na época, o notório Fordismo criado por Henry Ford, caracterizado pela linha de produção em série, compartimentalização das atividades e pouca especialização. No fim da década de 60, nos países desenvolvidos, esse modelo alcançou um estado de saturação, com redução da produtividade e, conseqüentemente, dos lucros.

A reação do mercado foi a reformulação do processo produtivo, buscando maior flexibilidade, através da qualificação dos trabalhadores, que executariam maior número de funções.

O novo modelo de produção teve origem na fábrica automobilística da empresa japonesa Toyota, sendo denominado Toyotismo. Entre suas características, Hoffman (2003) destaca o objetivo de alteração de vários aspectos do processo de produção através da desregulamentação/fragmentação da classe trabalhadora, ruptura do sindicalismo, precarização do emprego e, como não poderia deixar de ser, terceirização da força de trabalho.

Com a globalização, as multinacionais acabaram absorvendo todas essas novas formas de trabalho e as levaram para todas as partes do mundo. A flexibilidade virou a regra da vez, a salvação para a indústria, a modernização do processo produtivo ultrapassado, solução para todos os males. Empregos seriam criados, e a indústria seria desafogada.

Esse entusiasmo resultou na terceirização indiscriminada de atividades não apenas acessórias, mas até daquelas essenciais ao objetivo das empresas. O Estado e os sindicatos, diante do desemprego e da crise econômica, viram-se reféns das grandes empresas, o que ajudou a impulsionar ainda mais as novas práticas.

1.2 No Brasil - correlações legislativas e jurisprudenciais

A terceirização chegou ao Brasil na década de 50, através de multinacionais. Porém, como ressalta Delgado (2009), o fenômeno é relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do século XX no Brasil.

Tanto é assim que a Consolidação das Leis do Trabalho apenas menciona a empreitada e a subempreitada em seu artigo 455 como figuras de subcontratação de mão de obra. Ou seja, são apenas menções a um estágio ainda embrionário do que a terceirização veio a se tornar.

Foi só em meados da década de 60 que surgiram referências legislativas mais diretas à terceirização, ainda que restrita ao âmbito público/estatal - administração direta e indireta da União.

O Decreto-Lei nº 200/1967 permitia a "descentralização" de serviços considerados acessórios, e a Lei 5.645/1970, no parágrafo único de seu artigo 3º, listava as atividades a serem alvo da então chamada "execução indireta": "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas".

Finalmente, em resposta ao crescimento progressivo da terceirização no setor privado, foi criada a Lei nº 6.019/1974, a *Lei do Trabalho Temporário*, autorizando a contratação de trabalhadores mediante empresa interposta. Restringia, porém, tal contratação apenas para atender a "necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços", assim como estabelecia rigorosa restrição temporal de contratação para noventa dias, salvo autorização do Ministério do Trabalho.

Na década seguinte, a Lei nº 7.102/1983 permitia a terceirização do trabalho de vigilância bancária de forma permanente. Posteriormente, a prática foi também autorizada para os demais estabelecimentos, públicos e privados, através das modificações trazidas pela Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994.

Ainda na década de 80, a própria Constituição Federal previu, em seu artigo 37, inciso XXI, a possibilidade de contratação de serviços pelo ente público nos seguintes termos:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de quali-

ficção técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Apesar de a legislação específica sobre o tema restringir o uso da terceirização a casos específicos, com a previsão constitucional a contratação de serviços por empresa interposta cresceu exponencialmente, tanto na esfera privada quanto na pública, em muito extrapolando as hipóteses previstas nas leis mencionadas. O governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, entre 1993 e 2005, contribuiu com esse crescimento através de políticas neoliberais, que incentivavam a flexibilização no Direito do Trabalho. O instituto estava efetivamente se incorporando à indústria atual.

Diante desse quadro, ficou claro que a legislação sobre o tema era (e ainda é) insuficiente para lidar com o tamanho do fenômeno, que por suas próprias características já traz um enorme potencial de fraude aos direitos dos trabalhadores.

Sendo assim, coube à jurisprudência manifestar-se a respeito do tema, definindo parâmetros para guiar a solução dos litígios, evitando não só decisões contraditórias, como também violações aos princípios do Direito do Trabalho. Foi daí que em 1986 o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula de jurisprudência uniforme nº 256, que, após revisão ocorrida em dezembro de 1993, foi alterada para a atual Súmula 331, que teve sua redação alterada este ano, em resposta à polêmica que este trabalho visa discutir. Esta Súmula, desde sua edição, tem sido a principal fonte de referência na solução dos inúmeros litígios envolvendo a matéria.

Atualmente no âmbito Legislativo, existe o Projeto de Lei (PL) nº 4.330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que visa finalmente estabelecer, por legislação ordinária, os critérios para definir o processo da prestação de serviços por empresa interposta, regulamentando a terceirização no país.

A CUT e outras centrais sindicais combatem o PL 4.330, que consideram danoso aos interesses dos trabalhadores. Naquele que talvez seja seu aspecto mais polêmico, o projeto amplia a possibilidade de terceirização pelas empresas, permitindo, inclusive, a terceirização de atividades-fim, determinada ilícita pela já citada Súmula 331 do TST.

O PL tramita na Câmara, onde aguarda parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Caso aprovado, segue para o Senado.

Tramitam também no Poder Legislativo projetos opostos ao de Sandro Mabel, como o PL 1.621/2007, do Deputado petista Vicentinho, com propostas que visam defender o trabalhador da "precarização" causada pela intermediação de mão de obra.

2 Da antiga redação da Súmula 331 do TST

A Súmula 331 é, até hoje, talvez o mais importante instrumento normativo sobre a terceirização no país. Trazendo os parâmetros e definindo os limites tanto da aplicação quanto da responsabilidade acerca da contratação por empresa interposta, sua influência na Justiça Trabalhista é gigantesca, vez que ela suplementa o vazio deixado pelo Poder Legislativo no que tange à matéria.

2.1 Origem

Em 1986, o TST fez sua primeira tentativa de suprimir a omissão do Legislativo sobre o tema, unificando o entendimento sobre a terceirização através da edição do Enunciado nº 256, que previa:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Entretanto, como exposto por Martins (2009, p. 128), esta Súmula se mostrou insuficiente para dirimir todas as polêmicas resultantes da extensa prática da terceirização, explicando minuciosamente as necessidades que trouxeram a revisão desse Enunciado:

O Ministério do Trabalho, com base no inciso VI do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, vinha ajuizando inquéritos civis públicos em face do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que contratavam principalmente estagiários, com o objetivo de eximirem-se da realização de concursos públicos para admissão de trabalhadores estudantes ou desqualificados. Aqueles órgãos afirmavam que havia decisões do próprio TST, que de fato existem, mitigando a aplicação da Súmula 256 do TST, além de permitir que fizessem contratações de serviço de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70. O inquérito ajuizado contra a Caixa Econômica Federal acabou dando origem à ação civil pública, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se as irregularidades existentes. O Banco do Brasil, porém, firmou compromisso com a Procuradoria-Geral do Trabalho, em 20 de maio de 1993, de acordo com o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de que a empresa iria, no prazo de 240 dias, abrir concurso público para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação.

A Procuradoria-Geral do Trabalho já havia encaminhado expediente ao Presidente do TST, protocolado sob o nº 31.696/93.4, em 6-10-93, requerendo a revisão parcial da Súmula 256 do TST, para retirar de sua órbita as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, indireta, autarquia e fundacional e, também, os serviços de limpeza.

Como se vê, o Enunciado 256 do TST necessitava de adequação ao mercado atual. As tentativas de "proibir" - ou mesmo limitar bastante - a intermediação de mão de obra mostraram-se infrutíferas, uma vez que esta se tornou prática corriqueira e indispensável na indústria e no mercado de trabalho. A terceirização chegou para ficar. Cabia ao Judiciário lidar com ela. A jurisprudência então se rendeu, aceitando aplicação mais ampla da terceirização, fora dos limites do trabalho temporário e dos serviços de vigilância.

Era essencial, porém, que a descentralização se desse dentro de certos limites, estabelecendo mais garantias para o empregado terceirizado, muitas vezes prejudicado pela empresa prestadora de serviços que não quitava com suas obrigações trabalhistas, assim como pela empresa tomadora de serviços que se eximia de qualquer responsabilidade.

Dentro desse pensamento, em dezembro de 1993 o referido Enunciado foi revisado, dando origem à Súmula 331, com a seguinte redação:

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

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

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

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

Nota-se que a revisão foi extensa e gerou reflexos importantes que, como destaca Kisch (2010), tornaram a Súmula 331 "[...] um

dos principais elementos normativos do instituto da terceirização trabalhista".

Cabe, portanto, uma breve análise dos fundamentos jurídicos por trás de cada um dos incisos da Súmula ora debatida, de forma a melhor compreender suas intenções e os reflexos que geraram.

2.2 Fundamentos jurídicos

O inciso primeiro mantém a proibição do antigo Enunciado 256 com todo seu rigor, excetuando apenas o trabalho temporário, disciplinado na Lei nº 6.019/1974.

Já o inciso II inova, ao definir que, mesmo diante da contratação irregular do inciso I, prevalece o exposto no artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Assim, vedou-se a formação de vínculo quando a empresa tomadora de serviços seja órgão da Administração Pública, em obediência à Constituição, que restringe a entrada no serviço público à aprovação em concurso somente.

O inciso III do Enunciado 331 do TST introduz a alteração mais profunda em comparação aos dispositivos anteriores, uma vez que permite expressamente a terceirização de serviços de limpeza e conservação, assim como de atividades-meio da empresa tomadora, desde que inexistam a subordinação e pessoalidade diretas.

Ao ampliar-se o leque de aplicação da terceirização, criou-se uma polêmica: o que seria "atividade-meio"? Qual a real diferença entre "atividade-meio" e a "atividade-fim"? A discussão a respeito persiste até hoje e é uma das críticas à Súmula a serem discutidas mais à frente neste trabalho. A princípio, porém, parece óbvia a intenção de impedir a terceirização irrestrita e indiscriminada das principais atividades da empresa, limitando-a a tarefas "acessórias".

Finalmente, passamos à análise do inciso IV, que versa sobre a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora.

Nota-se, a princípio, a ausência de menção expressa aos órgãos da Administração Pública dentro da prevista responsabilidade subsidiária, o que levantava dúvidas quanto a sua extensão

ou não a tais órgãos. Com base nisso, a redação original foi alterada pela Resolução nº 96/2000 para extinguir os debates a respeito da responsabilidade da Administração, ficando com a seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (Grifo nosso).

Dessa maneira, o Judiciário não só resguardava o direito indisputável do trabalhador de receber as verbas devidas, como forçava as empresas tomadoras a terem mais zelo na contratação das empresas prestadoras de serviço. A responsabilidade das empresas públicas será mais amplamente discutida em seção própria.

Apesar da previsão expressa, não era incomum até recentemente a atribuição de responsabilidade solidária em casos de flagrante terceirização ilícita, sendo assim denominada aquela que tem por objeto a atividade-fim da empresa. A corrente que defende a responsabilidade solidária ainda tem muitos defensores (entre eles o próprio presidente do TST), como veremos no próximo tópico, onde serão expostos alguns dos pontos controversos da Súmula.

2.3 Críticas

Além da polêmica envolvendo a responsabilidade da Administração - a ser discutida em seção própria deste trabalho -, a Súmula 331 também é alvo de outras críticas. Uma das mais notórias diz respeito à definição do termo "atividade-fim".

Visando evitar a "precarização" dos direitos trabalhistas, permitiu-se somente a descentralização de atividades não essenciais, acessórias ao objetivo principal da empresa/ente público que terceiriza.

Sobre a atividade-meio esclarece Martins (2009, p. 133):

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa

concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza. Certas atividades-fins da empresa podem ser terceirizadas, principalmente se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias.

Tem-se então que a atividade-meio é um complemento que permite que a atividade-fim seja executada com maior agilidade e perfeição, porém é um conceito que, como já visto, manifestou uma grande discussão acerca da ilicitude ou não de algumas empresas que, dentre inúmeros exemplos o da indústria automobilista, somente colocam seu slogan nos produtos ao passo que praticamente toda a linha de produção é terceirizada, afetando assim a atividade-fim da empresa, discussão até hoje sem uma solução eficaz, visto que ao passo que a Súmula parece ser taxativa ao elencar somente a atividade-meio também não foi clara o suficiente para proibir sua terceirização.

Como se vê, os críticos alegam que essa definição do que seria a "atividade-meio" fica, basicamente, a critério do Julgador, sendo subjetiva. Alegam que qualquer atividade - até mesmo as legalmente autorizadas: vigilância das instituições bancárias e limpeza e manutenção - pode ser, de uma maneira ou de outra, definida como "essencial" para aquele que terceiriza. Afinal, como pode uma empresa/escritório funcionar sem condições de higiene? Ou um banco funcionar sem a mínima segurança? Não seria isso essencial a tais atividades?

Tais questionamentos são levantados por Maciel (2009), em brilhante artigo que defende uma interpretação mais moderna e menos rigorosa sobre a terceirização.

O autor prega uma desvinculação do modelo datado em que se fundamenta a CLT. Alega que as relações trabalhistas não atendem mais somente o empregador e o empregado. Aceita a terceirização como inevitável para a economia atual, que exige mais rapidez e agilidade no processo produtivo e prestação de serviços. E diz que isso pode ser feito respeitando-se as leis trabalhistas e seus princípios, clamando para que se ingresse em uma nova era, em que "nem todos na Justiça Trabalhista são hipossuficientes".

E continua:

A atividade-meio quase sempre se confunde com a atividade-fim, e sem a primeira a segunda não seria concluída. É possível considerar-se o que se chama atualmente como atividade-meio, como atividade acessória

do principal, que seria atividade-fim, mas ambas são necessárias para a realização final dos serviços. Esta diversificação jurisprudencial deixa ao arbítrio do magistrado, em uma zona gris, o entendimento do que venha a ser terceirização lícita, sendo que desestabiliza as empresas quando de boa-fé contratam terceirizados e correm o risco de uma contratação legal tornar-se ilegal porque, em determinados Tribunais, aquele tipo de contratação passou a caracterizar-se como fraudulenta, dependendo do magistrado novo, transformando-se o que era legal em ilegal, sem possibilidades de revisão pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que esta caracterização é considerada como matéria fática, aplicável à Súmula 126 (MACIEL, 2009, p. 44-51).

Existem entendimentos ainda mais radicais, que defendem o fato de que, não sendo expressamente proibida em lei, a terceirização não só pode como deve terceirizar as atividades que bem entender, independente se forem atividades-meio ou atividades-fim.

Como exemplo podemos citar o acórdão abaixo, que prega ser perfeitamente lícita a contratação de terceiros, pouco importando que se trate de atividade primária ou secundária da empresa, desde que não se infrinja a lei, a Constituição Federal e as convenções coletivas próprias, senão vejamos:

É de se consignar que não existe norma proibitiva à contratação de serviços, muito menos no sentido de que o empregado da prestadora deva ser vinculado à tomadora. Ao revés, decisão nesse sentido infringe o princípio da reserva legal, já que o exercício de qualquer atividade lícita é assegurado pela Carta Magna.

[...]

Na doutrina, Octavio Bueno Magano já em 1990 (Folha de São Paulo, 1º de dezembro de 1990) ensinava que as empresas fornecedoras de mão-de-obra estão autorizadas por lei (o artigo 15, § 2º, da Lei n.º 8.036/90 - Lei do FGTS) o que tornou, na época, superado o Enunciado n.º 256 do C. TST, até porque, acrescentava o Ilustre Professor, a Constituição de 1988 não veda o funcionamento dessas empresas.

Inquestionavelmente, suas preciosas lições nos fazem refletir sobre o assunto para concluirmos que a distinção de caso por caso faz-se necessária e presente.

De fato, não haveria coerência no ordenamento jurídico em autorizar-se a criação de empresas fornecedoras de mão-de-obra, para depois considerar fraudulentas suas atividades. A lei não pode permitir agir e depois punir porque assim se agiu.

Do conglomerado de normas jurídicas permissivas e proibitivas sobre um determinado assunto, conclui-se

que a atividade é permitida exceto se ficar configurado o intuito fraudulento, que deve ser comprovado, já que não presumido ante as normas permissivas (teoria conglobante).

Assim, entendemos que é perfeitamente lícita a atividade das empresas fornecedoras de mão-de-obra exceto se evidenciado o intuito fraudulento, nos termos do artigo 9º da CLT (SÃO PAULO, 1999).

As opiniões pró-terceirização têm como fundamento inclusive as seguintes disposições constitucionais, que garantem a livre iniciativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

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

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (grifos nossos).

Martins (2009, p. 99-100) compartilha desse entendimento, ao expor:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir a atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo tí-

pico da delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços na sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí serem consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade de terceirização da atividade-fim.

Tais opiniões, entretanto, são minoria na jurisprudência, prevalecendo ainda a cautela e a desconfiança com relação à terceirização, o que é absolutamente justificável e apropriado, tendo-se como base o extenso histórico de abusos por parte de empregadores, amplamente existentes ainda nos dias de hoje.

E essa proteção à hipossuficiência do trabalhador, objetivo da Justiça do Trabalho, nos leva ao outro extremo quanto às críticas à Súmula 331. Uma forte corrente nesse sentido é aquela que acredita ser necessária a responsabilização *solidária* entre tomador e prestador de serviços, independentemente da existência de fraude.

Melo (2010) acredita que a questão da responsabilidade do tomador de serviço é exatamente a responsabilidade por ato de terceiro, regulada pelo Código Civil como objetiva e solidária. Fundamenta-se nos seguintes artigos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[...]

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

O autor ressalta que tais artigos são plenamente aplicáveis na seara trabalhista, por força do artigo 8º da CLT:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais,

decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Dessa maneira, caberia ao lesado - no caso, o trabalhador - escolher entre os corresponsáveis aquele que tiver melhores condições financeiras para arcar com os prejuízos sofridos.

A reforma do inciso IV da Súmula 331 neste sentido, segundo o autor, serve para proteger os trabalhadores terceirizados e "moralizar o instituto da terceirização" (MELO, 2010, p. 55), uma vez que, diante da certeza de responsabilização solidária, o tomador de serviços será mais cauteloso na decisão de terceirizar, assim como na escolha do prestador.

Entre os defensores da responsabilidade solidária podemos citar o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, que, em notícia disponível no *site* do TST, diz acreditar que tal mudança "seria um avanço social e induziria as empresas que contratam a prestação de serviços a participar mais do processo de fiscalização". Nota-se, portanto, que a Súmula está longe de ser uma unanimidade.

Passaremos agora a estudar a ADC 16 e a mudança de entendimento que este ensejou, inclusive com alteração do Enunciado 331.

3 A responsabilidade da Administração

A questão que tem gerado mais discussão quando se trata da terceirização é, sem dúvida, a responsabilidade da Administração Pública frente aos empregados terceirizados.

A possibilidade de contratação de serviços pelo ente público, prevista no já mencionado artigo 37, XXI da CF, foi detalhada pela Lei nº 8.666/1993, chamada de Lei das Licitações, que definiu normas para licitação e contratos na Administração Pública, excluindo, a princípio, a responsabilidade da Administração pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Mesmo assim o TST, através da Súmula 331, viu por bem definir a extensão da responsabilidade aos entes estatais, alimentando o debate, diante das inúmeras dúvidas atreladas ao assunto.

A fonte da polêmica é facilmente perceptível, uma vez que ocorre um imediato conflito de princípios. De um lado a proteção ao erário, visando proteger o Estado e, conseqüentemente, o bem comum, e de outro a proteção ao trabalhador e das verbas alimentares, de caráter essencial e indispensável.

Além disso, surgem questionamentos referentes à vinculação de empregados ao serviço público sem prestar concurso, questões relativas à isonomia com os servidores/empregados públicos (como direitos previstos em convenções coletivas etc.), enfim, à própria extensão desta responsabilidade, desde que se aceite que ela exista, em primeiro lugar.

Apesar da incerteza, a Súmula 331 firmou entendimento quanto à extensão da responsabilidade à Administração, e cumpria seu papel de uniformização da jurisprudência, sendo aplicada irrestritamente pela Justiça do Trabalho desde sua edição.

3.1 Contratos administrativos - direitos e obrigações

Ao estudar a terceirização por ente público, cabe uma breve exposição sobre os contratos que regem essa relação, analisando os direitos e obrigações que lhe são característicos.

A prática da terceirização pela Administração Pública pode ser realizada de acordo com diferentes modalidades, para realização de diferentes fins. Cabe ressaltar, porém, que a Administração Pública, diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a quem é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, submete-se ao princípio da legalidade, impondo ao administrador fazer tudo o que a lei determina.

Portanto, pela posição que ocupa, e pelos objetivos que o norteiam, o administrador público enfrenta maiores restrições em sua atuação do que o administrador privado. Sobre o tema, Meirelles (2006, p. 78) assim dispõe: "o administrador público está, em toda 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". Como se vê, tal posicionamento demonstra uma peculiaridade inerente à terceirização no setor público.

Com base no exposto, a contratação realizada por ente público tem de realizar-se através do processo de licitação, que tem seus contornos definidos pela Lei nº 8.666/1993. Através desse processo, busca-se associar o oferecimento de iguais oportunidades para todos os interessados, com a escolha da oferta mais vantajosa para a administração. A licitação tem formas e procedimentos especificamente delimitados pela lei mencionada, e, para que o contrato tenha validade, o ente público deve contratar dentro dos parâmetros ali impostos, não existindo, em teoria, a livre escolha que existe em um contrato entre particulares.

O contrato administrativo contém características específicas que norteiam a sua execução. Entre tais características, Di Pietro (2001)

cita a natureza *intuitu personae*, pois leva em consideração características pessoais do contratado, vedando-se a subcontratação. A *finalidade pública* e a *obediência à forma prescrita em lei* também devem sempre guiar a execução do contrato. Possui também característica de *contrato de adesão*, uma vez que as cláusulas são impostas pela administração.

Até aqui, as características do contrato administrativo são semelhantes ao contrato regido pelo Direito Privado, cuja teoria geral dos contratos aplica-se subsidiariamente aos contratos administrativos. O que realmente o distingue do contrato privado é a supremacia do interesse público sobre o particular, que permite ao Estado certos benefícios sobre o particular que não existem no contrato privado. Esses benefícios são nomeados pela doutrina de *cláusulas exorbitantes*, que são prerrogativas específicas, previstas nos contratos administrativos de forma explícita ou implícita.

O artigo 58 da Lei nº 8.666/1993 expõe tais prerrogativas, senão vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Entre as mais relevantes para o tema discutido neste trabalho, podemos citar a *fiscalização*, exposta no inciso III e disciplinada mais especificamente no artigo 67 da mesma lei, que define:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for ne-

cessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Sobre o tema, Di Pietro (2001, p. 251) lembra que "o não atendimento da determinação da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VIII), sem prejuízo de sanções cabíveis".

A mencionada *rescisão unilateral* pelo Estado também consiste em outra prerrogativa do contrato administrativo, como consequência de improbidades percebidas através da fiscalização, ou quando for o que melhor atender ao interesse público. Como medidas mais amenas, também existe a possibilidade de aplicação de sanções, assim como a modificação do contrato, tudo de modo a melhor se adaptar às finalidades do Estado.

A exposição das numerosas prerrogativas impostas e disponibilizadas ao Estado ajuda a colocar em perspectiva a questão da responsabilidade nos contratos em que participa e como esta se desenvolve. Afinal de contas, é razoável concluir que, se cumprido à risca, seguindo-se o que a lei impõe e usufruindo-se das opções que ela possibilita, o não cumprimento de um contrato administrativo e a consequente responsabilização estatal seriam muito mais difíceis.

Isso porque, se fiscalizado como a lei prega, eventuais faltas na sua execução seriam prontamente identificadas e gerariam as consequências correspondentes através da aplicação de sanções, modificações ou até rescisões contratuais.

É diante de tal quadro que surge a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que surgiu para "colocar mais lenha na fogueira", visando isentar o Estado da responsabilidade por verbas trabalhistas nos contratos administrativos.

3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

Em 5 de março de 2007, o Governo do Distrito Federal propôs perante o STF, por meio de sua Procuradoria-Geral, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido de procedência cautelar, em face do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93.

O dispositivo objeto da ação, na redação dada pela Lei Federal nº 9.032/1995, tem o seguinte teor:

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 (Grifo nosso).

Alegou-se, ainda, que a norma supracitada tem aplicação a todos os entes estatais, como dispõe o artigo 1º da mesma lei, em seu parágrafo único:

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

Sendo assim, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal afirmou que tal norma, legítima e constitucional, era constantemente violada pelo TST, que com sua Súmula 331 havia tornado regra a responsabilização estatal por encargos trabalhistas oriundos de intermediação de mão de obra.

Nos termos da própria ADC, "os sucessivos questionamentos que são feitos em relação à eficácia de tal norma promovem a insegurança jurídica e geram decisões judiciais díspares, instalando o caos na sociedade e impedindo que os entes federativos realizem a contratação de obras e serviços de maneira eficiente".

Alegou-se que as decisões judiciárias que responsabilizavam o Estado estariam, em verdade, "criando o Direito", além de negar vigência à lei mencionada, sendo necessária a intervenção do Supremo para restabelecer sua força normativa.

É evidente que não é função precípua do Poder Judiciário a elaboração de lei. Na verdade, compete ao Judiciário aplicar a lei ao caso concreto decidindo os conflitos de interesse, como também velar pelo controle da legitimidade das normas. Portanto, a ADC ora discutida pregou que, na realidade, o TST agia como verdadeiro legislador positivo.

Segundo esse raciocínio, o disposto no item IV da Súmula 331 do TST seria totalmente inconstitucional, na forma dos artigos 2º, 5º (inciso II), 22 (inciso I) e 60 (inciso III, do § 4º), da CF/88.

3.2.1 Fundamentos para a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei Federal nº 8.666/1993

A Procuradoria do Distrito Federal argumentou que os entes da Administração Pública têm sua atuação restrita ao princípio da legalidade, ou seja, só podem agir de acordo com o definido em lei.

Tal restrição dos entes públicos ao disposto em lei impede que se cobre comportamento diverso do ali definido, no que concerne às exigências a serem cumpridas pelas empresas participantes das licitações. "Por mais diligente e operante que o Poder Público seja, encontra limites de atuação nos termos previstos em lei".

Dessa maneira, para contratar empresa prestadora de serviços são obrigados a dispor de processo licitatório, onde são tomadas todas as cautelas legalmente necessárias relativas à qualificação técnica e econômica da empresa a ser contratada, nada mais e nada menos, inclusive sob risco de o administrador público ser acusado de direcionar a licitação.

Argumenta ainda que, mesmo após o extensivo processo de seleção mencionado, ainda procede-se à fiscalização da execução do serviço, inclusive com a nomeação de funcionário exclusivo para tal função.

Entretanto, mesmo depois de observado todo o procedimento previsto, tendo a Administração agido com toda a cautela que a lei exige, a Súmula 331, com seu inciso IV, pretenderia, na verdade, "realizar uma responsabilização objetiva do poder público, adotando-se, para tanto, a teoria do risco integral, no qual baste existir o dano para exsurgir a necessidade de o Poder Público reparar, ainda que para tanto não tenha dado causa, e ainda que tenha tentado a todo custo evitar sua insurgência".

Assim sendo, a referida Súmula violaria diversos princípios que regem a Administração, como o *princípio da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações públicas, assim como o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo*.

A argumentação da procuradoria afirma ainda que tal posicionamento, ao contrário de proteger o trabalhador, resguarda as empresas fraudulentas, "transferindo o ônus para o Estado, como se este fosse, de fato, o Segurador Universal da Humanidade".

3.2.2 Opiniões da doutrina a respeito da responsabilidade da Administração

Delgado (2009, p. 459) acredita que a norma contida no artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993 é absolutamente inconstitucional, por

ser um *privilégio* que iria contra preceitos constitucionais que preveem responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes:

[...] o Enunciado 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio da isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1.º, da Lei de Licitações - por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem trabalhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica - proposta construída após largo debate jurisprudencial - regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988... Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeitos

Ressalta também que, mesmo que não se entenda pela responsabilidade objetiva do Estado, não há como se opor a sua responsabilização subjetiva, tendo em vista a culpa *in eligendo*, que consiste na má escolha da empresa prestadora dos serviços, e/ou a culpa *in vigilando*, que decorre da má fiscalização das obrigações contratuais.

Essa interpretação é a base para a formação da Súmula 331 e visa conciliar o que prevê a Constituição com os princípios do Direito do Trabalho.

Martins (2009, p. 135), por outro lado, não discute a constitucionalidade do polêmico artigo da Lei de Licitações. Contesta, em verdade, a validade do inciso IV do Enunciado 331, declarando:

A nova redação do inciso foi decorrente de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no processo TST-IUJ-RR-297.751/96, sendo que a decisão foi unânime. Entretanto, não foram indicados os precedentes do verbete. Da resolução não consta que houve a declaração de inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8666 ou de seus parágrafos. Logo, pode-se dizer que não é inconstitucional.

Penso que a nova redação do inciso IV do enunciado 331 do TST, ao tratar da Administração Direta e Indireta, é ilegal por violar expressamente o art. 71 da Lei nº 8.666, atribuindo responsabilidade subsidiária a quem não a tem, além de haver expressa exclusão da responsabilidade trabalhista na Lei de licitações.

3.2.3 Decisão do Supremo Tribunal Federal

Segundo o informativo 610 do STF, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado no ADC 16, declarando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Entretanto, ressaltou que a tendência da Justiça do Trabalho não seria analisar a omissão, mas "bater carimbo" com o Enunciado 331 do TST, aplicado irrestritamente.

A princípio, o Ministro Cesar Peluso, relator do processo, votou pelo não conhecimento do processo, com base na ausência da preliminar de controvérsia. Tal entendimento decorria de informações prestadas pelo Presidente do TST, que afirmou que o Tribunal jamais questionou a constitucionalidade da norma ora discutida, reconhecendo a responsabilidade do Estado com base em *atos*, e não com base em *inconstitucionalidade* da lei.

A Ministra Cármen Lúcia discordou, alegando que a Lei nº 8.666/1993 é categórica ao afastar a responsabilidade do Estado e que o entendimento do TST foi diretamente contra o ali previsto, sendo relevante e necessário que o STF se pronunciasse, de modo a esclarecer a questão.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que o TST, ao atribuir responsabilidade estatal através da Súmula 331, efetivamente afastou o preceito contido na Lei nº 8.666/1993 sem cogitar a pecha de inconstitucionalidade, *driblando* o artigo 71, §1º.

Mencionou ainda os fundamentos do TST para edição da Súmula, observando que eles residiam tanto no § 6º do artigo 37 da CF:...

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 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.

quanto no § 2º do artigo 2º da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O primeiro (artigo 37, § 6º da CF) não encerraria a obrigação solidária do Poder Público diante do inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que o verbete 331 teria partido para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço.

No que tange ao segundo dispositivo (§ 2º do artigo 2º da CLT), observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do artigo 71 da Lei 8.666/1993, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

Quanto à responsabilidade da Administração Pública, a Ministra Cármen Lúcia diferenciou a responsabilidade *contratual* da *extracontratual*. No caso, a responsabilidade seria contratual, o que, conseqüentemente, excluiria a aplicação do artigo 37, § 6º, da CF, que trata de responsabilidade objetiva extracontratual.

O Ministro Carlos Ayres Brito discordou da maioria, salientando que a terceirização não é permitida pela CF. O Ministro acredita que existam apenas três formas constitucionais de contratar pessoal: concurso, nomeação para cargo em comissão e contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Ou seja, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

Em conclusão, a constitucionalidade da norma foi plenamente reconhecida. Apesar do decidido, o ministro Cezar Peluso ressaltou, entretanto, que o resultado do julgamento "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa".

Entretanto, houve consenso entre os ministros no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá que investigar

com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

3.3 Nova redação da Súmula 331

Após o período de intensas discussões entre a Administração Pública e a Justiça do Trabalho, aparentemente o STF tinha encerrado a celeuma, com a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/1993.

Após a decisão, a Justiça do Trabalho passou a ficar indecisa, não sabendo como julgar as inúmeras causas que envolviam a responsabilidade subsidiária do ente público.

Vejamos como exemplo ementa de decisão proferida em março de 2011 (MINAS GERAIS, 2011c), na qual se procurou aplicar o então recente entendimento do STF sobre a questão:

Processo: 01464-2009-006-03-00-1 RO - RO
Data de Publicação: 10-03-2011 - DEJT - Página: 83
Órgão Julgador: Quarta Turma
Tema: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Relator: Des. Julio Bernardo do Carmo
Revisor: Juiz Convocado Fernando Luiz G. Rios Neto
Recorrente(s): União Federal
Recorrido(s): Flávia Custódia de Oliveira (1)
Conservo Brasília Serviços Técnicos Especializados Ltda. (2)

EMENTA: UNIÃO FEDERAL - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - LEI 8.666/93 - ADC 16/DF. O Colendo STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo 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."), nos termos do julgamento prolatado na ADC 16/DF. Todavia, a exclusão de responsabilidade subsidiária do ente público é aplicável quando constatado que a Administração foi diligente no dever de fiscalizar a execução do objeto contratual, inclusive no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada diretamente envolvidos naquela execução. Na espécie, a reclamante não se desincumbiu de seu ônus probatório a contento (art. 818/CLT e art. 333, inciso I,

do CPC), no tocante à comprovação da falha ou da falta de fiscalização pelo órgão público contratante, ora recorrente. Com efeito, não ficou comprovada a culpa da União Federal pela ocorrência dos prejuízos causados à autora (artigos 186 e 927 do Código Civil). Nesse diapasão, para não colidir com a diretriz emanada do guardião Maior da Constituição, tampouco criar expectativa à trabalhadora que, futuramente, é frustrada, curvo-me àquele posicionamento e, por tais razões, afasto a responsabilidade subsidiária da União Federal (Grifos nossos).

Diante de tal quadro, em 24 de maio de 2011 o pleno do TST reuniu-se para definir uma nova redação para a Súmula 331 do TST.

Em notícia veiculada no *site* do Tribunal Superior do Trabalho foi divulgado pelos ministros que os comentários do Ministro Peluso no julgamento da ADC 16 - no sentido de que a responsabilidade da Administração ainda pode ser reconhecida, sem generalizações e com investigação mais minuciosa sobre a culpa do ente público - serviram de base para a nova redação do Enunciado.

Com base nesse entendimento, o pleno do TST modificou o inciso IV da Súmula 331, adicionando mais dois incisos, resultando na redação atual, que é a seguinte:

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.

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 nº 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.

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

Percebe-se, portanto que o TST, em resposta à ADC 16, procurou adaptar-se à nova realidade resultante da decisão, adicionando o inciso V, que condiciona a responsabilidade subsidiária dos entes públicos à efetiva comprovação de culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*. Para reforçar tal entendimento, ressaltou-se que a responsabilidade não mais decorre do mero inadimplemento das verbas trabalhistas.

Em contrapartida, aproveitou a oportunidade para encerrar o debate quanto a quais verbas a responsabilidade se estende, com a inclusão do inciso VI, em que, sutilmente, o TST estendeu a responsabilidade subsidiária do tomador a todas as verbas oriundas da condenação.

Obviamente, diferentes opiniões se levantaram, questionando as alterações. A nova redação respeita a decisão da ADC 16? É o que se discute a seguir.

3.3.1 Críticas

Salviano (2011) destaca o que considera uma falha na redação do inciso V. No trecho "especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora", denota uma preocupação com a caracterização da culpa *in vigilando*, mas se esquece, no entanto, da culpa *in eligendo*. E continua, explicando:

Ou seja, a Lei de Licitações (8.666/93), no art. 44, § 3º, quando da apreciação das propostas, esclarece que o Poder Público deverá checar se o preço apontado pela empresa terceirizadora, que quer "ganhar" uma licitação, seja compatível "com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos", o que, caso não cubra os deveres sociais trabalhistas, a empresa licitante deverá ser desclassificada do pregão. Esta é a culpa *in eligendo*, ou seja, caso o Estado dê como vencedora da licitação para ceder mão-de-obra uma empresa que é insolvente, estar-se-á elegendo uma firma que - a priori - já se sabe que não irá conseguir pagar os direitos trabalhistas dos prestadores de serviço.

E a Súmula alterada ontem deixou a desejar neste ponto, abrindo uma brecha, portanto, para eventual discussão na Justiça do Trabalho sobre se a culpa é só *in vigilando*, ou também está contemplada a *in eligendo*, para que se admita a responsabilidade subsidiária do Estado (SALVIANO, 2011).

Restou evidente o foco na culpa *in vigilando*. Acreditamos, porém, que a redação não exclui a culpa *in eligendo*, sendo esta colocada em segundo plano por uma razão prática, já que, no caso dos entes da administração, todas as contratações resultam de processo licitatório, legalmente previsto, o que minimiza as chances de responsabilização com esse fundamento. A jurisprudência mostra que na grande maioria dos casos é muito mais razoável (e fácil) fundamentar a responsabilidade na fiscalização falha, que efetivamente ocorre com mais frequência, até pelas dificuldades que impõe.

Sirotheau (2011) vai mais longe, apontando que a nova redação do Enunciado 331 simplesmente contraria a decisão do Supremo no julgamento da ADC 16.

Critica o fato da nova redação se basear no comentário do Ministro Cezar Peluso, alegando que este "não tem força executória, diferentemente do dispositivo da decisão da ADC 16" (SIROTHEAU, 2011), que é clara ao definir a constitucionalidade de artigo que exclui a responsabilização da Administração por encargos trabalhistas de terceirizados. E finaliza, desabafando:

A inserção de novas condicionantes para responsabilizar a Administração Pública acaba de criar uma nova briga com o Judiciário Trabalhista, prejudicando o trabalhador, visto que é comum tais demandas serem levadas até as instâncias extraordinárias, para um pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Necessita o Judiciário laboral ser mais imparcial, atuando com justiça para ambos os lados, e vendo os dois lados da relação processual.

O que vemos, na prática, é o magistrado do trabalho atuando em prol do trabalhador, como verdadeiro advogado, deixando de lado todos os princípios processuais, entre eles, a isonomia processual e da imparcialidade.

É que a magistratura trabalhista enxergue que o Poder Judiciário não é um programa social governamental de distribuição de renda, onde o Poder Público acaba sendo lesado por causa da visão jurisdicional de que os entes públicos devem ser os seguradores universais dos trabalhadores (SIROTHEAU, 2011).

A questão que resta é: efetivamente as mudanças deram resultado? Estão sendo aplicadas na prática? É o que veremos a seguir, ao analisar recentes decisões já influenciadas pela nova redação.

3.4 Consequências

A nova redação da Súmula adaptou-se ao previsto no julgamento da ADC 16, mas tal alteração teve efeito prático? Afinal de contas, a existência de culpa da Administração, fundamento de sua responsabilidade subsidiária, está sendo efetivamente verificada? Até que ponto essa verificação é possível?

A seguinte decisão do TRT-3 (MINAS GERAIS, 2011a), já seguindo a nova orientação, responsabiliza o ente público:

Processo: 00185-2010-138-03-00-7 RO - RO
Data de Publicação: 08-08-2011 - DEJT - Página: 155
Órgão Julgador: Sexta Turma

Tema: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Relator: Des. Jorge Berg de Mendonça

Revisor: Des. Rogério Valle Ferreira

Recorrente: Irene da Silva Gomes e outros

Recorridos: Estado de Minas Gerais (1) Adservis Multiperfil Ltda. (2)

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- O recente entendimento do STF, no julgamento da ADC-16/DF, no qual se declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, impede que se aplique, automaticamente, o entendimento da Súmula 331/TST, impondo responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas que com ela contrataram. Não impede, contudo, que se faça o exame da matéria sob a ótica da culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Ora, a Lei n. 8.666/93 expressamente impõe o dever de fiscalização à Administração Pública, que deve se envolver de maneira direta e diária na rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada, o que não se vislumbrou na hipótese dos autos. Assim, tendo sido omissa e negligente o 2º reclamado em relação ao seu dever de fiscalização, caso é de se lhe imputar a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas às autoras, limitadas, no entanto, ao termo final do contrato de prestação de serviços firmado com a 1ª ré. Nesse sentido, aliás, é a nova redação da Súmula 33 do c. TST, que teve acrescido o inciso V, o qual dispõe: "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" - redação de maio/2011.

No voto, demonstra-se a preocupação em fundamentar a culpa da Administração no trecho:

Assim, considerando que a própria Lei de Licitação prevê como dever da Administração Pública o de fiscalizar o cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, o que também encontra regulamentação na Instrução Normativa n. 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da Administração Pública Federal, cabe analisar se, de fato, essa fiscalização ocorreu, pois, caso contrário, restará patente a culpa que atrai o dever de indenizar.

Registre-se que o próprio art. 29 da Lei de Licitações prevê, na fase licitatória da habilitação, a exigência pelo ente público da comprovação pelas empresas licitantes de sua regularidade para com os encargos sociais, inclusive trabalhistas, devendo a empresa "fazer prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei".

Da mesma forma, o art. 67 da Lei de Licitações determina que a Administração Pública fiscalize a execução do contrato por meio de um representante especialmente designado, "que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados".

Vale salientar que o art. 34 da IN 02/2008, que regulamenta esse dispositivo da Lei de Licitações (art. 67), exige comprovações de regularidade para com o INSS e FGTS; de pagamento de salários no prazo exigido por lei, referente ao mês anterior; de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; de pagamento de 13º salário; de concessão de férias e correspondente adicional; do cumprimento de obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, dentre outros.

Para tanto, o art. 36 dessa IN estabelece que a Administração Pública, no ato do pagamento da prestação mensal de serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores.

E, se houver descumprimento de tais exigências por parte da empresa contratada, tal fato é motivo para se declarar a rescisão contratual (art. 78 da Lei 8.666/93).

Na hipótese em apreço, restou incontroverso o descumprimento, de forma reiterada, das férias acrescidas do terço constitucional a que faziam jus as reclamantes, v.g., por todo o pacto laboral.

E conquanto também não se discuta que o contrato de prestação de serviços firmado pelas rés às fls. 240/250 encerrou-se no dia 31/05/2009, remanescem parcelas por cujo adimplemento responderá, subsidiariamente, o 2º reclamado, que da mão-de-obra autoral utilizou-se no período de vigência do referido ajuste.

Assim, constatada a violação do dever fiscalizatório pela Administração Pública em relação às obrigações da empresa contratada para com as trabalhadoras que lhe prestaram serviço, fica reconhecida a responsabilidade subsidiária do 2º réu, fundada, no entanto, na culpa *in vigilando*.

Percebe-se a preocupação em fundamentar a culpa que enseja a responsabilidade estatal. Se as verbas trabalhistas não foram pagas, o Estado falhou em fiscalizar o contrato, constituindo-se a culpa *in vigilando*.

Em outro exemplo extraído da jurisprudência, o acórdão do TRT-3 (MINAS GERAIS, 2011b), de 11 de julho de 2011, fundamenta a responsabilidade da Administração na ausência de prova em contrário.

A responsabilidade mantém-se por culpa *in vigilando* do tomador de serviços, durante a execução do contrato de prestação de serviços, se, por óbvio, não houver prova contrária nos autos.

[...]

Assim, cuidando-se de responsabilização subjetiva, o nexo causal a justificá-la é a conduta omissiva e negligente do ente público quanto ao dever de fiscalizar a fiel execução e cumprimento do contrato de prestação de serviço (culpa *in vigilando*) por ele ajustado para com a empresa fornecedora de mão-de-obra, tal como determinado pelos artigos 58 e 67 da Lei 8.666/91 (Lei de Licitação).

[...]

Por consequência, não demonstrando o Ente Público, por meio idôneo e previsto na Lei de Licitações, o cumprimento de seu dever de fiscalizar o contrato de prestação de serviço para com a contratada (prestadora desses serviços), não pode ser afastado o reconhecimento de seu dever de reparar o dano perpetrado aos empregados da empresa inadimplente, atraindo a sua responsabilização subsidiária, e aí se incluindo as parcelas rescisórias e multas.

Ou seja, diante da inadimplência de verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, a culpa *in vigilando* se assume, a não ser que a Administração produza prova em contrário.

Diante de tal quadro, a questão que se levanta é: não seria isso nada além de uma responsabilização decorrente do mero inadimplemento das verbas trabalhistas? Visualiza-se a tendência de uma interpretação nesse sentido, consequência da proteção ao trabalhador hipossuficiente, e ainda influenciada pela antiga edição da Súmula 331.

Seria razoável exigir-se essa intensa fiscalização de todas as inúmeras verbas pagas a todos os milhares de empregados terceirizados pela Administração Pública? Não seria isso uma desvirtuação do próprio objetivo da terceirização?

Existem decisões que exigem uma demonstração de prova mais sólida, como demonstra o seguinte entendimento do TRT da 1ª Região (RIO DE JANEIRO, 2011):

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Carlos Alberto Araujo Drummond
PROCESSO: 0009200-23.2009.5.01.0047 (RO)

A C Ó R D Ã O
TERCEIRA TURMA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO. PROCESSO LICITATÓRIO. Não havendo prova inequívoca de que o ente público mostrou-se negligente na fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa contratada por meio de regular processo licitatório, forçoso não reconhecer a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos trabalhistas deferidos ao empregado.

[...]

Tal entendimento tem como base o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16, em 24/11/2010, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

[...]

É certo que se vislumbra nos debates travados naquele Excelso Pretório, especialmente em ponderação do eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, que o ente público negligente, ou seja, que deixasse de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações sociais dos trabalhadores vinculados ao contrato administrativo, deveria ser responsabilizado subsidiariamente. Isso porque o dispositivo protetivo da Administração contido na Lei de Licitações (art. 71, § 1º) só poderia ser adotado em situações de certeza, apurada em cada caso concreto submetido a esta Especializada, do correto comportamento do administrador público em fiscalizar o cumprimento das obrigações contraídas pelo contratado com seus empregados atrelados àquele serviço.

Conclui-se, assim, que o sinal dado pelo E. Supremo Tribunal Federal, em que pese não vislumbrar qualquer indício de inconstitucionalidade no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, foi de não generalizar os casos, permitindo a esta Justiça do Trabalho, em suas instâncias, verificar a conduta da Administração Pública em cada processo submetido a julgamento.

Na esteira desse entendimento, como não há prova inequívoca de que a recorrente mostrou-se negligente na fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa que lhe prestou serviços, forçoso não reconhecer a responsabilização subsidiária do tomador pelos créditos trabalhistas constituídos na sentença condenatória sob exame. Essa conclusão se ampara no

fato de que milita em favor da Administração Pública o princípio da legalidade de seus atos, não se podendo presumir, sem que haja a necessária demonstração por parte do autor de que houve negligência do ente estatal, que este incorreu em alguma culpa, apenas por vir o trabalhador exigir diferenças de parcelas trabalhistas e/ou o pagamento das verbas resilitórias.

Destarte, nego provimento ao apelo (Grifos nossos).

Percebe-se, portanto, a existência de diferentes interpretações sobre o conceito do que seria prova apta a ensejar a responsabilização. A decisão levanta, ainda, outra questão: de quem seria a responsabilidade de provar a configuração ou não da culpa? Do autor da reclamação ou do ente público?

O ônus de prova é disciplinado no Código de Processo Civil, em seu artigo 333, I, que versa:

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.

Relevante citar, ainda, o artigo 818 da CLT, que diz: "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

Sendo assim, segundo o CPC, que aplica-se subsidiariamente ao Processo do Trabalho, e a própria CLT, a princípio nos parece que, no que concerne aos fatos constitutivos do direito, o ônus da prova é de quem alega, ou seja, do reclamante, sob pena de ofensa aos artigos supracitados.

Porém, mais uma vez, a polêmica não se encerra aqui. Cabe novamente questionar a razoabilidade de exigir-se tal prova ao trabalhador. É possível produzi-la?

Como se vê, ainda existem vários pontos controversos quanto à matéria. Uma solução geral e definitiva, a nosso ver, ainda não existe. A melhor alternativa reside na análise caso a caso, que pode mostrar-se excessivamente onerosa, demorada e, em alguns casos, até inviável.

Em vista dessas complicações, a análise da jurisprudência recente demonstra que a decisão da ADC 16 e a nova redação da Súmula surtiram poucos efeitos práticos, continuando a responsabilização do Estado se inferindo a partir do mero inadimplemento das verbas trabalhistas, com o fundamento de falta na culpa *in vigilando*.

São vastos os exemplos jurisprudências recentes, como demonstram ementas publicadas nos últimos dois meses, que decidem nesse sentido.

Do TST, citam-se as decisões como a do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 489003620095040010 (BRASIL, 2011a):

Processo: AIRR 489003620095040010 48900-36.2009.5.04.0010
Relator(a): Sebastião Geraldo de Oliveira
Julgamento: 19/10/2011
Órgão Julgador: 8ª Turma
Publicação: DEJT 21/10/2011

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. -CULPA IN VIGILANDO-. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NA ADC 16. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Na hipótese dos autos, o TRT registrou a culpa *in vigilando* da Administração Pública, motivo pelo qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do Código Civil, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Agravo de Instrumento não provido.

Ou a do Recurso de Revista 12084620105030103 (BRASIL, 2011b):

Processo: RR 12084620105030103 1208-46.2010.5.03.0103
Relator(a): Sebastião Geraldo de Oliveira
Julgamento: 09/11/2011
Órgão Julgador: 8ª Turma
Publicação: DEJT 11/11/2011

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO. CULPA IN VIGILANDO-. DECISÃO DO STF NA ADC 16. O Regional registrou expressamente que, no caso concreto, a Reclamada deixou de acompanhar e fiscalizar o efetivo cumprimento do ajuste pela empresa contratada, restando caracterizada a conduta culposa da Administração Pública por culpa *in vigilando* et *in eligendo*. Recurso de Revista conhecido e provido.

Ou, ainda, a do TRT-4 (RIO GRANDE DO SUL, 2011):

Processo: 0019400-28.2002.5.04.0831 (AP)
Redator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
Data: 10/11/2011 Origem: Vara do Trabalho de Santiago

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC N. 16 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA. A declaração da constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/1993, proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16, não atrai a incidência do artigo 884, § 5º, da CLT, e do artigo 741, parágrafo único, do CPC, e, portanto, não autoriza que se declare a inexigibilidade do título executivo na fase de execução.

E a do TRT-5 (BAHIA, 2011):

Processo 0136800-47.2007.5.05.0027 AP, ac. nº 083540/2011, Relatora Desembargadora MARIZETE MENEZES, 3ª TURMA, DJ 16/11/2011.

Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CABIMENTO. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (Súmula 331, IV do TST).

Conclusão

O centro da questão reside no aparente conflito de princípios decorrentes da responsabilização do ente público. De um lado, encontra-se o princípio da legalidade, que fundamenta o processo licitatório, excluindo a culpa *in eligendo*. Outro fundamento do disposto no artigo 71 da Lei 8.666/1993 seria a proteção ao Erário, ou seja, o privilégio do bem comum, frente ao interesse particular de um trabalhador, ou um grupo de trabalhadores.

No polo oposto estão os direitos fundamentais do indivíduo, inscritos no artigo 1º da CF, notadamente o *direito da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho*, que amparam a exigência da contraprestação pelo serviço prestado.

Após a análise dos institutos envolvidos, parece-nos que o conflito ora proposto, na verdade, não existe. Isso porque é função do Estado Democrático de Direito e da Justiça resguardar o indivíduo não só contra abusos de terceiros, mas também contra a própria administração. O "bem público" não pode autorizar que o Estado

se isente de pagar o trabalhador que prestou serviços do qual ele usufruiu, sob pena de se ingressar em uma ditadura da maioria.

Sendo assim, nesse caso, está muito mais de acordo com os princípios em que se baseia o Estado o privilégio do interesse particular, do trabalhador, que nada tem a ver com os detalhes envolvidos. Tal entendimento é o que verdadeiramente beneficiará a maioria, numa visão mais ampla.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a intenção por trás da Súmula 331 é absolutamente razoável. Protege o trabalhador e o seu direito de receber pelo serviço prestado.

Entretanto, a aplicação automática da referida Súmula desvirtuou seu fundamento, criando efetiva hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, diante da ausência de qualquer análise do caso concreto.

Tal posição incentivada, em longo prazo, a terceirização fraudulenta, com propostas falsas, que nascem já pretendendo não pagar as verbas trabalhistas, uma vez que o Estado arcará com tudo.

Dessa maneira, a decisão da ADC 16 e a reforma do Enunciado 331 do TST são uma evolução na matéria, pois visam aperfeiçoar os julgamentos e o próprio instituto da terceirização, emprestando-lhes mais credibilidade através de uma análise mais profunda sobre a responsabilidade e a culpa.

O que se perde no debate entre interesse do Estado versus interesse do trabalhador é a responsabilidade da empresa prestadora dos serviços. É a inadimplência dela que deve ser evitada. Na grande maioria das terceirizações realizadas pela Administração o repasse de verbas para a empresa prestadora é realizado. Por que, afinal de contas, especificamente nas terceirizações realizadas pelo Estado, a inadimplência de verbas trabalhistas é tão alta?

A ausência de legislação específica para regulamentar o instituto, sem dúvida, contribuiu para a insegurança em torno deste, e a insegurança, a incerteza, beneficia somente os mal-intencionados, aqueles que visam se beneficiar de licitações malfeitas e da imediata responsabilização estatal, que encerra a demanda e minimiza a possibilidade de identificar-se os verdadeiros responsáveis.

Como dito no início do trabalho, a terceirização veio para ficar. A hipótese de proibi-la parece inviável, diante de sua inegável eficiência e importância dentro do mercado atual.

O foco do debate deve, então, direcionar-se para o aperfeiçoamento do instituto da terceirização - especialmente a realizada pelo Estado - em todos os níveis, com criação de regulamentação extensiva para o instituto, além de métodos de fiscalização mais eficientes, porém razoáveis, desde o processo licitatório, até a fim do contrato.

E, diante do inadimplemento, não se satisfazer com a mera responsabilização do tomador e pagamento do empregado, mas averiguar-se a questão da responsabilidade de quem licitou erroneamente, de quem não fiscalizou, procedendo-se à punição, seja do agente responsável, seja do ente público.

Quando a questão chega aos Tribunais, independente de quem se responsabilize pelas verbas trabalhistas, o grande perdedor é o povo brasileiro, ou seja, todos nós já perdemos, mesmo que o empregado terceirizado receba. O dano é, somente, minimizado, e o verdadeiro problema é varrido para debaixo do tapete.

Referências

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Agravo de Petição nº 0136800-47.2007.5.05.0027 AP. Agravante: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero. Agravados: Ivonete Felix dos Santos e Outros (3). Relatora: Desembargadora Marizete Menezes. Salvador, 9 de novembro de 2011. DJ de 16/11/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 48900-36.2009.5.04.0010. Agravante: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. Agravados: Leisiane da Silva Lopes e Proservice Portaria e Serviços Ltda. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Brasília, 19 de outubro de 2011. DEJT de 21/11/2011a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1208-46.2010.5.03.0103. Recorrente: Mara Paranaíba Franco. Recorrido: Estado de Minas Gerais e Higiterc - Higienização e Terceirização Ltda. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Brasília, 9 de novembro de 2011. DEJT de 11/11/2011b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256, de 30 de setembro de 1986. CONTRATO DE PRESTAÇÃO

DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada). Diário de Justiça, Brasília, 30 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 28 set. de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331, divulgada em 27, 30 e 31 de maio de 2011. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). Diário de Justiça, Brasília, 30 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 28 de set. 2011.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

HOFFMAN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

KICH, Karine Kelly. Súmula 331 do TST - Análise do instituto normativo e sua importância para a terceirização trabalhista. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 76, [não paginado], 1 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7729>. Acesso em: 31 set. 2011.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo da lei nº 8.666/1993. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 20, n. 231, p. 7-35, set. 2008.

MACIEL, José Alberto Couto. A necessária revisão da Súmula 331 do TST: terceirização. **Justiça do Trabalho: doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, Porto Alegre, v. 26, n. 303, p.44-51, mar. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. A Necessária Revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. **Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, sentenças e tabelas**, Porto Alegre, v. 27, n. 322, p. 07-18, out. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00185-2010-138-03-00-7. Recorrente: Irene da Silva Gomes e outros. Recorridos: Estado de Minas Gerais (1). Adservis Multiperfil Ltda. (2). Relator: Desem-

bargador Jorge Berg de Mendonça. Belo Horizonte, 2 de agosto de 2011. DEJT de 8/8/2011a, p. 155.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00367-2010-083-03-00-4. Recorrente: Fundação Nacional de Saúde - FUNASA. Recorridos: Reinaldo Fernandes Alkmim (1). Albina Conservação e Serviços Técnicos Ltda. (2). Relator: Desembargador Anemar Pereira Amaral. Belo Horizonte, 28 de junho de 2011. DEJT de 11/7/2011b.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 01464-2009-006-03-00-1. Recorrente: União Federal. Recorrido(S): Flávia Custódia de Oliveira (1). Conservo Brasília Serviços Técnicos Especializados Ltda. (2). Relator: Desembargador Júlio Bernardo do Carmo. Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2011. DEJT de 10/3/2011c, p. 83.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. RO 0009200-23.2009.5.01.0047. Recorrentes: Eric dos Santos Azevedo e Tectenge Tecnologia e Serviços Ltda. Recorridos: Eric dos Santos Azevedo, Tectenge Tecnologia e Serviços Ltda. e Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Carlos Alberto Araújo Drummond. Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://consulta.trtrio.gov.br/portal/downloadArquivoPdf.do?sqDocumento=17161900>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Processo nº 0019400-28.2002.5.04.0831. Agravante: União. Agravados: Elida Vitória Vielmo de Quadros e Eficiente Prestação de Serviços Ltda. Relator: Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Ale-

gre, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:R4lml8sUan0J:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia%3FpCodAndamento%3D40320253+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2010-10-10..2011-11-15+responsabilidade+subsidi%C3%A1ria+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica+ADC+16+++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 15 nov. 2011.

SALVIANO, Maurício de Carvalho. A nova súmula 331 do TST sobre terceirização. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 89, [não paginado], 1 jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9711>. Acesso em: 8 nov. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 0117300-24.1996.5.15.0052. Recorrentes: SOPRESTO - Sociedade Civil de Prestação de Serviços Quito Ltda e Fundação Sinhá Junqueira. Recorridos: Armando Machado e Ermelindo Antônio Reque. Relator: Juiz Antônio Tadeu Gomieri. 1 de dezembro de 1999.

SIROTHEAU, Leonardo de Oliveira. Nova redação da Súmula 331 do TST e sua aplicabilidade contra os entes públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2903, [não paginado], 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19317>>. Acesso em: 1 nov. 2011.