

ISSN 2238-6114

Revista Eletrônica

Tribunal Regional do Trabalho do Paraná

v.1 – n.10 Agosto 2012



Terceirização 10 edição
Agosto

Ficha Técnica



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL

PRESIDENTE

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão

VICE-PRESIDENTE

Desembargador Altino Pedrozo dos Santos

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Dirceu Buyz Pinto Júnior

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2012/2013

Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu- Diretora

Desembargadora Ana Carolina Zaina - Vice-Diretora

Juiz Paulo H. Kretzschmar e Conti – Coordenador

Juiz Eduardo Milléo Baracat - Vice-Coordenador

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Juiz Cássio Colombo Filho

Juíza Valéria Rodrigues Franco da Rocha

Juiz Lourival Barão Marques Filho

Juiz Rafael Gustavo Palumbo

COMISSÃO DE PUBLICAÇÕES

Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu-Diretora

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Juiz Cássio Colombo Filho

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Eloina Ferreira Baltazar

Joanna Vitória Crippa

Juliana Cristina Busnardo de Araújo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

Willians Franklin Lira dos Santos

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência

Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

Assessoria de Uniformização de Jurisprudência

FOTOGRAFIA

Assessoria de Comunicação e acervos dos pesquisadores

APOIO À PESQUISA E REVISÃO

Maria Ângela de Novaes Marques

Márcia Bryzynski

DESIGN GRÁFICO

Patrícia Eliza Dvorak

Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações.

Edição temática: Terceirização

Periodicidade Mensal

Ano I – 2012 – n. 10

Envie sua contribuição (sentenças, acórdãos ou artigos) para o e-mail escolajudicial@trt9.jus.br

Sumário

1. Apresentação.....7

2. Artigos

2.1 A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, José Roberto Freire Pimenta.....**12**

2.2 Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica, Jorge Luiz Souto Maior.....**53**

2.3 Terceirização na Administração Pública-Artigo 71 da Lei 8.666/93- RDC da Lei 12.462/2011 e MP 559/2012. A Súmula 331 do C. TST poderia ser diferente?, Tereza Aparecida Asta Gemignani.....**74**

2.4 Prestação De Serviços Por Empresa – Terceirização, Euclides Alcides Rocha**96**

2.5 Estado, Ordem Social E Privatização - As Terceirizações Ilícitas Da Administração Pública Por Meio Das Organizações Sociais, Oscips E Demais Entidades Do “Terceiro Setor”, Tarso Cabral Violin.....**106**

3. Acórdãos

3.1 Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 02872-2011-664-09-00-2, Publicado em 30/03/2012, Relator Desembargador Tobias de Macedo Filho.....**119**

3.2 Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 13518-2009-009-09-00-8, Publicado em 19/04/2011, Relatora Desembargadora Ana Carolina Zaina.....**123**

3.3 Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 01571-2011-872-09-00-2, Publicado em 01/06/2012, Relatora Desembargador Arnor Lima Neto.....**133**

3.4 Acórdão da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 00499-2010-909-09-00-7, publicado em, 25/03/2011, Relator Desembargador Arion Mazurkevic.....	137
3.5 Acórdão da 9ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, nº 113800-06.2007.5.18.0011 Publicado em 29/06/2012, Relatora Ministro Pedro Paulo Manus	143
3.6 Acórdão da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, nº 518600-75.2009.5.09.0016, Publicado em 02/06/2011, Juíza Convocada Relatora. Maria Doralice Novaes.....	149

4. Precedente de Exclusão pelo STF da Responsabilidade Subsidiária através de Reclamação Constitucional.....159

5. Ementas

5.1 RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC Nº 16/STF. SÚMULA 331, ITEM IV/TST. ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93.....	205
5.2 TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 9º DA CLT, ARTS. 186, 187, 927, 932, III, e 942, PARÁG. ÚNICO DO CC.....	205
5.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FACÇÃO. EXCLUSIVIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST.....	206
5.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - TERCEIRIZAÇÃO PELO MUNICÍPIO.....	206
5.5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TOMADOR DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA 331, IV, DA CF	206
5.6 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONTRATO PARA PRODUÇÃO AVÍCOLA INTEGRADA. TOMADORA DE SERVIÇOS.....	207
5.7 TERCEIRIZAÇÃO - DIFERENÇA SALARIAL - APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO PACTUADAS PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS - PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	207

5.8	QUARTEIRIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DAS EMPRESAS.....	208
5.9	TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO E ALCANCE	208
5.10	CONTRATO DE FRANQUIA (FRANCHISING). REGULARIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA/SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA FRANQUEADORA. INCABÍVEL.....	209
5.11	SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE DE VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA DA INFRAÇÃO CAPITULADA.....	209
5.12	ITAÚUNIBANCOS.A.EMANPOWERPROFESSIONALLTDA.-TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO COM O BANCO.....	209
5.13	VOLKSWAGEN. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. ILEGALIDADE.....	210
5.14	HORAS EXTRAS - CABISTA - TRABALHO EXTERNO - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 62, INCISO I, DA CLT.....	210

6. Sentenças

6.1	Processo nº 03423-2011-411-09-00-0 , publ. em 11/06/2012, 3ª Vara do Trabalho de Paranaguá - Pr.....	211
6.2	Processo nº 04116-2010-663-09-00-0, publ. em 02/02/2012, 4ª Vara do Trabalho de Londrina - Pr, Juiz Júlio Ricardo de Paula Amaral.....	218
6.3	Processo nº 11180-2011-663-09-00-9, publ. em 02/07/2012, 4ª Vara do Trabalho de Londrina - Pr, Juiz Roberto Joaquim de Souza.....	225
6.4	Processo nº 05288-2011-018-09-00-9, publ. em 25/11/2011, 1ª Vara do Trabalho de Londrina- Pr, Juiz Sidnei Lopes.....	241
6.5	Processo nº 01042-2011-654-09-00-0, publ. em 02/07/2012, 1ª Vara do Trabalho de Araucária - Pr, Juiz Luciano Augusto de Toledo Coelho.....	248

6.6 Processo nº 00351-2012-096-09-00-7, publ. em 20/04/2012, 1ª Vara do Trabalho de Guarapuava - Pr, Juíza Márcia Frazão da Silva.....**250**

6.7 Processo nº 04406-2011-892-09-00-7, publ. em 30/03/2012, 2ª Vara do Trabalho de São José dos Pinhais- Pr, Juíza Ana Gledis Tissot Benatti do Valle ..**254**

7. Resenhas

7.1 O TST frente à Terceirização - Artur, Karen. 1ª Edição. Editora Edufscar. 2007.....**259**

7.2 Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica. - VIOLIN, Tarso Cabral. Prefácio Romeu Felipe Bacellar; Carlos Montaña. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 439p**261**

7.3 A Terceirização e o Direito do Trabalho - Autor: Martins, Sergio Pinto, ed. 11ª, Editora: Atlas**265**

8. Leitura Complementar.....267

9. Precedentes Normativos.....277

10. Bibliografia280

11. Vídeo - Audiência Pública do TST..... 287

Apresentação

Com muita alegria aceitei a honrosa missão de fazer a introdução da 10ª edição da Revista do TRT da 9ª Região, ciente da grande responsabilidade de tal mister, para em poucas palavras, tentar realçar a importância do tema deste mês – TERCEIRIZAÇÃO – e destacar alguns aspectos dos artigos científicos cujos ilustres autores, nomes de grande expressão no cenário jurídico nacional, tratam com maestria e objetividade, esgrimindo as mais relevantes questões que envolvem tão pujante e delicado assunto.

Como juiz deste Regional e operador do Direito, sempre tive em mira a importância da TERCEIRIZAÇÃO na esfera trabalhista, tema recorrente dos processos sob nossa jurisdição, e que na prática, demonstrou a fragilidade dos trabalhadores submetidos a tal regime de trabalho, que, no mais das vezes, viram-se privados de direitos básicos na esfera trabalhista e previdenciária, e mesmo com o reconhecimento de tal situação em Juízo, não conseguiram a satisfação dos mesmos, pois a inadimplência generalizada dos fornecedores de mão de obra acaba impedindo a composição da lide.

Logo em meus primeiros contatos com o Direito do Trabalho, escutei os ecos da abominação da malfadada marchandage surgida no século XIX, e que tantas marcas negativas fez na esfera juslaboral.

Impressionaram-me as lições de ORLANDO GOMES, que assim explicava as restrições da sociedade à intermediação de mão de obra, a ponto de provocar a edição de normas estatais em diversos países, para condenar sua utilização:

“em muitos países é proibida a simples interposição de mão de obra (interposizione di mano d’opera) ou a marchandagem, mas nessas hipóteses não há coadjuvação ao empregado na execução do serviço; o intermediário, seja qual for, beneficia-se especulando com a diferença entre o preço ajustado com o empregador e os salários pagos aos seus colaboradores. Daí a proibição existente nesses países da chamada intermediação de mão-de-obra (GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, E., Curso de Direito do Trabalho, Rio de Janeiro: Forense, 1978, 7ª Ed. p. 110)

Percebi assim que o Direito do Trabalho repelia a intermediação de mão de obra com veemência, ainda traumatizado dos efeitos da marchandagem, e a partir de tal prisma, em 1986, testemunhei o Tribunal Superior do Trabalho editar o enunciado n.º 256, da súmula de sua jurisprudência dominante, para restringir tal instituto no Brasil, à falta de norma legal que expressamente o impedisse:

“Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019 de 03.01.74 e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.”

Tal entendimento causou muitos debates à época, e vem-me à memória um artigo com discurso liberal do Prof. Octavio BUENO MAGANO, na época Professor Titular da Cadeira de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FADUSP), em que ele usava a seguinte expressão: “...o enunciado 256 está na contramão da história...”, para criticar o entendimento restritivo do Tribunal Superior do Trabalho, e fomentar a crescente instalação de prestadoras de serviços, principalmente em serviços especializados de limpeza e conservação.

Na época, eu era apenas um novel advogado, achei que estava muito impressionado com os ecos contrários à marchandagem, e como não me sentia apto a discutir história com tão insígnias figuras, fiquei temeroso de apresentar o “pelo contrário” à contramão, e calei-me atendo-me à qualidade de observador e intérprete para situações concretas, mas sempre tratando o assunto com muita cautela.

Tolice e insegurança de iniciante, pois no Direito Comparado o repúdio à intermediação de mão de obra continua consagrado, como se percebe do Código de Trabalho francês que qualifica de marchandage e proíbe: “Toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão-de-obra que tiver por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho « toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail » (article L. 8231-1 – trad. Livre do autor). Nesses casos o empregador do assalariado é qualificado de “falso sub-contratante” (faux sous-traitant), e a figura jurídica é tipificada como delito.

Reflete o pensamento da época e mais perto do atual, o interessante artigo do magistrado e Doutor SEBASTIÃO MACHADO FILHO, apontando os deletérios efeitos da abertura de entendimento que propunham (pesquisado em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181469/1/000403369.pdf> – acesso em 02-08-2012)

Já atuando como magistrado, em 1993, vi o Tribunal Superior do Trabalho ceder aos apelos liberais e reformular o entendimento do enunciado 256, cancelando-o e substituindo-o pelo de n.º 331, para abrandar seus efeitos:

*SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE*

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

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa

interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

As discussões continuaram e, em 2000, O TST mais uma vez reviu seu entendimento, agora para restringir as irregularidades no serviço público e deu nova redação ao inciso IV, do enunciado 331.

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).

Quando as coisas pareciam pacificadas, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão da constitucionalidade do art. 71, da Lei 8666/93, na Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC n. 16-DF, que causou uma verdadeira enxurrada de “reclamações” naquela Corte, e grande restrição às decisões dos órgãos fracionários da Justiça do Trabalho.

Percebendo o resultado o Tribunal Superior do Trabalho mais uma vez reviu sua jurisprudência e alterou a redação da, agora súmula 331:

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.

A questão ainda deve ter desdobramentos, e, portanto, o tema desta revista é mais que atual. Faz-se oportuna a análise dos diversos pontos ressaltados nos artigos, para uma reflexão e amadurecimento dos efeitos de tantas alterações na jurisprudência.

Nesta edição chamam a atenção as considerações do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho FREIRE PIMENTA, doutor em Direito Constitucional e Professor, que alerta para a relação de trabalho “trilateral” formada na terceirização, discorre sobre seus nefastos efeitos, e após analisar mais detalhadamente a evolução histórica do pensamento jurisprudencial nacional, alerta que a decisão do STF não tem o efeito excludente de responsabilidade da Administração que se quer emprestar.

FREIRE PIMENTA faz interessante abordagem e em bem lançadas razões sustenta a licitude da terceirização nos serviços públicos apenas em atividades-meio, excludente de sua responsabilidade contratual. Conclui pela responsabilização da Administração Pública em casos de culpa, como consequência da responsabilidade patrimonial, extracontratual ou aquiliana, e faz considerações sobre questões práticas tais como “ônus da prova” e limites de atuação do Poder Judiciário.

Também dignas de nota as ponderações do Dr. EUCLIDES ALCIDES ROCHA, magistrado aposentado deste E. 9o Regional, prata da casa e professor universitário, que com a peculiar objetividade situa o fenômeno da TERCEIRIZAÇÃO no cenário nacional, destacando a falta de idoneidade das prestadoras de serviços, constituídas sem qualquer capital e de modo informal, que resulta na óbvia inadimplência das obrigações trabalhistas.

O Dr. EUCLIDES faz um verdadeiro e prazeroso passeio pelo Direito Comparado comentando as normas da OIT, da Espanha, da França e Itália, para concluir com respostas a questões objetivas pela necessidade de responsabilização das tomadoras de serviços, para atenuar os efeitos da terceirização.

Com seu jeito genial e polêmico, o colega magistrado da 15a Região, Livre-docente da faculdade do Largo de São Francisco – JORGE SOUTO MAIOR, por via de uma “carta aberta” resalta a falta de respaldo no direito para a desenfreada terceirização, faz uma denúncia de um caso concreto de terceirização na USP, e com emotividade e paixão mostra os péssimos efeitos práticos da terceirização na vida dos trabalhadores, com a comovente história de D. MOURA, faxineira de 17 anos de casa, que perdeu o emprego sem acerto rescisório, e não conseguiu sequer seus direitos mínimos.

Meu amigo JORGE – sim, orgulho-me de tê-lo no rol de meus seletos amigos – vai da paixão à extrema precisão técnica, quando pontualmente analisa os principais pontos da contratação terceirizada no serviço público, e vai rebatendo um a um os argumentos que poderiam dar qualquer tipo de sustentáculo a esta malsinada forma de contratação.

Já o advogado TARSO CABRAL VIDOLIN, renomado professor de Direito Administrativo, autor de tese bem fundamentada sobre o Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública, faz boa análise técnica e crítica da terceirização em tal segmento.

TARSO não tem apenas mais uma visão de juslaboralista, e nos traz a opinião de um administrativista, ressaltando a ilegalidade e vedações da terceirização no Serviço Público, que não pode se eximir de responsabilidade pela ilicitude de seus atos.

Por fim, as considerações da colega Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, Doutora pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, faz ótima abordagem acerca da compatibilidade da súmula 331, do TST, com o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei de Licitações, salientando a responsabilização da Administração Pública em caso de culpa.

A Des. TEREZA salienta a necessidade da execução fiel da boa governança pelos Órgãos da Administração, fazendo ponderações sobre a “*accountability*, conduta que irradiará seus efeitos por todo o tecido social, estimulando a ética concorrencial no processo licitatório”, para um serviço público de melhor qualidade.

Portanto, seja pela atualidade e importância do tema, ou pela qualificação dos autores dos artigos desta edição ou, ainda, pelo inestimável valor dos trabalhos apresentados, esta revista constitui-se ferramenta de grande utilidade para os operadores do Direito, em especial na seara justralhista, e sua consideração como sólida doutrina poderá contribuir para o aperfeiçoamento do direito no relevante tema da terceirização no Direito do Trabalho.

Prazerosa e útil leitura para todos!

Agosto de 2012.



CASSIO COLOMBO FILHO

Juiz Titular da 21ª Vara do Trabalho de Curitiba – convocado TRT,
Conselheiro da Escola Judicial e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia

Artigos

A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

**JOSÉ ROBERTO FREIRE
PIMENTA**

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Professor Adjunto III da Faculdade de Direito da PUC/MG, nas áreas de Mestrado e Doutorado. Este trabalho resulta da palestra "Terceirização e o Supremo Tribunal Federal" feita pelo autor em 15.04.2011, em Brasília, no 16º Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho, promovido pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).



Antiga redação do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC nº 16-DF em que se julgou constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Em sessão de 24.11.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em Ação Declaratória de Constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93¹, tendo ficado vencido parcialmente apenas o Ministro Ayres Britto, que dava pela sua inconstitucionalidade somente no que respeita à terceirização de mão de obra.

Como se sabe, o ponto nuclear da discussão ali travada foi o de determinar se as decisões proferidas pelas Cortes Trabalhistas, tomadas com base na redação, então em vigor, do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho², condenando, como responsáveis subsidiários, os entes públicos tomadores dos serviços dos trabalhadores terceirizados ao pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas por seus empregadores, que celebraram com a Administração Pública, em estrita

1 "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 responsabilização 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" (destacou-se - redação dada pelo artigo 4º da Lei nº 9032, de 28.04.95).

2 "Súmula 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) 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)". (grifou-se)

observância da referida Lei de Licitações, contratos administrativos para a prestação contínua de serviços, teriam ou não implicado, necessariamente, considerar inconstitucional aquele § 1º do artigo 71 daquela Lei, ainda que de forma implícita.

Na medida em que esse dispositivo da lei federal jamais foi declarado inconstitucional pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho (ou, aliás, por qualquer outro Tribunal do Trabalho) por meio do específico incidente de inconstitucionalidade regulado pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, as decisões proferidas pelos órgãos fracionários dos Tribunais que não tivessem absolvido os entes públicos de qualquer responsabilidade por aquelas obrigações trabalhistas, por aplicação direta e automática do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, teriam, na verdade, considerado inconstitucional esse preceito de lei embora sem o explicitar, com violação da cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal³ e, em consequência, da Súmula Vinculante nº 10.⁴

Em decorrência daquela decisão e a partir de então, passaram a ser proferidas decisões liminares e finais pelo STF em centenas de Reclamações e de Agravos Regimentais em Reclamações ajuizadas pelos entes públicos condenados pelos órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas, com base no item IV da Súmula nº 331 do TST, todas elas cassando aquelas condenações e determinando, em consequência, o retorno dos autos de cada processo aos órgãos que as haviam proferido, para prolatarem outras decisões.⁵

Essa situação, afetando dezenas de milhares de trabalhadores terceirizados de todo o país que já haviam obtido a condenação dos entes públicos aos quais prestaram serviços e um número bem maior de reclamantes com ações trabalhistas semelhantes ainda em curso, causou

3 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

4 Súmula Vinculante nº 10: “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.”

5 Como se sabe, os artigos 102, inciso I, I e 103-A, § 3º, da Constituição Federal estabelecem, respectivamente, que compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a reclamação “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” e, nos casos referentes a súmulas vinculantes, para cassar “a decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar;” quando “determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

enorme perplexidade em todos os operadores do Direito do Trabalho, pela gravidade das consequências que aparentemente adviriam daquela decisão da mais alta Corte de Justiça brasileira. Com efeito, o afastamento da responsabilidade subsidiária daqueles entes públicos que se utilizaram dos trabalhadores terceirizados pela automática e absoluta aplicação da literalidade daquele preceito da Lei de Licitações, em todo e qualquer caso trabalhista, deixaria ao desamparo todos aqueles empregados que somente estavam executando o responsável subsidiário daquelas obrigações trabalhistas porque o patrimônio de seu empregador e devedor principal já se mostrara, em cada processo, incapaz de suportar seu adimplemento.

No entanto, foi possível verificar, por meio do exame dos *fundamentos determinantes* daquela decisão, que aquele pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, embora tenha implicado significativa modificação de seu posicionamento anterior sobre a necessidade de rigorosa observância dos ditames de sua Súmula Vinculante nº 10 pelos órgãos fracionários dos Tribunais e declarado expressamente ser constitucional o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, não acarretou, na verdade, consequência tão drástica para os milhões de trabalhadores terceirizados interessados.

Como se demonstrará a seguir, naquele julgamento, *o Supremo Tribunal Federal absolutamente não reconheceu*, com base naquele preceito legal e como pretendiam as centenas de entes públicos que atuaram como interessados nos autos daquela Ação Direta de Constitucionalidade, *a total impossibilidade de condená-los a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que lhes prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados* – apenas ali se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Esta é, portanto, a questão crucial remanescente: pode a Administração Pública, ao contratar, após regular procedimento licitatório, determinada empresa fornecedora de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de modo contínuo, simplesmente ignorar, no curso daquele contrato administrativo e no momento de sua rescisão, se esta,

na condição de empregadora, está ou não cumprindo, a tempo e a modo, todas as obrigações trabalhistas (constitucionais, legais e as estabelecidas em normas coletivas de trabalho) para com seus empregados, de cujos serviços o ente público é tomador?

Em outras palavras, o preceito do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, literal e isoladamente interpretado e aplicado, é suficiente para, *a priori*, absolver o ente público de qualquer responsabilidade pela satisfação dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados que lhe prestam serviços ou, ao contrário, há outros preceitos legais, no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, que podem e devem ser aplicados de forma simultânea e sistemática no julgamento desses dissídios individuais, para permitir a conclusão de que o ente público tomador dos serviços dos trabalhadores terceirizados tem, nesses casos, o dever legal de fiscalizar o cabal e tempestivo cumprimento, por aquela empregadora, de suas próprias obrigações trabalhistas, e, não havendo sido provado que assim o fez, terá incorrido em conduta culposa (ainda que omissiva), ensejadora de sua responsabilidade extracontratual pelos danos a eles causados, nos estritos termos da legislação civil, subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força do parágrafo único do artigo 8º da CLT?

Para bem compreender por que a segunda alternativa é, sem dúvida, a correta, cumpre-se, antes de tudo, lembrar o conceito e o papel da terceirização no âmbito do Direito do Trabalho bem como a evolução do tratamento legal e jurisprudencial que lhe foi dado em nosso país.

2. A terceirização no Brasil, em geral e na Administração Pública. A evolução de seu tratamento legal e jurisprudencial

Expressão, no campo das empresas privadas, da passagem do modelo *fordista* de organização produtiva para o *toyotista* e, na esfera da Administração Pública, do abandono do paradigma do Estado do Bem-Estar Social intervencionista em prol da adoção do modelo de Estado mínimo e enxuto propugnado pelas ideias neoliberais, o fenômeno da terceirização sempre manteve uma relação de tensão e até mesmo de antagonismo com o Direito do Trabalho, por sua evidente falta de sintonia com os princípios fundamentais deste ramo do Direito.

[...] a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distingui-lo da relação empregatícia clássica (que é bilateral, entre empregado e empregador)".

Isso se dá porque a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distingui-lo da relação empregatícia clássica (que é bilateral, entre empregado e empregador). Nas clássicas palavras do Ministro Mauricio Godinho Delgado, a terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação *justralhista* que lhe seria correspondente”.⁶ Por seu intermédio, o ordenamento jurídico permite que se estabeleça uma relação de trabalho *trilateral*, por meio da qual o trabalhador presta serviços de natureza não eventual a um tomador que, embora continue a dirigir e a assumir os riscos de seu empreendimento, deixa de ser considerado o seu empregador, que passa a ser outro sujeito – a empresa interveniente – que fornece a mão de obra terceirizada e lhe paga o salário (o qual, no entanto, compõe o preço do serviço quitado a este fornecedor pela empresa tomadora).

É fácil de perceber que, embora do ponto de vista econômico e estrutural, as relações de produção capitalistas sejam, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais quanto nas relações de trabalho terceirizado, é exclusivamente o Direito que autoriza (ou não) essa substancial modificação na natureza, no conteúdo e nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços. Repita-se: é apenas o Direito que, excepcionalmente e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico, autoriza o estabelecimento de uma relação contratual diversa da relação de emprego.

Por isso mesmo é que vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ainda hoje, consideram ilegal a pura e simples intermediação de mão de obra (de modo pejorativo denominada *marchandage*), na medida em que a participação de um terceiro intermediário nessa relação de trabalho subordinado não teria nenhuma justificativa plausível, não passando de *reles* venda, por um intermediário, do trabalho alheio, que

6 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho, 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426. Para o aprofundamento do conceito e do significado da terceirização no processo produtivo capitalista, bem como da necessidade de se promover o seu controle civilizatório pela ordem jurídica brasileira, consultem-se ainda, além da obra recém-citada (p. 426-428 e 457-466), DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização – paradoxo do direito do trabalho contemporâneo, São Paulo: LTr, 2003, p. 92-127; AMORIM, Helder Santos, Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional, São Paulo: LTr, 2009, p. 23-50, e a parte introdutória, redigida por Márcio Túlio VIANA, do artigo coletivo de VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos - Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 do TST – novos enfoques, in LTr 75-03/282-286, mar. 2011 e in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 1, nº 1, jan./mar. 2011, p. 54-64.

se apropriaria de parte do valor da remuneração que, uma vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou aquele trabalho.⁷

Não é apropriado nem necessário narrar aqui, em detalhes, a complexa evolução normativa e jurisprudencial do tratamento que o fenômeno da *terceirização* recebeu em nosso país.⁸

Basta, por ora, apenas registrar que, no campo da Administração Pública, a *terceirização* recebeu tratamento legal pioneiro por meio do Decreto-Lei nº 200/67, que, ao pretender promover a reforma administrativa e como forma de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, exortava o administrador público a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas executivas e atividades internas que, pela natureza altamente especializada ou pela necessidade apenas transitória, não justificariam a criação de carreiras públicas, e isso por meio da contratação de entidades da iniciativa privada (art. 10, § 7º).

Logo em seguida e no campo das atividades privadas, a Lei nº 6.019, de 1974, foi o primeiro diploma legal que, nas hipóteses específicas

7 É o caso, por exemplo, da França, cujo Código do Trabalho, em seu Capítulo V, proclama ser vedada a *marchandage* por prazo indeterminado, assim entendida “toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra que cause prejuízo ao assalariado ou impeça a aplicação dos dispositivos da lei, regulamento, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (artigo L. 125-1), uma vez que o seguinte artigo L. 125-3 reitera ser proibida “toda operação com fim lucrativo que tenha por objeto exclusivo a prestação de mão de obra”, com exceção do trabalho temporário regulado pela correspondente Lei de 1972 e pelo artigo L 141-1 do mesmo Código (apud AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de; TORRES, Marcos Souza e Silva, *Terceirização e direito comparado*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 145-146.

No mesmo sentido dispõe a Convenção nº 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a *marchandage* (por ela caracterizada como a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas). Mônica VALENTE (em seu artigo *A terceirização nos serviços públicos: trabalho decente e serviço público de qualidade*. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (orgs.). *Terceirização no Brasil – do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*, São Paulo: Annablume, 2009, p. 103-105) noticia que, mais recentemente (a partir de 2002), foi retomado esse debate no âmbito daquela Organização e apesar da forte resistência dos representantes dos empregadores, tendo sido aprovada, em 2006, a Recomendação nº 198, que busca criar elementos para uma política nacional de proteção efetiva aos trabalhadores no marco de uma relação de trabalho entre empregador e empregado, estabelecendo indicadores (como, por exemplo, se há integração do trabalhador na organização da empresa) que caracterizem uma relação de trabalho direta e, assim, combater as relações de emprego encobertas sob o manto da *terceirização*.

8 Para uma completa exposição dessa evolução, consultem-se FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira e DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 81-118 e GODINHO, Curso de direito do trabalho, op. cit., p. 428-436 e, no âmbito específico da *terceirização* no serviço público, AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*, op. cit., p. 103-134 e a parte de autoria da Professora Gabriela Neves DELGADO do artigo coletivo de VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 do TST – novos enfoques*, in LTr 75-03/286-290, mar. 2011 e in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 1, nº 1, jan./mar. 2011, p. 64-71.

de que tratava (o trabalho temporário nas empresas urbanas, destinado a atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços), dissociou, de forma expressa, a figura jurídica do empregador, que passou a ser a empresa fornecedora daquela mão de obra, daquele tomador (ou beneficiário) dos serviços prestados por estes trabalhadores, quebrando-se, assim, o paradigma clássico da relação bilateral de trabalho. Anos depois, a Lei nº 7.102, de 1983, ao disciplinar o sistema de segurança dos estabelecimentos financeiros, também veio a admitir a prestação, por empresa especializada contratada, de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores.

Como se sabe, com a disseminação da terceirização por intermédio de empresas fornecedoras de mão de obra e o ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30/09/86, aprovou a Súmula nº 256, por meio da qual restringiu duramente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, considerando-a sempre, salvo as duas exceções nela expressas, como caracterizadora de *marchandage* (isto é, a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas) e, portanto, ilícita:

“Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019 de 03.01.74 e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.”

No entanto, no âmbito da Administração Pública, o Decreto-Lei nº 2.300/1986, que também veio a disciplinar as licitações antes da Lei nº 8.666/93, admitiu, em seus arts. 1º e 5º, inciso II, a contratação, pela via da terceirização, dos serviços ali especificados e a própria Constituição de 1988, por sua vez, previu expressamente, em seu art. 37, inciso XXI, a figura da contratação de serviços. Diante dessa clara ampliação normativa das hipóteses de terceirização lícita no campo da atividade dos entes públicos, a própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pouco a pouco e mesmo no campo das empresas privadas, foi mitigando o rigor de seu Enunciado nº 256 para distinguir da mera intermediação de mão de obra, que continuou considerando ilícita, a prestação de serviços técnicos especializados, situação que tornaria lícita a terceirização e que, aos poucos, foi sendo ampliada para abranger, em princípio, todas as atividades-meio do tomador dos serviços.

Em outubro de 1993, o Tribunal Superior do Trabalho, consagrando essa gradativa flexibilização do tratamento dado à terceirização por sua jurisprudência nos anos anteriores, acabou por revisar a Súmula nº 256 e editou, em seu lugar, a Súmula nº 331. Esta, em síntese, passou a admitir como lícita a terceirização em atividades-meio, como instrumento capaz de permitir que a empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores terceirizados se especialize em sua vocação essencial (isto é, no desenvolvimento de suas atividades-fim). Mas, como uma contrapartida essencial e inafastável capaz de impedir que a terceirização se convertesse em puro e simples instrumento de precarização e de desproteção dos trabalhadores terceirizados, assegurou proteção patrimonial a esses por meio da atribuição, ao tomador de seus serviços, de responsabilidade subsidiária pelo adimplemento de seus direitos trabalhistas que não tenham sido satisfeitos por seu empregador.⁹

Em rica e detalhada exposição, o Procurador do Trabalho Helder Santos AMORIM descreve como a edição da Súmula nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao final de 1993, foi a culminação de um acirrado debate interno e uma espécie de solução de compromisso entre as diversas correntes de pensamento então existentes nesta Corte sobre a matéria e que, nos anos anteriores e desde a edição da Súmula nº 256, dividiam-se entre os que manifestavam preocupação com os efeitos da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho (razão pela qual eram favoráveis à manutenção do Enunciado nº 256) e aqueles que preconizavam a modernização desse ramo do Direito para absorver uma nova realidade econômica que, no seu entender, não poderia mais ser ignorada (motivo pelo qual propugnavam a flexibilização da interpretação jurisprudencial sobre o tema, com a revogação daquele enunciado e a edição de uma nova e menos restritiva súmula). O novo consenso produzido foi, como se sabe, deixar de presumir, como antes fazia a primeira súmula, que a

9 “Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.
I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).
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 hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.” (Redação original que lhe foi dada pela Resolução 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994).

terceirização em atividade-meio constitui um artifício fraudulento de comercialização de mão de obra (a *marchandage*), passando-se a presumir exatamente o contrário, ou seja, que essa terceirização nas atividades-meio das empresas privadas e dos entes públicos em geral constitui um veículo de especialização dos tomadores dos serviços em sua vocação essencial.¹⁰

Só foi possível, no entanto, obter a concordância da maioria dos Ministros então integrantes do Tribunal Superior do Trabalho com esta significativa modificação jurisprudencial por intermédio do estabelecimento dos seguintes limites e condições:

- a) os serviços objeto de terceirização, a serem desenvolvidos no âmbito da tomadora e sob as vistas dessa, devem ser necessariamente *especializados*;
- b) esses serviços devem estar *ligados à atividade-meio da tomadora*, ou seja, devem ser serviços de apoio ou complementares aos de sua finalidade;
- c) quando o fornecedor de mão de obra não tiver idoneidade econômico-financeira para cumprir suas obrigações trabalhistas para com seus empregados terceirizados, *a tomadora de seus serviços deverá responder subsidiariamente por estas obrigações, por culpa extracontratual decorrente de sua culpa in eligendo e in vigilando e em direta aplicação do princípio da proteção ao trabalhador e da teoria do risco.*¹¹

É sabido que a consagração desta última condição, no item IV da nova Súmula nº 331, como uma espécie de garantia patrimonial dada aos trabalhadores terceirizados contra a insolvência econômica de sua empregadora fornecedora de mão de obra, foi absolutamente necessária para a aprovação do cancelamento da Súmula nº 256 sobre o tema, ao fundamento de que, sem essa compensação, a generalização da terceirização para todas as atividades-meio da tomadora de serviços não passaria de instrumento iníquo de precarização da condição social e econômica daqueles trabalhadores.

10 AMORIM, Helder Santos. Terceirização no serviço público..., op. cit., p. 122-123.

11 Para uma clara, concisa e lúcida exposição das premissas que levaram à revisão do Enunciado nº 256 e sua substituição pela Súmula nº 331 por um dos Ministros do TST que mais se destacaram na defesa daquela modificação, consulte-se o artigo do Ministro Vantuil ABDALA Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, in LTr 60-05/587-590, maio de 1996.

Embora a nova Súmula nº 331 do TST tenha exercido enorme impacto sobre a disciplina da terceirização no âmbito da Administração Pública brasileira (na medida em que estendeu expressamente aos entes públicos submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho a possibilidade de contratar, por meio de terceirização e sem concurso público, a prestação de serviços em atividades-meio ou de apoio e em que também proclamou que, no caso dos entes públicos e por força do artigo 37 da Constituição, a ilicitude da terceirização praticada não autorizaria o reconhecimento de vínculo de emprego), no aspecto de sua responsabilidade patrimonial pelos débitos trabalhistas das empresas fornecedoras de mão de obra inadimplentes, os entes públicos tomadores daqueles serviços, desde logo, buscaram obter tratamento diverso do dado às empresas privadas. Isso se deu, exatamente, pelo disposto no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993¹², diploma legal promulgado, não por acaso, no mesmo ano daquela profunda alteração do referido entendimento jurisprudencial predominante.

Nos anos subsequentes, a acirrada resistência dos entes públicos demandados e condenados como tomadores dos serviços terceirizados, em todas as reclamações trabalhistas ajuizadas pelos trabalhadores contra eles e seus empregadores contratados após regular licitação, nos precisos moldes preconizados pela redação original do item IV da Súmula nº 331, concentrou-se justamente na invocação da ilegalidade de sua responsabilização subsidiária por aqueles débitos trabalhistas, por deixar a Justiça do Trabalho de aplicar a literalidade daquele artigo da Lei de Licitações e pela conseqüente alegação de que as decisões trabalhistas, ao não aplicarem, de forma automática e absoluta, aquela norma legal, estariam implicitamente considerando-a inconstitucional (sem que essa inconstitucionalidade houvesse sido examinada e decidida pela maioria do Pleno ou do Órgão Especial, conforme o caso, de cada Tribunal, como exige, para tanto, o artigo 97 da Constituição).

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, essa acabou por ficar pacificada no âmbito da Justiça do Trabalho em 2000, quando o TST, ao julgar de forma unânime incidente de uniformização de

12 Na redação original desse preceito legal, o referido § 1º desta Lei também excluía da responsabilidade da Administração Pública licitante as obrigações previdenciárias do contratado relativas aos trabalhadores terceirizados, o que só foi alterado pela nova redação atribuída a seu § 2º pela citada Lei nº 9.032/95, in verbis:

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

(...)

§ 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991."

jurisprudência¹³ e sem proclamar a inconstitucionalidade do invocado § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, alterou a redação do citado item IV da citada súmula para tornar expresso que a responsabilidade patrimonial nele prevista também abrange a Administração Pública, nos seguintes termos:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (**art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993**)” (destacou-se).¹⁴

Embora não tenha havido, naquela decisão unânime do Pleno do TST, a expressa declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993,¹⁵ é preciso reconhecer que um de seus principais fundamentos foi, paralelamente, a aplicabilidade do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal a essas controvérsias, o que traria como consequência que a responsabilidade dos entes públicos tomadores daqueles serviços terceirizados poderia ser considerada objetiva, prescindindo-se, assim, da apuração da culpa da Administração Pública em cada caso concreto.

3. A modificação da jurisprudência do STF quanto à necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e seus efeitos sobre a aplicação da Súmula nº 331, item IV, em sua redação original

Até o julgamento da ADC 16-DF, estava sendo inteiramente desfavorável aos entes públicos a posição do Supremo Tribunal Federal,

13 Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, Relator Ministro Milton de Moura França, julgado por unanimidade na Sessão do Tribunal Pleno de 11.09.2000, DJ de 20.10.2000.

14 Resolução nº 96/2000, DJ de 18,19 e 20.09.2000.

15 E sim a consagração do entendimento de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados não se confunde com a responsabilidade principal e contratual pelas obrigações trabalhistas correspondentes (esta, sim, expressamente excluída por aquele dispositivo da Lei de Licitações) mas não a exime, nos casos em que constatada a presença de sua culpa (in eligendo e in vigilando), de vir a responder de forma subsidiária por elas, se ocorrido seu inadimplemento pelo empregador e se ela houver participado da relação processual, respeitando-se, portanto, o benefício de ordem e resguardando-se a possibilidade de ação regressiva.

ao examinar a arguição de violação da cláusula de reserva de plenário do artigo 97 da Constituição pela nova redação dada pelo TST, em 2000, ao item IV de sua Súmula nº 331 e pelas decisões dos órgãos fracionários da Justiça do Trabalho que se limitavam a aplicá-lo de forma automática, em recursos extraordinários (e correspondentes agravos de instrumento) e em reclamações que haviam apresentado contra as decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais trabalhistas.

Eram basicamente dois os fundamentos adotados pelas decisões monocráticas e colegiadas do STF para rejeitar essa arguição:

- a) o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não foi declarado inconstitucional pelo item sumulado em discussão, tanto que nele estava mencionado como em pleno vigor;*
- b) ainda que o afastamento de sua incidência pelos órgãos fracionários dos Tribunais que proferiram as decisões condenatórias naqueles processos trabalhistas pudesse ter significado, implicitamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade daquele preceito legal, não teria havido ofensa à exigência da “reserva de plenário” estabelecida no artigo 97 da Constituição, porque a decisão daquele incidente de uniformização, que redundou na nova e combatida redação do item IV da Súmula nº 331 daquela Corte, fora proferida pelo Tribunal Pleno do TST e por unanimidade.*

No entanto, ao longo dos últimos anos, pouco a pouco ganhou força, na Corte Suprema brasileira, a compreensão de que alguns órgãos fracionários dos demais Tribunais de nosso país estariam proferindo decisões em que deixavam de aplicar determinados dispositivos da legislação infraconstitucional por considerá-los, ainda que não expressamente, contrários à Constituição, mas sem levarem a questão constitucional ao exame e à decisão do Pleno ou do Órgão Especial correspondentes, violando, assim, a citada exigência do artigo 97 da Norma Fundamental. Isso, por sua vez, acarretaria a grave consequência de impedir, por vias transversas, que essa questão constitucional viesse a ser submetida ao conhecimento e ao julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal pelos canais processuais regulares. Em consequência,

acabou por pacificar-se o entendimento de que essas decisões deveriam ser reformadas ou cassadas, conforme o caso, de modo que assegurassem o regular e necessário exame e o decorrente prequestionamento da matéria constitucional subjacente pelo Órgão plenário para tanto competente.¹⁶

Esses precedentes, como se sabe, redundaram na aprovação da Súmula Vinculante nº 10, com a clara e expressa intenção de evitar que órgãos fracionários de tribunal deixem de aplicar dispositivos infraconstitucionais por meio da utilização de critérios, razões e fundamentos extraídos, expressa ou até mesmo implicitamente, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

“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.”¹⁷

Tudo isso, no entanto, não teria sido suficiente para modificar a jurisprudência do STF a respeito da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra terceirizada se, ao mesmo tempo e naquela mesma sessão de 24.11.10 em

16 Vejam-se a respeito os seguintes precedentes, todos da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence como seu Relator:

“I – Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quórum qualificado (Constituição, artigo 97): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências.

II – Controle de constitucionalidade: reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” (RE 240.096/RJ, RE 432597-AgR/SP e AI 473.019-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – RTJ 169/756-757).

17 A Súmula Vinculante nº 10 não foi aprovada para proclamar o óbvio (a necessidade de se observar o disposto no artigo 97 da Constituição Federal), mas, sim, para coibir a prática, deliberada ou não, de os demais Tribunais negarem a aplicação de lei federal por considerá-la, na verdade, inconstitucional, sem, no entanto, explicitarem esse fundamento central, com isso vedando o acesso do interessado, pela via do recurso extraordinário (artigo 102, III, a e b da CF/88), ao Supremo Tribunal Federal, para que este possa dar a última palavra sobre esta questão constitucional. Em outras palavras, ao não adotarem o procedimento exigido pelo artigo 97 da Constituição para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, os órgãos fracionários dos outros Tribunais estariam impedindo que o STF pudesse exercer o seu papel precípua de guardião da Constituição Federal nos casos em que os interessados na aplicação de normas infraconstitucionais em seu benefício se defrontassem com decisões das demais instâncias judiciais que deixassem de aplicá-las por critérios que, na verdade, decorreriam da Constituição Federal.

que se julgou a ADC 16-DF, não tivesse havido outra importante alteração no entendimento daquela Corte, passando-se, agora, a não mais se admitir como válido que o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo do poder público pelos Tribunais brasileiros, ainda que por seu Pleno ou Órgão Especial, houvesse se dado em procedimento ou incidente diverso do incidente de declaração de inconstitucionalidade para tanto previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Naquela mesma ocasião, também ficou decidido que não atendeu à cláusula de reserva de plenário estabelecida pelo artigo 97 da Constituição e aos ditames da Súmula Vinculante nº 10 a referida decisão do Plenário do TST, ainda que unânime, que, ao julgar um incidente de uniformização de jurisprudência, afastou a incidência daquele artigo da Lei de Licitações, sem declará-lo inconstitucional, mas aplicando o antigo item IV de sua Súmula nº 331 (então considerado de conteúdo diametralmente oposto a esse preceito de lei) e com base em critérios extraídos da Constituição (no caso, o disposto no § 6º do artigo 37 da Norma Fundamental, referido de forma expressa nos fundamentos daquela decisão). Acrescentou-se ser indispensável, para que a cláusula de reserva de plenário seja observada, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, decisão que, por sua gravidade, não poderia ocorrer em um mero incidente de uniformização de jurisprudência.¹⁸

4. O verdadeiro teor do julgamento da ADC 16-DF e suas consequências sobre a responsabilidade patrimonial da Administração Pública nas terceirizações

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua sessão de 24.11.2010, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, houve por bem, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto),

18 Trecho extraído de voto anterior da Ministra ELLEN GRACIE, transcrito na decisão proferida no Agravo Regimental na Reclamação 10738 AgR/SE, sessão de 25.11.2010, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe-233, 02.12.2010. No mesmo sentido, vale também citar a seguinte ementa:

“PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. I – Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. II – Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de uma votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência. III – Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10. IV – Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação. (Agravo Regimental na Reclamação 6970 AgR/SP- SÃO PAULO, sessão de 24.11.2010, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, Public. 15.02.2011)”.

considerar constitucional o referido art. 71 da Lei nº 8.666/93, de modo que vede, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, **nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação.** Porém, como se demonstrará a seguir, esse julgamento não impediu, de forma mecânica e absoluta, que, em determinados casos e sob certas circunstâncias (isto é, quando se encontrar configurada a culpa do ente público), a Administração Pública contratante continue a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo nos casos de terceirizações lícitas e após regular licitação para seleção do contratado como fornecedor de mão de obra.

Conforme se verifica da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão,¹⁹ o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado.

Nesse exato sentido foi o pronunciamento do Ministro Relator Cezar Peluso, nos seguintes e expressivos termos:

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

19 Conforme o vídeo da sessão plenária do STF do dia 24.11.2010, 2º bloco, disponível em <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>, acesso em 13.12.2010, apud VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 – novos enfoques, op. cit., p. 282-295 e p. 73-76, respectivamente.

No prosseguimento daquele debate, o mesmo Relator foi ainda mais incisivo ao reconhecer o acerto das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e imputar, em certos casos e sob certas circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, apesar do preceito expresso do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelos seguintes fundamentos:

“Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. MAS ISSO NÃO SIGNIFICA QUE EVENTUAL OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR AS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO NÃO GERE RESPONSABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...)” (grifou-se e destacou-se)

Na mesma ocasião e seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski foi igualmente claro a esse respeito:

“Eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de CONSIDERAR A MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, PORQUE REALMENTE ELA É DECIDIDA SEMPRE NO CASO CONCRETO, SE HÁ CULPA OU NÃO. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e

mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, ESTÁ CLARAMENTE CONFIGURADA A 'CULPA IN VIGILANDO' E 'IN ELIGENDO' DA ADMINISTRAÇÃO, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666." (grifou-se e destacou-se).

Essa mesma preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse de forma absoluta e automática toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado por seu contratante, foi bem exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no incisivo voto que proferiu na ocasião, *in verbis*:

"Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, QUE HAJA REALMENTE FISCALIZAÇÃO, PORQUE REALMENTE O PIOR DOS MUNDOS PODE OCORRER PARA O EMPREGADO QUE PRESTA O SERVIÇO. A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a idéia da súmula, MAS QUE HAJA ESSA 'CULPA IN VIGILANDO' É FUNDAMENTAL (...). Talvez aqui reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, QUE INICIALMENTE SÃO OS ÓRGÃOS CONTRATANTES, e depois os órgãos fiscalizadores, DE MODO QUE HAJA TALVEZ ATÉ UMA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE SE FEZ O PAGAMENTO, O CUMPRIMENTO, PELO MENOS DAS VERBAS ELEMENTARES, O PAGAMENTO DE SALÁRIO, O RECOLHIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO FGTS." (grifou-se e destacou-se).

No prosseguimento dos debates naquele julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, ao responder ao argumento de que seria ilegal

atribuir responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento desses débitos trabalhistas diante da literalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações e dele discordar abertamente, foi ainda mais enfático sobre essa possibilidade sob certas circunstâncias concretas, verificadas caso a caso:

“V. Exa. está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É ISSO QUE GERA A RESPONSABILIDADE QUE VEM SENDO RECONHECIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, NÃO É A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei.” (grifou-se e destacou-se).

Da clareza desses fundamentos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua composição plenária, a ADC nº 16-DF, com um único voto vencido, com efeito reputou constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e também considerou contrário à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos arts. 480 a 482 do CPC), vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuisse, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação, em relação aos empregados deste último fornecidos ao ente público.

Em outras palavras, naquele julgamento, de fato se considerou que, *por força daquele dispositivo da Lei de Licitações em vigor, o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado pelo ente público não enseja automaticamente a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária.*

Contudo, naquela mesma decisão, **em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, da Constituição Federal)**, também se entendeu, de forma também expressa, que a constitucionalidade desse preceito legal não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal, os quais, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública, quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução daquele contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento daquelas obrigações trabalhistas.

Em consequência, em absoluto, não foi descartado, naquele julgamento (sendo, ao contrário, ali salientado), que continua plenamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como esse e à luz do conjunto fático-probatório neles delineado, continue a imputar ao ente público tomador daqueles serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária por aquelas obrigações inadimplidas por seu devedor principal, em virtude da presença de culpa *in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório) ou de culpa *in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não ter fiscalizado, como deveria, o cumprimento das normas trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

O que, então, decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal foi que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade **CONTRATUAL** da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular que foi selecionado e contratado em decorrência da correspondente licitação, pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderá ser considerado, automaticamente, o devedor principal daqueles trabalhadores.

Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, será sempre possível apurar, através do exame dos elementos fático-probatórios constantes de cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, mesmo que apenas

omissiva, que justifique que lhe seja atribuída responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos por ela causados.²⁰

Cumpra, desde logo, advertir que, nos casos de terceirizações ilícitas (de que trata o item II da Súmula nº 331 do TST), a responsabilidade extracontratual da Administração Pública é clara e indubitosa, sendo dispensáveis maiores considerações a respeito. Em consequência, o ente público que, em conjunto com o falso empregador daqueles trabalhadores, houver perpetrado tão flagrante ilicitude, não terá como furtar-se de responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas daqueles reclamantes, embora não seja possível o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador com ele, por força do disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Da mesma forma, nos casos das denominadas terceirizações lícitas de serviços, decorrentes de prévio e regular procedimento licitatório, tem o ente público tomador dos serviços o dever legal de fiscalizar o completo adimplemento, pelo empregador por ele contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

5. A ponderação dos princípios, dos direitos e dos interesses públicos e privados em contraste e a apuração da responsabilidade extracontratual dos entes públicos nos casos de terceirização de serviços

Antes de tudo, é indispensável repelir, com vigor, a alegação, por vezes utilizada pelos entes públicos demandados, de que sua condenação a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos particulares por eles contratados para fornecer trabalhadores terceirizados significaria afronta ao artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

20 No mesmo sentido também se pronuncia com propriedade a i. Professora e Desembargadora do TRT da 2ª Região Ivani Contini BRAMANTE (em seu artigo A aparente derrota da súmula nº 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização, in Revista Trabalhista: direito e processo, nº 37, jan./mar. 2011, São Paulo: LTr, p. 109 e in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nº 07/2011, p. 36-37):

“A declaração de constitucionalidade da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), art. 71, § 1º, pelo Supremo Tribunal Federal (ADC nº 16) foi feita in abstrato, desvinculada de qualquer caso concreto, na consideração de um processo de licitação em condições de legalidade e normalidade. Portanto, não constitui salvo conduto ou incondicional ausência de responsabilidade pelos danos a que deu causa a Administração Pública, por meio de contratação precedida de procedimento licitatório. Se restar provado que a Administração Pública, por seu agente público, de qualquer modo concorreu para o descumprimento da legislação trabalhista, atrai a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.”

Para idêntica conclusão, consultem-se ainda os artigos dos Desembargadores do Trabalho SILVA, Antônio Álvares da. Responsabilidade da administração pública na terceirizações, in LTr 75-03/271-275, mar. 2011 e GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Art. 70 da lei nº 8.666/93 e súmula nº 331 do C. TST: poderia ser diferente?, in Revista Trabalhista: direito e processo nº 37, jan./mar. 2011, São Paulo: LTr/ANAMATRA, p. 133-141.

[...] essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais, constitucionalmente consagrados no art. 7º da Norma Fundamental em vigor".

(nova denominação dada pela Lei nº 12.376/2010 à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) e ao art. 8º, *caput, in fine*, da CLT, por pretensamente privilegiar os interesses apenas privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar, uma vez mais, um custo já embutido no preço dos serviços contratados por meio do correspondente contrato administrativo. Nada mais equivocado, no entanto.

É que não se pode esquecer, antes de qualquer coisa, de que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais, constitucionalmente consagrados no art. 7º da Norma Fundamental em vigor, e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu inquestionável caráter alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias. Por isso mesmo, portanto, devem receber uma *tutela jurisdicional diferenciada*²¹ e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público secundário²² do ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas (sempre com preservação da possibilidade de se ressarcir de forma

21 Sobre o conceito de tutela jurisdicional diferenciada, vejam-se, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela inibitória (individual e coletiva), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 66, 259, 392-393 e 406-407 e Técnica processual e tutela de direitos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 189-192 e PROTO PISANI, Andrea, Lezioni di diritto processuale civile, 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 32-41.

22 Sobre a clássica distinção, originária da doutrina administrativista italiana (Renato ALESSI), entre interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários – que o Estado, pelo só fato de ser sujeito de direitos, poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade –, veja-se, por todos, a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, in Curso de direito administrativo, 13. edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32-33. Este ilustre jurista tece, a seguir, considerações em tudo aplicáveis à situação ora em exame:

“ ‘Poderia’ (o Estado), portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir”.

plena esse pagamento por meio da correspondente ação regressiva, que poderá – e deverá – ajuizar contra o devedor principal por ele contratado).

Por isso, aliás, não se pode afirmar que a Administração Pública, que se beneficiou da força de trabalho desses trabalhadores terceirizados, possa ficar indiferente à sorte deles. À luz dos valores e princípios em tensão, não se pode afirmar, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente adotado em nosso país a partir de 1988, que o interesse público primário da Administração Pública, em casos como esse, seja deixar ao desamparo os trabalhadores terceirizados – muito ao contrário. A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que essa se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratadas para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição de 1988 a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho previstos e assegurados nos exatos termos da Norma Fundamental de 1988.

Se, ao contrário, entender-se, como aqui se sustenta, que o ente público contratante tem esse dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram no âmbito da Administração Pública, será inevitável a incidência subsidiária, autorizada pelo parágrafo único do citado art. 8º da CLT, dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, *in verbis*:

“Art. 186 **Aquele que, por ação ou omissão voluntária**, negligência ou imprudência, **violar direito e causar dano a outrem**, ainda que exclusivamente moral, **comete ato ilícito.**”

(...)

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

Nessa mesma linha também se pronuncia Helder Santos AMORIM:

“A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.”²³

Cumpra agora, portanto, examinar as demais normas legais aplicáveis à contratação, pela Administração Pública, e após regular procedimento licitatório, de uma empresa para, por intermédio do fornecimento de trabalhadores terceirizados, prestar-lhe serviços para determinar se tem ela, ou não, o dever legal de, no curso daquele contrato administrativo, fiscalizar não apenas a execução daqueles serviços, mas também o pleno e tempestivo adimplemento daquelas obrigações trabalhistas pelo empregador por ela contratado. O simples exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), como se demonstrará a seguir, permite concluir em sentido afirmativo.

A princípio, os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, de forma clara, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço relativo aos direitos trabalhistas de seus empregados):

“Art. 54 (...)

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, *obrigações e responsabilidades das partes, em*

23 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 do TST – novos enfoques, op. cit., p. 292 e p. 76, respectivamente.

conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

(...):

“Art. 55 São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, *em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas*, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial” (grifou-se).

A seguir, os arts. 58, inciso III, e 67, *caput* e seu § 1º, da mesma Lei de Licitações, de maneira clara e expressa, impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado, que acabou por ser o selecionado no procedimento licitatório – dentre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

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

(...)

III – *fiscalizar-lhes a execução;*

(...):”.

“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 necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”* (grifou-se).

Por sua vez, o art. 77 desta Lei nº 8.666/93 prevê que a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento". O art. 78 da citada lei, de sua parte, prevê, como motivo para a rescisão contratual, o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução – o que, sem dúvida, é aplicável à hipótese do inadimplemento, pelo empregador contratado pelo ente público, de suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados.

Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o multicitado art. 71, § 1º, do mesmo diploma legal, a matéria encontra-se, hoje, regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30.04.2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) nº 3/2009, do mesmo Ministério.²⁴

Em linhas gerais, a referida IN nº 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

- a) **desde a seleção da empresa no procedimento de licitação**, na medida em que o Edital de Licitação já deverá prever que "a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referentes à mão de obra utilizada", nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de

24 Como acertadamente esclarece Helder Santos AMORIM, este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos Estados e Municípios incumbe complementar essa legislação com respeito às diretrizes nacionais (in VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 – novos enfoques, op. cit., p. 292-293 e p. 77, respectivamente).

mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN nº 2/2008), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN nº 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN nº 3/2009);

b) no momento do julgamento das propostas da fase licitatória, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade (art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3º, da IN nº 2/2008);

c) por ocasião da elaboração e celebração do contrato administrativo com a empresa vencedora no certame licitatório, devendo esse contrato ser automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital e a todas as condições contidas na proposta vencedora, *especialmente os direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, que compõem o preço dos serviços contratados*, cabendo ao ente público contratante especificar, no contrato administrativo, a responsabilidade da empresa contratada de satisfazer os direitos dos seus próprios empregados, nos valores e patamares previstos na planilha de custos por ela apresentada; *como lógica e automática consequência, caberá à Administração contratante o dever de fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações* (conforme os já citados arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93).

Também aqui é acertada a conclusão de Helder Santos Amorim, à luz dessas premissas:

“Em face desta vinculação, exsurge que a execução contratual, no modelo da Lei nº 8.666/93, vai além do cumprimento de seu estrito objeto, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o

preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo.”²⁵

Regulamentando o já citado art. 67, *caput* e seu § 1º, da Lei nº 8.666/93, o art. 34 da IN nº 2/2008 do MPOG ainda determina que, na fiscalização do “cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada”, seja exigida a comprovação dos seguintes fatos e circunstâncias: a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o art. 36 daquela Instrução Normativa exige que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do seu valor para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo art. 19-A da IN nº 2/2008 (acrescentado pela IN nº 3/2009), que permite que o ente público, mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo, receba autorização prévia do contratado para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados (sendo de se mencionar que a Resolução nº 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a não ser cumpridos pelo contratado.

25 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 – novos enfoques, op. cit., p. 294 e p. 80, respectivamente.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 31 da IN nº 2/2008 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da referida Instrução Normativa, o qual, de sua parte, institui um “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”, que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

a) a fiscalização inicial (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

b) a fiscalização mensal (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal, com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou

exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

c) a fiscalização diária, por meio da conferência, dia a dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

d) a fiscalização especial, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.

Por fim, para não deixar mais nenhuma dúvida sobre o fato de o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, constituir uma grave infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante, os arts. 34, § 4º, e 34-A da IN nº 2/2008 impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido, por esta, a regularização imediata da situação no prazo para tanto oferecido pela Administração:

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

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

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui exposto, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à *Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02/2008, alterada pela Instrução Normativa nº 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.*

É preciso lembrar, por fim, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público a completa e rigorosa observância das normas legais e regulamentares aqui referidas, que estabelecem o seu dever de fiscalizar o cumprimento das suas obrigações trabalhistas por parte do empregador daqueles trabalhadores terceirizados, não lhe sendo dado, de forma discricionária, decidir se e quando irá fazê-lo, de

acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações.

Tudo o que até aqui se afirmou, aliás, acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho como o novo entendimento predominante desta Corte sobre a matéria, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária de 24/05/2011 (Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, f. 14 e 15), quando se atribuiu nova redação ao seu item IV e decidiu-se inserir-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos:

“SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

(...)

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 nº 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.” (destacou-se)²⁶

6. A questão da distribuição do ônus da prova entre os litigantes

Cumpre, ainda, enfrentar uma questão que, nos futuros processos

26 As várias Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, a partir do julgamento da ADC nº 16 pelo STF e, especialmente, a partir da aprovação da nova redação de sua Súmula nº 331, itens IV e V, já têm proferido decisões em que, sem automaticamente atribuir responsabilidade subsidiária aos entes públicos tomadores dos serviços de trabalhadores terceirizados em decorrência do mero inadimplemento das correspondentes obrigações trabalhistas por seus empregadores contratados mediante licitação, reconhece-se a responsabilidade extracontratual da administração pública em virtude de sua conduta culposa, concretamente evidenciada nos autos, buscando-se, assim, dar a mais rigorosa e exata aplicação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Veja-se, apenas a título de exemplo, a seguinte decisão unânime de sua Segunda Turma de nossa lavra, *in verbis*:

“TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. I. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas (fato que deve estar expressamente registrado na decisão regional), como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. 2. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. 3. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.05.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.05.2011, f. 14/15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: “SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)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 nº 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.**” Agravo de instrumento **desprovido.** (...)” (Proc. nº TST-AIRR-4048-52.2010.5.10.0000, Segunda Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, julg. na sessão de 01.06.2011).

trabalhistas em que se discutir a existência de responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações lícitas, talvez se torne relevante: devem os reclamantes que atuaram como trabalhadores terceirizados no âmbito da Administração Pública, desde sua petição inicial e ao formularem seus pedidos iniciais de responsabilização subsidiária do ente público tomador de seus serviços, obrigatoriamente afirmar, de forma expressa, ter ele agido com culpa, omissiva ou comissiva, sob pena de inépcia ou até mesmo de automática improcedência desse pedido inicial?

A resposta deve ser categoricamente negativa: em primeiro lugar, porque a própria formulação do pleito inicial em referência, baseado, de forma implícita ou expressa, no entendimento jurisprudencial consagrado no novo item V da Súmula 331 do TST, já terá como pressupostos todos os elementos nele previstos, dentre os quais avulta a conduta culposa dos entes integrantes da Administração Pública, podendo-se considerar essa assertiva como algo inerente à própria formulação dessa pretensão; ademais, o § 1º do artigo 840 da CLT, que disciplina os requisitos mínimos e essenciais da peça inicial da reclamação trabalhista escrita, exige, apenas a esse respeito, que ela contenha “uma breve exposição dos fatos de que resulta o dissídio” e “o pedido”, não sendo a exigência de alegação expressa de culpa do ente público pelo autor da demanda trabalhista compatível com o informalismo e a simplicidade que caracterizam o processo do trabalho.

Por outro lado, é preciso que também se diga, de modo expresso, ser apenas do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento, pelo empregador que contratou, das obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores terceirizados, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos previstos no respectivo contrato administrativo (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele fornecedor de mão de obra inadimplente – afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que de forma subsidiária, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, que atrai para o demandado o ônus da prova correspondente, nos precisos termos dos arts. 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova (decisivo para estabelecer, em determinado litígio judicial, a inversão do *onus probandi* de um fato controvertido em detrimento da

parte sobre a qual, em princípio, esse encargo não recairia mas que se mostra, para a comprovação do fato controvertido, muito mais apta do que o seu *ex adverso*), não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada que detém as provas correspondentes (e que, simetricamente, são inacessíveis ou de difícil acesso à parte contrária) e que, por isso mesmo, terá melhores condições para demonstrar haver praticado todos os atos administrativos, de sua responsabilidade, de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.²⁷

A única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei – prova puramente negativa e de natureza “*diabólica*”, de produção quase impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração, pelo ente público contratante do fornecedor de mão de obra terceirizada, de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era seu dever legal, só se poderá concluir que, naquele caso, a Administração Pública, por omissão voluntária ilícita, ensejou a violação, pelo contratado por ela selecionado por intermédio de licitação, dos direitos daqueles empregados terceirizados e, assim, causou-lhes dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta *culpa in vigilando*.

Ao assim se decidir, é preciso reiterar, com todas as letras, que não se estará responsabilizando a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos nem, muito menos, violando e negando vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (o que ficou expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC – nº 16-DF).

7. Considerações finais

O Estado Democrático de Direito que nasceu da denominada Constituição Cidadã de 1988 tem como alguns de seus princípios

²⁷ Sobre o tema, consulte-se a clássica obra do Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Carlos Alberto REIS DE PAULA: *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2001, p. 122-126 e 139-143.

fundamentais a dignidade da pessoa humana²⁸ e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do seu art. 1º), objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), com respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7º), funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e a ordem social no primado do trabalho (art. 193) e, como Estado-Juiz, tem a Justiça do Trabalho como um de seus ramos mais atuantes e como o instrumento de concretização, na esfera trabalhista, do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

Por isso mesmo, constitui intolerável contradição e indefensável paradoxo que o ramo executivo deste mesmo Estado Democrático de Direito, por meio de seus entes integrantes da Administração Pública direta e indireta e na persecução de seus interesses meramente secundários, feche os olhos à situação de absoluto desamparo e de total descumprimento dos direitos fundamentais sociais justamente daqueles trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício, ainda que por interposta pessoa, nos casos em que seus empregadores inadimplentes revelem-se incapazes de, com seu patrimônio, satisfazer aqueles débitos, e lute, com denodo, na própria Justiça, pela aplicação isolada e literal de um preceito de lei (o multicitado artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93) apenas para se furtar à responsabilidade extracontratual que decorre de sua conduta culposa, caso a caso evidenciada. Se isto ocorrer, também o direito fundamental de acesso à Justiça ou a uma tutela jurisdicional efetiva e célere que a mesma Norma Fundamental assegura a todos os jurisdicionados, inclusive a aqueles trabalhadores, será transformado, na prática, em mera promessa, vazia de conteúdo.²⁹

Conforme aqui se procurou demonstrar, é perfeitamente possível reconhecer a constitucionalidade daquele preceito da Lei de Licitações, bem

28 A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua repercussão nas decisões judiciais, veja-se, por todos, a obra da Ministra e atual Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho Maria Cristina Irigoyen PEDUZZI O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade, São Paulo: LTr, 2009.

29 Diante dos indiscutíveis preparo e tenacidade demonstrados pelos ilustres procuradores e advogados dos entes públicos demandados nos milhares de processos trabalhistas, na ADC nº 16-DF e nas reclamações que antecederam e sucederam a seu julgamento, cabe, com o devido respeito, indagar: por que eles e os dirigentes daqueles entes não dirigem os seus inegáveis talento e combatividade contra os contratados inadimplentes, após a extinção daqueles contratos de trabalho e nas correspondentes ações regressivas para reaver os prejuízos aos cofres públicos por eles causados, e, principalmente, para a prevenção desse inadimplemento, quando os contratos administrativos ainda estiverem em pleno curso e ainda for possível redirecionar as verbas públicas que, em princípio, seriam parceladamente destinadas ao contratado, para a satisfação dos direitos fundamentais sociais daqueles trabalhadores?

como interpretá-lo e aplicá-lo de forma sistemática, em perfeita harmonia com outros preceitos de lei também aplicáveis a estas controvérsias, para produzir um resultado prático muito mais consentâneo com os ditames da justiça social e com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais³⁰ – basta que se admita, como bem o fez o Supremo Tribunal Federal na decisão que proferiu no âmbito da ADC nº 16-DF, que se responsabilize subsidiariamente o ente público que se valeu de mão de obra terceirizada mas que, em cada caso, comprovadamente tenha se omitido, de forma culposa, em fiscalizar o adimplemento, pela empresa empregadora por ele contratada, das correspondentes obrigações trabalhistas.

Ao se ponderar e determinar, em casos de conflitos de normas como o aqui examinado, quais princípios, direitos e interesses devem prevalecer, o intérprete preocupado com a justa concretização dos valores constitucionais não poderá deixar de considerar os correspondentes resultados práticos dos vários e alternativos caminhos interpretativos, que decorrem de suas escolhas axiológicas e jurídicas. Esse é o desafio que, mesmo num ambiente pós-positivista, todos os aplicadores do Direito continuam a enfrentar, de maneira permanente.

Em última análise, trata-se, aqui, de escolher entre, de um lado, priorizar a defesa do interesse público secundário e apenas patrimonial dos entes públicos responsabilizados pelo pagamento dos direitos trabalhistas devidos pelos empregadores inadimplentes dos trabalhadores que atuaram, para os primeiros, como terceirizados, deixando, nesse caso, esses sem nada receber ou, de outro, atribuir à Administração Pública que, de forma comprovada, tenha contribuído, com sua conduta culposa para a impossibilidade prática de os empregadores daqueles empregados satisfazerem suas obrigações trabalhistas, a responsabilidade por estes pagamentos em caráter apenas subsidiário (ou seja, só depois de esgotadas as possibilidades de aqueles devedores principais suportarem,

30 Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais), vejam-se SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 398-406; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, op. cit., p. 246-281; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-497; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192; SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284 e MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos, op. cit., p. 169-175.

com seu patrimônio, essas execuções) e sempre com a possibilidade de ação regressiva contra aqueles fornecedores de mão de obra por eles contratados, após regular licitação.

Na primeira hipótese, a escolha será por resguardar o patrimônio do ente público, mesmo que esse, comprovadamente, tenha agido de forma culposa. Na segunda alternativa, serão priorizados e assegurados os direitos fundamentais trabalhistas daqueles trabalhadores que colocaram sua força de trabalho, ainda que por interposta pessoa, em favor do ente público que, de forma culposa, deixou de cumprir com suas obrigações legais de fiscalizar o cumprimento, a tempo e a modo, da legislação laboral pelo fornecedor de mão de obra por ele contratado, na condição de empregador dos terceirizados.

A respeito dos perigos que cercam a atividade interpretativa, em especial quando se tratar de aplicação do método da ponderação dos valores constitucionais e da técnica da proporcionalidade³¹, merece consideração a incisiva advertência do administrativista Almiro do COUTO E SILVA, que tem inteira pertinência com o problema examinado neste trabalho:

“A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, com diz Bernard Schwartz, toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade.”³²

Não se propugna, aqui, condenar, a qualquer custo, os entes públicos em questão – em todos os processos em que esses demonstrarem que cumpriram por completo os deveres legais de fiscalização a eles atribuídos pelas normas sobre licitação e contratos administrativos *retro*

31 Sobre proporcionalidade e ponderação, consultem-se, por todos, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-253; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215-295 e 297-382; BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, 2. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 111-118 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 49-118.

32 COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, Revista de Direito Administrativo, RJ: Fundação Getúlio Vargas, v. 84, p. 262.

indicadas, não será possível lhes atribuir culpa pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados, inexistindo, assim, sua responsabilidade extracontratual pelo ocorrido. Isso, porém, nada terá de negativo: se a Administração Pública brasileira passar a cumprir, com rigor, o que a legislação administrativa já determina a esse respeito, com toda a certeza o número de trabalhadores terceirizados lesados pelo descumprimento de seus direitos sociais por seus empregadores por ela contratados diminuirá substancialmente.

Por outro lado, é dever de todos os magistrados do trabalho, com base nos fatos apurados pelas instâncias ordinárias, continuarem a aplicar não apenas o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de forma isolada, literal e absoluta³³, mas também, de forma harmônica e sistemática, as demais normas infraconstitucionais (ou seja, de igual hierarquia à do referido dispositivo da Lei de Licitações) que também devem incidir sobre as controvérsias trabalhistas submetidas a seu julgamento (as quais, no caso, são os demais preceitos da mesma Lei nº 8.666/93, que estabelecem o dever dos entes públicos de fiscalizar o adimplemento, pelos empregadores, dos direitos trabalhistas daqueles que atuarem como terceirizados em seu âmbito e os artigos 186 e 927 do Código Civil, que disciplinam a responsabilidade extracontratual pela prática de ato ilícito).

Ao assim proceder, estar-se-á levando em conta, como certamente também continuará a fazer o Supremo Tribunal Federal, a necessidade de sempre assegurar, por meio das decisões judiciais, a prevalência dos valores do trabalho e da livre iniciativa, a satisfação efetiva dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores brasileiros e a concretização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional consagrados pela Constituição Democrática de 1988.

REFERÊNCIAS

33 Ao contrário do que erroneamente sustentam os entes públicos condenados como responsáveis subsidiários pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra por eles contratados após regular licitação, a não aplicação do disposto no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 para, de forma automática e absoluta, absolvê-los dessa responsabilidade extracontratual não significa negar vigência a esse preceito legal nem, muito menos, considerá-lo inconstitucional. Significa, tão somente, que outros dispositivos legais de idêntica hierarquia e igualmente incidentes sobre essas controvérsias submetidas a julgamento acarretam e justificam tais condenações.

Humberto ÁVILA, em sua consagrada obra *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42-45, sustenta essa inaplicabilidade, em certos casos e circunstâncias, da lógica do “tudo ou nada” também às regras (como é o caso do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93), que também devem ter seu rigor e seu alcance condicionados e limitados por princípios ou por outras regras. Acrescenta ele que o caráter absoluto de uma regra pode ser completamente modificado a partir da apreciação das circunstâncias do caso concreto, pois o texto normativo não informa o modo de aplicação que, pelo contrário, decorre das conexões axiológicas construídas no desenrolar do processo de interpretação.

ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. São Paulo: LTr 60-05/587-590, maio de 1996.

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

AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de; TORRES, Marcos Souza e Silva. *Terceirização e direito comparado*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira;

DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 138-162.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da súmula nº 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização*, in *Revista Trabalhista: direito e processo*, nº 37, janeiro/março 2011, São Paulo: LTr, p. 93-114 e in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, nº 07/2011, p. 35-42.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 84.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 10. ed., 2011.

FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto

Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 81-118.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *Art. 70 da lei nº 8.666/93 e súmula nº 331 do c. TST: poderia ser diferente?*, in *Revista Trabalhista: direito e processo* nº 37, janeiro/março 2011, São Paulo: LTr/ANAMATRA, p. 133-141.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. In:

LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-253.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2001.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*, São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

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

_____. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Responsabilidade da administração pública nas terceirizações*, in LTr 75-03/271-275, mar. 2011.

VALENTE, Mônica. *A terceirização nos serviços públicos: trabalho decente e serviço público de qualidade*. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (orgs.). *Terceirização no Brasil – do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*, São Paulo: Annablume, 2009, p. 103-126.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula nº 331 do TST – novos enfoques*, in LTr 75-03/282-295, mar. 2011 e in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 1, nº 1, jan./mar. 2011, p. 54-84.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3. ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

Publicado originalmente na revista trabalhista *Direito e Processo*, ano 1, v. 1, n. 1 (jan./mar. 2002), Brasília: Anamatra/Rio de Janeiro: Forense, pp. 15-42

Artigos

Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

Doutor em Direito pela USP, Professor Livre-Docente de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da USP; Juiz do Trabalho titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí e membro da Associação Juízes para a Democracia.



A sociedade brasileira está tendo a oportunidade de ver o que representa o processo de terceirização, sobretudo no setor público, a partir da realidade vivenciada – mais uma vez, infelizmente, na Universidade de São Paulo. Esta é uma situação muito triste, mas, ao mesmo tempo, grandiosa, ao menos por quatro aspectos: primeiro, porque os trabalhadores terceirizados estão tendo visibilidade (logo eles que estão por aí nos ambientes de trabalho como seres invisíveis); segundo, porque eles próprios estão se reconhecendo como cidadãos e estão demonstrando possuir, ainda, capacidade de indignação frente à injustiça; terceiro, porque os demais trabalhadores e cidadãos estão tendo a chance de exercitar um sentimento essencial da condição humana, a solidariedade; e, quarto, porque aos profissionais do direito está sendo conferido o momento para questionar os aspectos jurídicos que conduziram à presente situação. O fato é que a terceirização é, antes de tudo, um fenômeno criado pelo direito, tendo, portanto, o direito toda a responsabilidade quanto às injustiças que tal fenômeno produz.

A Universidade de São Paulo, como tantos outros entes públicos e privados, achou por bem contratar uma empresa para a realização dos serviços de limpeza no âmbito de suas unidades de ensino. E se assim fez é porque considerou que o direito lhe permitia fazê-lo. Tratando-se de um ente público a contratação se fez, por determinação legal, por meio de licitação.

Ocorre que, respeitando-se a lógica do procedimento em questão, quem sai vencedor da licitação é a empresa que oferece o menor preço – não sendo muito diferente o que se passa no âmbito das relações privadas.

Pois bem, o que se extrai desse contexto é a conseqüente lógica da precarização das garantias dos trabalhadores, pois há a transferência da responsabilidade de uma empresa economicamente sólida ou de um ente público para uma empresa que não possui, necessariamente, nenhum

[...] Os “terceirizados”, assim, tornam-se em objetos de contratos e do ponto de vista da realidade, transformam-se em seres invisíveis. E isso não é mera figura de retórica”.

lastro econômico e cuja atividade não vai além de organizar a atividade de alguns trabalhadores e lhes repassar o valor que lhe seja pago pelo ente contratante dos serviços, o qual, ademais, não faz mesmo questão de saber se o valor pago vai, ou não, fragilizar o ganho dos trabalhadores, pois que vislumbra destes apenas o serviço prestado, sendo certo que considera, por óbvio, a utilidade de obter esse serviço pelo menor preço possível.

Do ponto de vista dos trabalhadores terceirizados as conseqüências dessa situação vão muito além da mera precarização das garantias do trabalho, significando mesmo uma forma de precarização da sua própria condição humana, vez que são desalojados do contexto da unidade em que prestam serviços. Os “terceirizados”, assim, tornam-se em objetos de contratos e do ponto de vista da realidade, transformam-se em seres invisíveis. E isso não é mera figura de retórica, pois a maior forma de alguém ver reduzida a sua condição de cidadão é lhe retirar a possibilidade concreta de lutar pelo seu direito e é isso, exatamente, o que faz a terceirização.

Vejamos esta afirmação a partir do exemplo da USP. O ente público contratou a empresa União, para uma prestação de serviços durante 05 (cinco) anos e o fez a partir do pressuposto do menor preço. Para extração de seu lucro, a empresa União, diante do valor que lhe era pago mensalmente, em diversas ocasiões deixou de cumprir os direitos dos trabalhadores e a Universidade de São Paulo bem sabia disso.

A situação em questão está documentada no Termo de Ajuste de Conduta n. 94, firmado pela referida empresa perante o Ministério Público do Trabalho (PRT – 2ª. Região), em 2007, pelo qual se comprometeu a fornecer vale-transporte aos trabalhadores, a efetivar os depósitos do FGTS e a recolher a contribuição previdenciária, assim como no Inquérito Civil, instaurado no âmbito do Ministério Público do Trabalho (PRT – 2ª. Região), em novembro de 2010, para apurar novas irregularidade cometidas pela empresa em questão com relação aos trabalhadores que executam seus serviços na USP, sobretudo no que tange denúncias de assédio moral, ameaças aos empregados e transferências com propósito de retaliação, seguindo, inclusive, reportagem elaborada no próprio “Jornal do Campus” e no Termo de Ajuste de Conduta n. 2.139, firmado também junto ao Ministério Público do Trabalho (PRT – 2ª. Região), em abril de 2011, desta feita para que a empresa União assumisse o compromisso de respeitar o intervalo legal de 11 (onze) horas entre duas jornadas de trabalho dos trabalhadores “terceirizados” em atividade na USP.

Ou seja, o que se passou a partir de 05 de abril de 2011, quando os trabalhadores da empresa União já estavam cumprindo aviso prévio, em razão do término do contrato de prestação de serviços entre dita empresa e a USP, vencido o prazo de 05 (cinco) anos, já era uma tragédia anunciada. Ora, como uma empresa que durante todo o curso do contrato de prestação de serviços se viu, de certo modo, “obrigada”, diante do valor do que lhe era repassado pela USP, nos termos do contrato, a eliminar direitos dos trabalhadores, tais como “vale-transporte”, teria condições financeiras de arcar com os custos legais do término de 400 relações de emprego?¹ E olha que os exemplos apresentados de descumprimento da legislação não indicam as situações individualizadas, que de fato existem, de supressão de férias e exercício de trabalho em horas extraordinárias, fato que, ademais, é possível razoavelmente supor a partir do próprio conteúdo do Termo de Ajuste de Conduta, firmado em abril de 2011 (acima citado), pois para que haja supressão do intervalo de 11 horas, ou o empregado trabalhava além de oito horas por dia ou tem que se submeter a um revezamento de horário que pode lhe integrar a novo regime de limitação da jornada.

Cumpra esclarecer, ainda, que, segundo versão da Empresa Limpadora União, expressa em nota pública, a Universidade de São Paulo já estava lhe pagando apenas 70% da nota de serviços há quatro meses e, em março/11, Conforme os dados que vieram a público, a USP depositou em juízo 30% do valor da prestação mensal devida à empresa prestadora pelos serviços contratados de limpeza, que inclui mão-de-obra de cerca de 400 empregados e material de limpeza. Os 30% representaram, conforme consta do processo n. 0008336-48.2011.8.26.0053, com trâmite na 8ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no qual o depósito foi realizado, a importância de R\$146.493,43. Isso significa dizer que o valor total da prestação mensal é de R\$488.311,43, o que se demonstra totalmente insuficiente para o pagamento sequer dos cerca de 400 empregados, ainda mais se considerarmos que do pagamento em questão a empresa prestadora retira ainda valores necessários à compra de material de limpeza, tributos e, por óbvio, o seu lucro. A matemática é implacável: o salário desses trabalhadores é, em geral, o salário mínimo, qual seja, R\$545,00 e segundo o professor da FEA/USP, José Pastore, “Em decorrência da legislação, as empresas pagam cerca de 102% sobre o valor do salário” (*Emprego e encargos sociais*, artigo publicado em **O Jornal da Tarde**, 09/02/1994), acrescentando, ainda, que “O custo da rescisão do contrato de trabalho é elevado, podendo chegar a 2 salários (em alguns

1. Não há precisão quanto a este número, dada a absoluta falta de transparência quanto aos termos do contrato firmado entre a USP e a Empresa Limpadora União (pela internet só se consegue saber que o contrato foi firmado no PROCESSO: TC-016602/026/06).

[...] Cumpre não olvidar que estamos falando de pessoas que recebem salário mínimo, cujo montante, portanto, é estritamente alimentar".

casos, até mais)." (Idem, *Relações de trabalho - flexibilizar para sobreviver*, artigo publicado em **A Folha de São Paulo**, 21/04/1990). Assim, chegar-se-ia ao custo total mensal de R\$440.360,00, a título exclusivo de mão-de-obra, isto sem considerar a custo do material de limpeza para 10 (dez) unidades, os tributos e o lucro da empresa prestadora, além do custo adicional das rescisões.

Resta claro, pois, que o desrespeito aos direitos trabalhistas está inserido no contexto da terceirização operada, o que, aliás, não é um privilégio da situação em exame. A precarização trata-se, como se verifica em diversas outras experiências, da própria lógica do fenômeno, proporcionando, até mesmo, o exercício, de forma natural, da perversidade, pois, afinal, como se verifica na situação em comento, não pode mesmo ser outro o sentimento que inspira a Administração da Universidade ao engendrar uma "saída" jurídica para mais adiante tentar se desvencilhar de qualquer obrigação perante os direitos dos trabalhadores terceirizados, não tendo, para tanto, a menor preocupação com o que se passará na vida dessas pessoas sem o concreto recebimento do salário e a perda do emprego seguida do não recebimento de verbas rescisórias. Se pessoas vão, de fato, passar necessidade isso não lhe importa; o que vale mesmo é defender o "interesse público" de sugar as forças de pessoas sem qualquer comprometimento jurídico ou humanístico.

Cumpre não olvidar que estamos falando de pessoas que recebem salário mínimo, cujo montante, portanto, é estritamente alimentar.

E sabem o que dirão os Administradores da USP? Dirão que estão agindo em conformidade e nos limites da lei e que não podem, "infelizmente", por mais que compreendam os dilemas humanos dos "terceirizados", fazer algo a respeito. Dirão, ainda, que o que podiam fazer já fizeram, que foi efetuar o pagamento do valor contratualmente fixado, mediante depósito judicial. A empresa prestadora, por sua vez, dirá que o problema não é seu, pois só não efetuou o pagamento do salário por conta do procedimento adotado pela Universidade...

No jogo de empurra, resta aos terceirizados esperar a boa vontade de alguém, que não virá! O final da história já se sabe: se receberem os salários, sabe-se lá quando, não receberão, por certo, a integralidade de suas verbas rescisórias e se verão obrigados a ingressar na Justiça para o recebimento de tais valores, o que, com otimismo, deve levar dois ou três anos, a não ser que aceitem receber menos do que tem direito mediante um "acordo", no qual conferirão "quitação" de todos os seus demais eventuais direitos, até porque, como apregoa o Supremo Tribunal Federal, "conciliar

é legal". E tudo se acertará, sem muitos incômodos... Afinal, por que se preocupar tanto com direitos de terceirizados que já estão acostumados com essa situação?

Por oportuno, vale o registro de que alguns empregados terceirizados, que vivenciaram a mesma situação, em 2006, ao término do contrato de outra empresa de terceirização, não receberam até hoje os seus direitos, como se verifica no Processo nº 01654200501802000, com trâmite no TRT da 2ª. Região (18ª. Vara), no qual são partes: Reclamante: Érica Rodrigues da Silva e Reclamadas: Bioclean Serviços Ltda. e IPEN - Instituto de pesquisas Energéticas e Nucleares (Autarquia Estadual vinculada à USP). A reclamação trabalhista em questão, movida em 2005, ainda não resultou no recebimento de qualquer valor por parte da reclamante, embora a sentença lhe tenha sido favorável, sendo mantida pelo Tribunal Regional. Ocorre que o IPEN interpôs Recurso de Revista, seguido de Agravo de Instrumento, para tentar levar o processo ao Tribunal Superior do Trabalho, talvez na tentativa de se ver livre de qualquer obrigação perante à Sra. Érica Rodrigues da Silva, vislumbrando, até mesmo, no caso de insucesso, recorrer ao Supremo Tribunal Federal, seguindo a "moderna" jurisprudência daquela Corte a respeito do assunto. A propósito, só para constar: a empresa Bioclean Serviços Ltda. possui processo de Falência (n. 0834106-14.2007.8.26.0000/02 - 000.05.092909-7/00002), em trâmite na 2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais...

Assim, não se pode deixar de considerar que há um grande risco, na verdade, uma quase certeza, de que os trabalhadores terceirizados jamais receberão os seus direitos, pois segundo o entendimento de "vanguarda" do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, inexistente responsabilidade do ente público pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras de serviço na terceirização, a não ser nas situações em que se consiga fixar, em concreto, a culpa do ente público no que tange ao inadimplemento das obrigações trabalhistas. Só que a considerar a estratégia utilizada pela USP, de depositar em juízo parte dos valores que devia repassar à empresa terceirizada, sob o argumento de que esta tinha dívidas com o Estado, não é difícil imaginar a dificuldade que os trabalhadores terão em apontar a culpa da Universidade.

É interessante perceber que esse efeito fático, de deixar os terceirizados literalmente na mão, provocado pela decisão do STF na já famosa ADC n. 16, tem sido encarado como uma "vitória" pelos entes públicos, como anuncia a nota da Procuradoria Geral do Distrito Federal: "A Procuradoria-Geral do Distrito Federal obteve vitória hoje à tarde, em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, referente à Ação

Declaratória de Constitucionalidade nº 16, referente ao artigo 71, da Lei nº 8.666/93. A decisão afasta em definitivo a responsabilidade do Poder Público em relação a qualquer débito trabalhista e fiscal das empresas contratadas. Importa destacar que esta decisão implica a economia de milhões de reais para os cofres distritais, já que existem mais de 4 mil ações judiciais em quais o Distrito Federal foi condenado a arcar com dívidas de empresas que prestaram serviços ao ente federativo. A importância do tema se revela na medida em que todos os estados-membros, a União e diversos municípios se uniram à iniciativa pioneira do DF em propor a ADC.²

Aliás, é mesmo impressionante a quantidade de entes públicos que interferiram como “amigos” do Distrito Federal na referida Ação Direta de Constitucionalidade acerca do art. 71, da Lei n. 8.666/93, quais sejam: Departamento de Trânsito do Estado do Pará; Município de Belo Horizonte, Município de Jundiaí/SP, Município de Arcoverde, Município do Rio de Janeiro, Município de São Paulo, Município de Juiz de Fora, Município de Santo André, Município de Goiânia, Município de Boa Vista, Município do Recife, Município de Belém, União Federal, Estados do Amazonas, Alagoas, Bahia, Ceará, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rondônia, Sergipe, São Paulo e Tocantins).

Essa situação revela que, de fato, estão todos unidos contra os “terceirizados”, pois, afinal, segundo se quer acreditar, talvez seja a concessão de direitos aos terceirizados o que trava o desenvolvimento do país...

Não pode haver dúvida: o entendimento do Supremo será utilizado para enterrar, de vez, os direitos dos trabalhadores terceirizados. E se dirá: não há injustiça nenhuma nisso, pois tudo tem o respaldo do Direito!

O problema é que não tem.

Como dito pelo Ministro Peluso, na mesma Ação Direta de Constitucionalidade, a terceirização no serviço público não tem amparo constitucional. De fato, não há um dispositivo constitucional sequer a autorizar o ingresso na realização de serviços essenciais ao ente público se

2. Nota do Gabinete da PGDF. In: http://www.apdf.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=68:vitoria-da-pgdf-na-adc-16-afasta-a-responsabilidade-do-estado-pelo-pagamento-de-debitos-de-empresas-terceirizadoras-de-mao-de-obra&catid=18:noticias&Itemid=36, acesso: em 14/04/11.

não for por meio de ingresso por concurso público, salvo em situações de excepcional interesse público em caráter temporário.

Dizem o art. 37 e seus incisos I e II da CF: “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: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; 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.”

Têm-se, assim, expressamente, fixados na Constituição os requisitos antes mencionados, para a execução de serviços públicos: impessoalidade; publicidade; moralidade; acesso amplo; concurso público; tudo para evitar os defeitos por demais conhecidos do favorecimento, do nepotismo e da promiscuidade entre o público e camadas privilegiadas do setor privado.

Resulta desses dispositivos que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. Nestes termos, a contratação de pessoas, para prestarem serviços à Administração, por meio de licitação fere o princípio do acesso público. Assim, se, por exemplo, algum município quiser contratar um servidor, deverá fazê-lo mediante realização de concurso público de provas e títulos, que será acessível a todos os cidadãos, respeitados os requisitos pessoais exigidos em termos de qualificação profissional, por acaso existentes e justificados em razão do próprio serviço a ser realizado. Ao se entender que o mesmo município possa realizar esse mesmo serviço por meio de uma empresa interposta, estar-se-á, simplesmente, dando uma rasteira no requisito do concurso público e mais permitindo o favorecimento de uma pessoa jurídica, que, no fundo, estará recebendo dinheiro público, sem uma justificativa para tanto.

Claro, se poderá dizer que há previsão, também na Constituição, no inciso XXI, do mesmo artigo 37, no sentido de que o ente público poderá contratar serviços mediante processo de licitação: “XXI - 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 qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

É tão óbvio que a expressão “serviços” contida no inciso XXI não pode contrariar a regra fixada nos incisos I e II, que chega mesmo a ser agressivo tentar fundamentar o contrário. Ora, como já dito, se um ente público pudesse contratar qualquer trabalhador para lhe prestar serviços por meio de uma empresa interposta se teria como efeito a ineficácia plena dos incisos I e II, pois que ficaria na conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto, a qual se incumbiria de escolher, livremente, a partir dos postulados jurídicos de direito privado, as pessoas que executariam tais serviços.

O inciso XXI, evidentemente, não pode ter tal significação. Tomando o artigo 37 em seu conjunto e mesmo no contexto do inciso XXI, em que se insere, o termo “serviços” só pode ser entendido como algo que ocorra fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigência da própria administração, como por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento. Para esses serviços, o ente público poderá contratar, por prazo certo, uma empresa especializada, valendo-se, necessariamente, de processo de licitação.

Não se pode entender, a partir da leitura do inciso XXI, que o ente público, para implementar uma atividade que lhe seja própria e permanente, possa contratar servidores por meio de empresa interposta, até porque, se pudesse, qual seria o limite para isto? Afinal, *serviço* é o que realizam todos os que trabalham no ente público. O que fazem os juízes, por exemplo, senão a prestação de serviços ao jurisdicionado?

Costuma-se dizer que a “execução de tarefas executivas”³, como, por exemplo, os serviços de limpeza, podem ser executados por empresa interposta, baseado no que prevê um decreto de 1967, número 200 e em uma Lei de 1970, número 5.645. Em primeiro lugar, um decreto e uma lei ordinária não podem passar por cima da Constituição, ainda mais tendo sido editados há mais de 40 anos atrás. Segundo, a Constituição não faz qualquer distinção quanto aos serviços para fins da necessidade de concurso público. Mesmo a contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, deve ser precedida de pelo menos um processo seletivo. E, terceiro,

3. Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, Atlas, São Paulo, 1999, p. 168.

como justificar que os serviços de limpeza possam ser exercidos por uma empresa interposta e não o possam outros tipos de serviço realizados cotidianamente na dinâmica da administração, como os serviços burocráticos de secretaria e mesmo todos os demais?

Se nos “serviços” a que se refere o inciso XXI pudessem ser incluídos os serviços que se realizam no âmbito da administração de forma permanente não haveria como fazer uma distinção entre os diversos serviços que se executam, naturalmente, na dinâmica da administração, senão partindo do critério não declarado da discriminação. Mas, isto, como se sabe, ou se deveria saber, fere frontalmente os princípios constitucionais da não discriminação, da isonomia, da igualdade e da cidadania.

Vale a pena, por isto, lembrar alguns textos constitucionais que devem ter incidência neste assunto, pois não é somente um pretensão interesse do administrador que pode ser considerado:

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: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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: (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Retomando, a normatividade interna e o aspecto da abrangência da expressão “serviços”, contida no inciso XXI, do art. 37, da Constituição, interessante verificar que a própria Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o processo de licitação, considera, para fins da referida lei, “Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais” (inciso II, do art. 6º.), pressupondo o seu caráter temporário, conforme previsão do art. 8º.: “A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus *custos atual e final* e **considerados os prazos de sua execução.**”

Verdade que na mesma lei, encontra-se o inciso II, do artigo 57, que ao dispor do limite da duração dos contratos firmados com a Administração por meio de processo licitatório faz menção, excepcionando a regra, “à prestação de serviços a serem executados de forma contínua” à Administração. Mas, em primeiro lugar, referido dispositivo foi inserido na Lei em 1998, alterando inovação do texto legal realizada, em 1994, talvez no sentido de legitimar algumas práticas de terceirização já existentes no setor público, só que, evidentemente, não há legitimação de uma situação fática que contrarie a Constituição. Como a Constituição, como visto, determina que os serviços atinentes à dinâmica da Administração sejam realizados por servidores concursados, não será uma lei ordinária que dirá, validamente, o contrário.

Assim, adotando-se o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, o serviço contínuo, referido no inciso II, do art. 57, da Lei n. 8.666/93, só pode ser entendido como um serviço que se preste à Administração, para atender uma necessidade cuja satisfação exija alta qualificação de caráter técnico, requerendo, portanto, por meio de processo licitatório, a contratação de uma empresa especializada e que, embora permanente sua execução, se inclua na lógica do contexto de sua dinâmica organizacional apenas esporadicamente, como, por exemplo: a manutenção de elevadores; o transporte de valores em vultuosa quantia... Para além disso ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade.

Verdade que o artigo 175, também da Constituição, fornece ao administrador a possibilidade de escolha no que se refere aos serviços públicos. Diz o referido texto constitucional: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **concessão** ou **permissão**, sempre através de licitação, a **prestação de serviços públicos.**”

No entanto, não se há confundir os “serviços” mencionados no inciso XXI, com serviço público. O serviço público, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados”⁴.

Os “serviços públicos”, mencionados no artigo 175, têm, portanto, natureza diversa dos “serviços” a que se referem o inciso XXI, do art. 37. Os serviços públicos são prestados aos administrados e não à própria administração. A execução desses serviços públicos pressupõe, por óbvio, a criação de uma estrutura que seja própria a consecução de seus fins e que requer, portanto, o exercício de alguma atividade de natureza empresarial, que o Estado pode realizar por si ou mediante outorga a um ente privado, mediante licitação. Não se concebe, pela regra do art. 175, que o Estado transfira para o particular um serviço atinente à sua própria organização interna ou mesmo um serviço que se destine à população, mas que não requeira nenhum tipo de organização de caráter empresarial, pois neste último caso, a interposição do ente privado se faria apenas para possibilitá-lo explorar, economicamente, a atividade pública, sem oferecer nada em troca. Esta última questão pode ser mais polêmica, concordo, mas de todo modo não pode haver dúvida de que o art. 175 não é fundamento para a mera terceirização de serviços no âmbito da administração pública.

Contra a “tese” que se está sustentando neste texto pode-se, ainda, mencionar o disposto no artigo 247 da Constituição: “As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva **atividades exclusivas de Estado.**”

Assim, segundo a própria Constituição haveria uma distinção entre as atividades desenvolvidas no âmbito da Administração, sendo algumas consideradas “atividades exclusivas de Estado” e, outras, conseqüentemente, não.

Sim, isto é inquestionável, diante dos inequívocos termos do dispositivo constitucional. No entanto, abstraindo a dificuldade do que seria, propriamente, atividade exclusiva de Estado, o fato é que a diferenciação feita pela Constituição diz respeito, unicamente, aos critérios específicos para a “perda do cargo”, não tendo, portanto, nenhuma influência no aspecto do ingresso no serviço público, do que se trata a questão posta

4 Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 634.

em discussão. Aliás, é o próprio artigo 247 que acaba reforçando a idéia de que o ingresso de todos os servidores da Administração, independente da tarefa que exerçam, se dê por intermédio de concurso público, pois, do contrário, não haveria sentido em trazer a distinção quantos aos critérios para a perda do cargo.

Conclusivamente, não há em nosso ordenamento constitucional a remota possibilidade de que as tarefas permanentes e constantes que façam parte da dinâmica administrativa do ente público serem executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta. A chamada terceirização, que nada mais é que uma colocação da força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras, por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra, na esfera da Administração Pública, trata-se, portanto, de uma prática flagrantemente inconstitucional.

E aí é que mora a maior gravidade do presente assunto. Desrespeita-se, frontalmente, a Constituição ao se efetuar a contratação de trabalhadores, no setor público, por intermédio da terceirização e, depois, constatada a precarização dos direitos desses trabalhadores, que está na própria lógica do fenômeno, busca-se permitir ao ente público valer-se do “direito” para se eximir de responsabilidade, como se este fosse, de fato, o interesse público. Mas, o que sobressai não é a razão jurídica e sim a pura maldade, que tem, pesarosamente, adquirido inúmeros adeptos no mundo do “direito”.

Voltando ao caso da USP, sabem o que a Administração da Universidade promoveu no momento em que os trabalhadores terceirizados paralisaram suas atividades como forma política de pleitearem o recebimento de seus salários? A USP contratou, em caráter de urgência, outra empresa de prestação de serviços, demonstrando, claramente, como estava “preocupada” com a situação humana dos terceirizados! E as contradições, então, emergem ainda mais. Ora, se o argumento da terceirização dos serviços de limpeza parte do pressuposto de que a atividade de limpeza não é essencial à dinâmica da Universidade, como a Universidade não consegue prosseguir suas atividades, durante um só dia, sem o serviço de limpeza?

Cumpramos observar que, em concreto, o que a Universidade fez foi frustrar o direito de greve dos trabalhadores terceirizados, sendo certo que a lei de greve impede a contratação de trabalhadores durante o período da paralisação dos serviços. Bem verdade que, do ponto de vista estritamente legal, os terceirizados não estavam, tecnicamente, em greve, vez que o movimento não foi deflagrado pelo sindicato que os representa.

Isso, no entanto, não retira a legitimidade do movimento, pois, ademais, os terceirizados não estavam em busca de melhores condições de trabalho, que é o objeto de uma greve, e sim exercendo o direito de não cumprirem a sua obrigação contratual de prestar serviços enquanto as partes contrárias não cumprissem a parte que lhes cabia, que era a do pagamento do salário em face de um serviço já executado.

Resumo da ópera: os cerca de 400 trabalhadores terceirizados da USP não receberão seus salários e perderão seus empregos sem o conseqüente recebimento das verbas rescisórias, isto sem falar em outros direitos que possam não lhes ter sido pagos no curso das respectivas relações de emprego. Essa situação, que, ademais, representa a história de milhões de trabalhadores terceirizados brasileiros, não agride a consciência de ninguém que não se sinta inserido nela. Aliás, a perspectiva de análise sobre o tema em questão tem sido a do tomador dos serviços, unindo-se as inteligências nacionais a serviço da proteção do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) em face dos “ameaçadores” direitos dos terceirizados.

Talvez o que falta, para uma melhor análise jurídica do fenômeno, seja uma efetiva compreensão do que se passa na vida dessas pessoas e quem sabe a presente greve dos terceirizados da USP possa se constituir uma oportunidade para tanto. Com vistas a contribuir para essa reflexão, permitam-me fazer o relato da recente experiência que vivi em “meio dia como terceirizado”.

No dia 11 de abril, diante da notícia de que os trabalhadores terceirizados da USP haviam entrado em greve, compareci no Campus para compreender a situação. No local, fui convidado pelos trabalhadores para integrar uma comissão de 10 (dez) trabalhadores que queriam conversar com representantes da USP, para que lhes fosse passada uma posição a respeito de seus salários e demais direitos. A comissão restou formada por volta das 8h, quando, então, foi transmitida a informação aos representantes da Universidade o propósito da comissão. Pediram-nos, em resposta, que aguardássemos e assim fizemos...

Enquanto isso, fui conhecendo um pouco mais aquelas pessoas e as suas dificuldades. Muitos estavam mesmo desesperados, sem saber como fariam se os salários não lhes fossem pagos o quanto antes. Eles não se conformavam com a situação. Não entendiam como aquilo poderia estar ocorrendo dentro da maior Universidade do país. Sua indignação advinha, sobretudo, do fato de que eram constantemente assediados pelos supervisores, que lhes exigiam, com bastante rigor, a execução regular de

suas tarefas e o cumprimento de horários e demais obrigações e, agora, os mesmos rigores não serviam ao seu empregador e à Administração da Universidade quanto ao respeito de seus direitos. Diziam, com frequência: “Comparecemos aqui todos os dias a partir das 5h e 30’, cumprimos todas as nossas tarefas sob ameaças e coações de todo tipo, e, agora, eles simplesmente não pagam nossos salários nem aparecem para nos dar explicações!” Os supervisores, aliás, estavam por ali, passando as mesmas dificuldades dos demais...

Conheci histórias de diversos deles, relatando a supressão de direitos, como a que atingia alguns que se encontravam já há dois anos sem tirar férias, mas a de uma, em especial, me chamou a atenção. Esta trabalhadora (a Sra. Moura) estava atuando na USP, na condição de faxineira, há 17 (dezessete) anos, tendo passado por diversas empresas de prestação de serviços. Ela não se via, por óbvio, como empregada da empresa de prestação de serviços, que era plenamente transitória em sua relação com a USP e cujos proprietários sequer conhecia. O seu vínculo era com a Universidade, a qual conhece como poucos, conforme os relatos que me fez... Passei a perceber, então, que este era um sentimento comum. Em geral, eles consideravam que faziam parte da Universidade, com a peculiaridade marcante de que não se vinculavam a uma unidade específica, conhecendo a dinâmica de várias delas. Claro, a visão deles era periférica, já que não tinham, em quaisquer das unidades, uma reciprocidade. Em concreto, os servidores, professores e alunos dos vários locais onde trabalhavam não lhes conheciam. Seu contato era restrito com os responsáveis pelo serviço de limpeza.

A conversa ia bem, até que percebi que já estávamos há mais de três horas esperando. Dirigi-me, então, acompanhado dos membros da comissão, à entrada do prédio da Administração da Universidade e qual não foi minha surpresa ao ver a montagem de um forte aparato de proteção contra a nossa presença no local. Queríamos entrar para ficar na sala de espera até o momento de sermos atendidos, pois já estávamos cansados de ficar sentados no chão do lado de fora do prédio, mas as portas estavam fechadas para nós, mediante a presença de seguranças. Pouco adiantava eu dizer que aquele era um prédio público e que eu e “meus companheiros” tínhamos solicitado uma audiência. Os seguranças pouco se importavam. Tinham ordens expressas para impedir a nossa entrada e o faziam de forma violenta se fosse necessário, pelo que pude perceber quando ameacei forçar um pouco a barra...

Em meio a tudo isso, servidores da Unidade em questão entravam para trabalhar e sequer nos olhavam. Era como se não existíssemos e

quando percebiam nossa presença sentiam-se incomodados. Lá pelas tantas, já um pouco cansado, indaguei a um servidor, que buscava entrar no prédio, se ele não se importava com o que estava se passando com os terceirizados. Ele disse-me, simplesmente, que “as pessoas hoje em dia estão muito individualistas...”

Depois de muita insistência, veio uma ordem lá de dentro no sentido de que eu poderia entrar. Quando me dirigi à entrada, junto com um trabalhador terceirizado que ainda estava comigo (o Sr. André), pois os demais já haviam desistido, fomos novamente barrados, sob alegação do segurança de que eu poderia entrar, mas o terceirizado não. Aquela discriminação doeu forte e decidimos não entrar...

Passadas mais de 05 (cinco) horas, resolveram nos atender. Exigiram, no entanto, uma redução do número dos membros da comissão para três e indicaram, estrategicamente, um local para tanto bastante distante daquele onde nos encontrávamos. Aceitamos assim mesmo e quando, enfim, fomos atendidos, as explicações foram aquelas já relatadas acima, as quais, duas horas depois, repassamos aos demais trabalhadores (e fui, pessoalmente, questionado, com certo veemência, pelos manifestantes, como se parte da culpa por aquela situação fosse minha...) Foram, assim, cerca de 07 (sete) horas de espera para ter informação sobre o problema e os esclarecimentos foram, traduzidos para o bom português, no sentido de que a Universidade não poderia fazer nada por eles. Não havia nenhuma perspectiva de que os seus salários fossem efetivamente pagos.

Enquanto isso, alguns alunos e professores de uma dada unidade começaram a se mobilizar para manter a Faculdade limpa para o devido funcionamento, buscando demonstrar que os meus companheiros não faziam falta. Eles percebiam isso e se incomodavam profundamente, como se incomodavam, também, ao ver outros trabalhadores chegando para ocuparem os seus lugares, mediante contratação da nova empresa de prestação de serviços que fora chamada, em regime de urgência, pela Universidade. Esse autêntico desprezo pela sua causa lhes doía ainda mais forte...

Extenuado, por volta das 17h, fui embora. Mas, cumpre perceber. Eu fui embora e meu “meio dia como terceirizado” teve fim. Cheguei em casa e almocei. Meus filhos já haviam almoçado e estavam cuidando dos seus interesses. Minha conta-corrente tinha saldo mais que suficiente para as minhas necessidades e da minha família. Ou seja, bastou que eu me sentisse cansado para que deixasse aquela realidade. Mas, e os terceirizados? Eles, simplesmente, não tinham condições de fazer o que eu

fiz, vez que estavam condenados a continuar vivendo aquela que é, afinal, a sua vida, sem possibilidade concreta de fuga. No dia em que escrevo este texto, madrugada do dia 18 (segunda-feira), ou seja, uma semana depois, a situação daquelas pessoas só piorou e imagino como estejam se sentindo... Consigo visualizar a situação porque sei seus nomes, conheço seus rostos e um pouco de suas vidas, o que, ademais, tem me impedido de fingir que nada esteja se passando de muito grave com aquelas pessoas.

Mas, minha angústia aumenta ainda mais quando tenho que admitir que é, afinal, a forma como o Direito tem sido aplicado o que dá alimento para essa situação. Como defensor do Direito do Trabalho e das instituições jurídicas estatais, vendo essa realidade justificada pelo Direito, o que sinto é uma profunda tristeza e a minha única vontade é a de terminar esse texto abominando as estruturas estatais e me declarando “inimicus curiae” da ordem jurídica e de todos que a utilizam para o fim de justificar a situação pela qual passam os terceirizados. Mas, como se diz, sou brasileiro, e brasileiro não desiste nunca! Fora, ademais, mais essa lição que apreendi do contato que tenho tido com aquelas pessoas desde então...

Além disso, os meus amigos terceirizados merecem que me esforce para lhes dar uma resposta que possa constituir, de alguma forma, um alento para a situação a que foram submetidos.

Aos terceirizados, aos quais esse texto é dedicado, cumpre, então, dizer:

- a) mantenham-se mobilizados, exercendo a sua capacidade de organização, advinda da indignação e do sentido de cidadania, que se alimenta pela luta por direitos;
- b) nesta mobilização, atuem de forma pacífica, não cometendo nenhum ato de agressão do patrimônio alheio, isto para que não sofram ainda mais, na medida em que no primeiro deslize a espada da lei, que não pesou sobre quem não lhes pagou salários, será, por certo, debruçada sobre seus esqueletos;
- c) não tenham esperança de que seus salários serão pagos em curto espaço de tempo e tampouco suas verbas rescisórias. Tudo se arranja para que vocês sejam forçados a ingressar

com ações na Justiça do Trabalho, onde, depois de meses, lhes será proposto um acordo para recebimento de parte de seus direitos, em suaves parcelas, com quitação de todos os eventuais direitos que lhes possam ter sido suprimidos durante o curso da relação de emprego, isto se, seu empregador, a empresa prestadora de serviços, não pedir falência e nada lhe pagar, concretamente;

d) a Universidade de São Paulo em nenhum momento vai descer de seu pedestal para dialogar com vocês, reconhecer seus direitos e muito menos lhes pagar, diretamente, o que vocês tem direito;

e) diante do pressuposto jurídico, estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, e em conformidade com a estratégia jurídica já assumida pela Universidade, a possibilidade de se chegar à declaração da responsabilidade da USP pelo adimplemento de seus direitos, mesmo daqui há vários anos, é bastante restrita, o que lhes impõe sério risco de não receberem, agora ou depois, nenhuma verba de natureza estritamente trabalhista.

O que fazer, então? Primeiro, tentar por todos os meios, lícitos, sobreviver: arrumar novo emprego; manter os “bicos” em que geralmente se envolvem e organizar um fundo de greve, buscando atrair a solidariedade social para sua causa, o que, ademais, já se demonstra uma realidade, como demonstra o abaixo-assinado organizado por alunos da Faculdade de Direito da USP, com cerca de 500 assinaturas e um manifesto, subscrito por professores e servidores, em elaboração. E, segundo, persistir na luta pelos direitos, pela via judicial, mantendo-se a crença na estrutura judiciária trabalhista, só que com formulação jurídica em bases diversas daquela que tradicionalmente se apresentam para situação como tais.

Ora, os fatos acima, uma vez concretizados, embora ruins por um lado, porque põem em risco a sua sobrevivência, por outro lado, pela própria atrocidade que os caracteriza, dão ensejo a direitos que vão muito além do mero recebimento dos valores inadimplidos. Quem trabalha, cumprindo as obrigações fixadas na relação jurídica trabalhista, tem direito

ao recebimento do salário. Quem não recebe o salário sofre um dano que não se supre pelo mero pagamento, em momento posterior, do salário. Em outras palavras, o não pagamento do salário constitui, por si, um fato jurídico que enseja efeito próprio, já que fere o direito fundamental à vida.

Concretamente, todo o sofrimento que vocês estão passando e que está registrado publicamente, proveniente das humilhações sofridas, identificadas, sobretudo, na constatação da forma fugidia que as entidades que ensejaram a situação tem adotado, tentando fugir da responsabilidade perante o grave problema da ausência de pagamento de salários e a perda do emprego sem o pagamento de verbas rescisórias, deve ter reparação específica, que se supõe seja, necessariamente, condizente com a dor experimentada, ou seja, milionária.

Esta indenização por dano moral, cujo montante cabe a cada um avaliar, não desafia o entendimento estampado na decisão do Supremo Tribunal Federal na referida ADC n. 16, vez que não se trata de recebimento de verbas de natureza trabalhista e sim de reparação por danos morais, sendo certo que os entes públicos são objetivamente responsáveis pelos atos praticados por seus prepostos perante terceiros.

Para se ter uma idéia, recentemente o Estado do Maranhão foi condenado a pagar R\$33 mil de indenização por danos morais a três pessoas de uma mesma família – pai e dois filhos – por agressão verbal e física que lhes fora desferida por policiais militares na saída de um clube na Vila Maranhão, fato que ocorreu em maio de 2004. A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça manteve a condenação de primeira instância.

Já, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve condenação contra o Estado, que deverá pagar indenização por danos morais e materiais à esposa e ao filho (R\$60 mil para cada, além de um salário mínimo por mês – a viúva receberá a pensão até a data em que o esposo completaria 65 anos e o filho, até atingir 24 anos, quando possivelmente já terá concluído os estudos superiores e estará apto a trabalhar.) de um detento assassinado na penitenciária. O homem cumpria pena no Complexo Penitenciário I de Hortolândia e foi morto por outro preso da mesma cela.

De acordo com o voto do relator, desembargador Oswaldo Luiz Palu, *“a partir do momento em que o indivíduo é detido, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais e (ou) penitenciárias, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser*

contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja por parte de outros detentos, seja por parte de terceiros" (Apelação nº 0201335-95.2008.8.26.0000).

A 20ª Câmara Cível do TJRJ, por sua vez, condenou o Estado do Rio de Janeiro a pagar R\$30 mil de indenização, por danos morais, a uma pessoa que foi atingida por uma bala perdida em março de 2007, no bairro de Bonsucesso, nas imediações da Linha Amarela. Segundo o relator do processo, Desembargador Marco Antonio Ibrahim, "Nos dias de hoje parece despropositado o entendimento de que, numa cidade como o Rio de Janeiro, o Estado não deva ser responsabilizado pelos diários episódios de balas perdidas que têm levado à morte e à incapacidade física milhares de cidadãos inocentes. Não se pode olvidar que, sendo a segurança um dever imposto constitucionalmente ao Estado, não há qualquer poder discricionário do administrador quanto a isso. Há uma guerra não declarada, mas as autoridades públicas, aparentemente, ainda não perceberam a extensão e a gravidade da situação".

E acrescentou: "A verdade é que as decisões que deixam o Estado impune diante do grande descalabro que grassa na segurança pública de nosso Estado servem de efetivo estímulo para que a Administração permaneça se omitindo genericamente. Se o Estado não tem culpa, de quem será a culpa? Dizer que o Estado não é responsável equivale, na prática, a atribuir culpa à vítima. O dano sofrido é a sanção. Quando se multiplicarem as indenizações e os governos ficarem sem caixa para realizar obras e projetos que rendem votos, a situação se transformará drasticamente".

Como se vê, é improvável que a USP não seja responsabilizada, diretamente, pelo sofrimento experimentado pelos cidadãos brasileiros que ostentam a qualidade de empregados de empresas prestadoras de serviços, contratadas pela Universidade em processo licitatório estabelecido a partir da regra do menor preço, que impõe a precarização da vida dessas pessoas, conduzindo-as à condição de semi-escravidão e à "punição" de não verem respeitados os seus mais rudimentares direitos trabalhistas, que possuem, como se sabe, "status" de direitos fundamentais, além de caráter alimentar. Os terceirizados também são cidadãos brasileiros e se forem vitimados por uma prática irresponsável cometida por um preposto do Estado, com relação à qual a própria participação do Estado, ainda que indireta, não pode ser negada, é impossível negar-lhes a devida reparação pelo dano experimentado junto ao Estado.

Já passou da hora, ademais, de se reconhecer que as estratégias de supressão de direitos fundamentais constituem, por si, uma agressão jurídica que induz efeitos jurídicos próprios, que sejam, efetivamente, coercitivos, punitivos e desestimuladores.

Caros amigos terceirizados, documentem todo o sofrimento que estão passando e depois busquem a devida indenização reparatória e, claro, não abram mão de cobrar, também, o recebimento de seus direitos trabalhistas, buscando a responsabilização de todos que tenham se valido direta ou indiretamente do trabalho que vocês executaram.

À comunidade jurídica, o que resta dizer é: há de se reconhecer o quanto o fenômeno da terceirização desmonta a condição humana, sendo mais que urgente eliminá-la de nossa realidade, tanto na área pública quando no setor privado, mediante a proliferação de declarações da existência de vínculos jurídicos diretos com os tomadores de serviço, acompanhadas da responsabilização solidária dos entes envolvidos, com base nos artigos 932, 933 e 942 e seu parágrafo único do Código Civil, dentre outros, valendo lembrar que não há um só dispositivo jurídico a legitimar a terceirização a não ser os próprios entendimentos jurisprudenciais. Quanto ao vínculo direto com a Administração pública, importante lembrar que a ausência da realização de concurso público não pode ser invocada exatamente por aquele que descumpriu a Constituição, não sendo, portanto, obstáculo à configuração da relação de emprego, a qual, cumpre lembrar, tem sede constitucional no nível dos direitos fundamentais. A ausência do concurso pode ser invocada, unicamente, para vetar a aquisição do direito à estabilidade no emprego público, que está vinculada a este requisito. A esses efeitos deve se seguir a indenização por dano moral acima sugerida, que advém, na esfera pública, do próprio procedimento de se buscar o serviço de uma pessoa em desrespeito à sua condição de cidadão. O fato é que a terceirização nos põe diante de um dilema que nos obriga a escolher entre preservar a eficácia da ordem jurídica protetiva da dignidade humana ou aceitar a concreta ineficácia do direito e com isso satisfazer os interesses econômicos que estão envolvidos em tal prática. O conhecimento da triste realidade a que são submetidos os terceirizados, sobretudo quando se está próximo ao final de cada contrato de prestação de serviços firmado entre as entidades tomadoras e prestadoras, não nos pode deixar dúvida quanto a que posição tomar, não sendo desculpa alguma o argumento da existência de um obstáculo criado pelo direito, o qual, de fato, não nos impõe uma resposta contrária à preservação da condição humana dos terceirizados, muito pelo contrário!

Assim, não há mesmo espaço para desânimo ou acomodação, como se estivéssemos marcados, como gados, pela inexorabilidade da injustiça social. Neste assunto, mais do que nunca, impõe-se uma luta vigilante e comprometida, mantendo-se, sempre, a esperança de que a vitória não será daqueles que não se importam com a vida alheia e com o respeito à ordem jurídica constitucional, cujo pilar é a preservação da dignidade humana.

A luta continua meus amigos... É como dito na belíssima canção de Ivan Lins e Vitor Martins:

Desesperar jamais
Aprendemos muito nesses anos
Afinal de contas não tem cabimento
Entregar o jogo no primeiro tempo
Nada de correr da raia
Nada de morrer na praia
Nada! Nada! Nada de esquecer
No balanço de perdas e danos
Já tivemos muitos desenganos
Já tivemos muito que chorar
Mas agora, acho que chegou a hora
De fazer valer o dito popular
Desesperar jamais
Cutucou por baixo, o de cima cai
Desesperar jamais
Cutucou com jeito, não levanta mais

São Paulo, 18 de abril de 2011.

Publicado originalmente na
Revista do TRT da 8ª Região, v.
44, n. 86, jan./jun. 2011, pp. 129-
142.

Artigos

Terceirização na Administração Pública-Artigo 71 da Lei 8.666/93- RDC da Lei 12.462/2011 e MP 559/2012. A Súmula 331 do C. TST poderia ser diferente?

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Campinas, Vice-Diretora da EJ 15ª Região; Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco-USP- Universidade de São Paulo e Membro da ANDT-Academia Nacional de Direito do Trabalho.



*“Uma coisa é um país,
outra um ajuntamento.*

*Uma coisa é um país,
outra um regimento.”*

Affonso Romano
Que país é este ?

Resumo- A Súmula 331 do TST reputa constitucional o disposto no artigo 71 da Lei 8.666/93, em nenhum momento prevendo a transferência da responsabilidade própria do empregador. Sinaliza, como orientação jurisprudencial, que o fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório obriga a Administração Pública ao cumprimento das exigências estabelecidas pela Lei 8.666/93 e a assumir a responsabilidade subjetiva nos termos do artigo 186 do Código Civil. Tal diretriz não pode ser elidida nos casos de aplicação do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) previsto na Lei 12.462/2011 e referido pela MP 559/2012, quando comprovado o comportamento negligente e omissivo, que caracteriza a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* pela lesão causada aos direitos fundamentais do trabalhador que atuou em seu benefício, o que viola o interesse público albergado nos princípios da legalidade, moralidade e eficiência elencados no artigo 37 da CF/88, que exigem a atuação pautada pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública. A decisão proferida pelo STF na ADC 16 respalda essa interpretação, afastando apenas a responsabilidade objetiva e a culpa presumida do ente público.

Palavras-chave- Constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do TST. Cláusula de reserva de plenário. Boa governança e *accountability*. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Benefício de ordem. ADC 16. RDC Lei 12.462/2011. MP 559/2012

1-Introdução

Em relação aos entes públicos, o inciso XXI do artigo 37 da CF/88 estabeleceu que os serviços prestados por terceiros devem ser contratados mediante processo de licitação. O artigo 71 da lei 8.666/93 fixou que nestes casos a responsabilidade do empregador pelos débitos trabalhistas não seria transferida para a Administração Pública.

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

Neste caso, o disposto no artigo 71 supra referido poderia ser considerado salvo-conduto para afastar qualquer responsabilidade do ente público?

Provocado por um número significativo de processos em que esta situação jurídica é questionada, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 que fixou dois parâmetros distintos :

A- Face às exigências previstas no inciso II do artigo 37 da CF/88, quanto à necessidade de prévia aprovação em concurso público, estabeleceu que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, preservando a não transferência prevista no artigo 71 da Lei 8.666/93

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

Entretanto, tal orientação jurisprudencial vem sendo objeto de reiterados questionamentos, que chegaram ao STF através da ADC 16. Tendo em vista a significativa repercussão desta decisão na seara trabalhista, a fim de contribuir para o debate o presente artigo se propõe a trazer algumas idéias e reflexões.

2- O sentido da supremacia do interesse público sobre o particular.

Uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade.

Será ?

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

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

1 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- Direito Administrativo- 21ª edição- Editora Atlas S.A.- São Paulo- 2008- págs. 62 e seguintes.

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

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

Explica que na condição de *direito de defesa* impõem ao Estado o “dever de agir contra terceiros”, resguardando o indivíduo também “contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo”. Ademais, “reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que esse se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”.

Com base na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, explica Gilmar Mendes que o dever de proteção abrange também

2 Mendes, Gilmar Ferreira- Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade- estudos de direitos constitucional- Editora Saraiva – 2004- 3ª edição- São Paulo- págs 1 a 12

deveres de segurança que impõem ao Estado a obrigação de “proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas” e o dever do Estado “atuar com objetivo de evitar riscos” para o cidadão, de modo que a inobservância do dever de proteção configura lesão a direito que a Carta Constitucional reputou fundamental.

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

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

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

3 Mendes, Gilmar Ferreira – Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade- pag. 14 e 28

4 Ferrajoli, Luigi- Direito e Razão- 3ª edição- Editora Revista dos Tribunais- São Paulo- 2010- págs 814/815

5 Barroso, Luis Roberto- Curso de Direito Constitucional contemporâneo- Editora Saraiva-1ª edição 2009- págs. 61, 69 e seguintes

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

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

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

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

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

6 Afonso da Silva, Virgílio- Direitos Fundamentais- conteúdo essencial, restrições e eficácia- Malheiros editores- 2ª edição- São Paulo- pag 185.

As ponderações de Daniel Sarmiento ⁷ também caminham nesta direção ao destacar que uma das conseqüências mais importantes da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional” o que implica numa filtragem constitucional, na reinterpretação dos institutos legais “sob uma ótica constitucional”. Conclui que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política” que penetram “por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados.”

Tais reflexões trazem subsídios importantes para a análise da controvérsia.

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

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

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

7 Sarmiento, Daniel- Direitos fundamentais e relações privadas- 2ª edição- 2ª tiragem- Lúmen Júris Editora- Rio de Janeiro 2008- págs 124 e seguintes

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

Acaso o artigo 71 da lei 8.666/93 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele que presta serviços em seu benefício?

3- O artigo 71 da lei 8.666/93

Vejamos o que diz o texto legal.

Estabelece o caput do artigo 71 da lei 8.666/93 que :

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

E o parágrafo 1º:

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

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

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37 II da CF/88).

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

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

4- Inconstitucionalidade

A Súmula Vinculante nº 10

A diretriz jurisprudencial estabelecida pela Súmula 331 do TST em nenhum momento questionou a constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93. Pelo contrário, explicitamente partiu do pressuposto de sua constitucionalidade, de sorte que a recente decisão proferida na ADC 16 em nada altera tal raciocínio.

Isto porque a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a transferência dos encargos patronais do empregador para a Administração. Pelo contrário, **não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação**, de modo que aplicação do disposto no artigo 71 da lei 8.666/93 foi devidamente observada.

Ao estudar o instituto da licitação, Vladimir da Rocha França ressalta ⁸ que em relação a matéria os “princípios constitucionais não podem ser compreendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior inteligência e efetividade quando são conjugadas, no esforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo. Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia” evitando que haja a “violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação”

8 França, Vladimir da Rocha- Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação- in Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito- coordenadores Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Mauricio Adeodato- Editora Forense- Rio de Janeiro- 2009- pags. 395 a 416

Importante ressaltar que o inciso XIII, do artigo 55 da Lei 8.666/93, que se refere a todo tipo de contrato, expressamente imputa ao contratado a “obrigação de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, enquanto o artigo 67, da mesma lei, estabelece expressamente que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração 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”, preceito que não se restringe aos contratos de obra, abrangendo também a contratação de serviços, pois onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

O artigo 71 da lei 8.666/93 em nenhum momento isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo cumprimento das obrigações legais trabalhistas, nem pode ser interpretado como permissivo legal que possibilite a adoção de conduta negligente do ente público, que permite a violação de princípios constitucionais e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que presta serviços em seu benefício.

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

Destarte, a interpretação sistemática do disposto no *caput* do artigo 71 e seus parágrafos respalda a fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos estabelecidos na Súmula 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim atua no legítimo exercício de sua competência constitucional exclusiva (art. 111 e seguintes da CF/88), não ocorrendo qualquer violação à cláusula de reserva de plenário ou à diretriz prevista da Súmula Vinculante 10.

Neste sentido a decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar improcedente a Reclamação 6665/ 2008 referente ao P. 01663.2005.291.02.00-1, ponderando:

“ A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não

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

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

.....é importante salientar que a Súmula 10 desta Corte não se refere às exceções à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88). A súmula explicita e veda uma forma indireta de burla ao disposto no artigo 97 da CF/88. Desse modo, permanecem híidas no sistema as exceções legalmente previstas à cláusula de reserva de plenário" (RCL 7.874, Rel Min Joaquim Barbosa, decisão monocrática DJ de 23.04.2009)

A interpretação sistemática, ínsita a todo julgamento, efetuada com o escopo de aferir qual a norma apta a possibilitar a subsunção necessária para obter a solução de determinada controvérsia, não configura controle difuso de constitucionalidade dos demais dispositivos legais, que não se destinavam a disciplinar a situação jurídica em conflito.

Ademais, como bem pondera Maria Sylvia⁹, o procedimento licitatório decorre do "princípio da indisponibilidade do interesse público" e se constitui numa "restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público". Deste modo, desatende aos princípios da moralidade, eficiência e economicidade referidos no artigo 37 da CF/88

9 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- obra citada- pag. 335

a Administração Pública que deixa o contratante atuar sem fiscalização, permitindo o descumprimento da legislação trabalhista que causa lesão ao interesse público. Registre-se que o artigo 89 da Lei 8.666/93 expressamente configurou a ilicitude da conduta que “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Portanto, a diretriz jurisprudencial fixada pela Súmula 331 não trata da constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93, mas da sua interpretação sistemática, sendo que a imputação de responsabilidade subjetiva não caracteriza a transferência, pois o empregador continua a deter com exclusividade a responsabilidade patronal contratual.

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

Art. 186- Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Destarte, a responsabilidade da Administração Pública deriva de fato gerador diverso (conduta culposa por omissão ou negligência, tendo a Súmula 331 observado tal disposição legal quando atribuiu-lhe a conotação de subsidiária, em que é de rigor a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva, de sorte que se trata de uma questão de subsunção do fato à norma, uma questão de legalidade, que em nenhum momento resvalou para o exame da constitucionalidade, o que afasta a aplicação da exigência contida na Súmula Vinculante nº 10.

5- ADC 16

Ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 71 da lei 8666/93 e consignar expressamente a apuração da responsabilidade do ente público em conformidade com a prova dos autos, o julgamento proferido pelo STF na ADC 16 confirma essa diretriz, explicitando que a omissão culposa da Administração em relação à empresa contratada gera responsabilidade subjetiva.

Assim, haverá responsabilidade *in eligendo* se deixar de exigir a comprovação de regularidade trabalhista prevista na lei 8.666/93, notadamente no inciso IV do artigo 27, V do artigo 29, bem como a garantia de adimplemento contratual estabelecida no inciso VI do artigo 55 e artigo 56, que se refere expressamente aos contratos de prestação de serviços.

A culpa *in vigilando* estará configurada se a administração pública permitir que o contratado “deixe de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação” como dispõe o inciso XIII do artigo 55, ou deixe de “fiscalizar-lhes a execução” ou de “aplicar sanções” não só no caso de inexecução total, mas também “parcial do ajuste” conforme incisos III e IV do artigo 58 da mesma lei, pois cabe ao ente público fiscalizar o adimplemento do contrato e exigir mensalmente a comprovação do adimplemento das obrigações trabalhistas, sob pena de responder pela conduta culposa por negligência e omissão.

Portanto, o fato de ter ocorrido um processo formal de licitação não se constitui em excludente de responsabilidade, nem desonera, por si só, a Administração Pública, quando configurada a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, por omissão e negligência do **dever legal** de bem licitar e fiscalizar a atuação da contratada.

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar que o julgamento proferido pelo STF na ADC 16 afastou de vez a possibilidade de imputação da responsabilidade objetiva contratual, distinguindo esta situação jurídica daquela prevista no parágrafo 6º, do artigo 37 da CF/88, que se restringe aos casos de culpa objetiva extracontratual.

Em consequência disso, a configuração da culpa subjetiva tanto *in eligendo*, quanto *in vigilando*, devem ser provadas nos autos, o que traz à tona a questão do ônus da prova. Neste contexto, a aplicação do disposto no artigo 818 da CLT deve ser pautada pela teoria da carga probatória dinâmica, cabendo à Administração Pública o encargo de comprovar o adimplemento das exigências legais pois, como detentora de toda a documentação, é a que detém aptidão para produzi-la.

6- O Regime Diferenciado de Contratação.

A lei 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC com o objetivo de acelerar as obras necessárias para a realização da Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016. Sua

abrangência foi ampliada pela MP 559 de 2012 para abranger também as obras do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento).

Importante pontuar que em seu artigo 3º expressamente estabeleceu que as “licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.”, tendo feito menção expressa, em seu artigo 39, à observância dos preceitos estabelecidos pela Lei 8.666/93.

Destarte, a interpretação sistemática e teleológica impede a leitura meramente literal que alguns pretendem atribuir ao disposto no parágrafo 2º, de seu artigo 1º, quanto à singela assertiva de “afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”. Com efeito, o escopo do referido diploma legal aponta em outro sentido, qual seja, enfatizar a aplicação do disposto na Lei 8.666/93, excetuando apenas as especificidades previstas pelo o RDC, que em nenhum momento estabeleceu qualquer alteração quanto aos critérios de responsabilização subjetiva, levando à imperiosa conclusão de que todo o arcabouço jurídico anteriormente referido aplica-se em sua totalidade também nas licitações processadas pelo RDC.

7- O balizamento de conduta. Boa governança. Accountability

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

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

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

Os preceitos infraconstitucionais, que disciplinam a licitação, devem considerar o interesse público nos termos conceituais postos

pela Constituição quanto ao respeito ao marco normativo trabalhista, estabelecido sob a matriz fixada nos princípios fundantes albergados nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

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

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

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

Mas não é só.

10 Di Pietro, Maria Sylvia- obra citada pag. 37 e seguintes ; 63 e seguintes.

11 Mello, Celso Antonio Bandeira de- Curso de Direito Administrativo- Malheiros- São Paulo – ano 2010- pags. 73/74

Produz efeito que se espalha por toda a sociedade como balizador de conduta, ao sinalizar que a Administração Pública deve proceder com mais cautela, fiscalizando e acompanhando a prestação dos serviços contratados, o que implica em efetiva observância da lei trabalhista, dever legal que não pode ser afastado pelo simples fato da contratação ter ocorrido mediante processo formal de licitação.

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

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

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

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

Como sustentar que está sendo atendido o interesse público, quando tal situação via de regra leva a uma paralisação dos serviços pelos

trabalhadores que deixam de receber seus direitos, mesmo quando o empregador já foi pago pela Administração com recursos públicos ?

Ora, é precisamente o contrário!

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

O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social . Ao exigir que o ente público fiscalize a atuação do contratado, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está sinalizando que o processo licitatório é prá valer e não uma peça de ficção. Está evidenciando que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.

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

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

Com efeito, qual o fundamento jurídico para sustentar que ao atuar como tomador o ente público estaria dispensado de exigir e fiscalizar o

[...] O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social".

efetivo cumprimento da lei trabalhista, se a força de trabalho foi prestada em seu benefício?

Com percuciência pondera Maria Sylvia ¹² que quando “a administração pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando. Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.”

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

Assim sendo, é possível sustentar que o fato de ter ocorrido um processo formal de licitação poderia, por si só, isentar a Administração Pública de responder pelos atos ilícitos praticados ?

Poderia ser utilizado o artigo 71 da Lei 8.666/93 como salvo-conduto para justificar conduta negligente e respaldar a irresponsabilidade da Administração Pública, quando todo o ordenamento jurídico aponta em sentido inverso?

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

8- Poderia ser diferente ?

12 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- obra citada- pag 325

13 Barroso-Direito constitucional contemporâneo- págs 90/91

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

Portanto, não há qualquer transferência das obrigações empregatícias.

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

E poderia ser diferente?

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

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

Poderia considerar que a necessidade de aceleração das obras referentes à Copa do Mundo de 2014, Jogos Olímpicos de 2016 e abrangidas pelo PAC, atuaria como motivo suficiente para afastar a proteção legal que todo sistema, constitucional e infraconstitucional, construiu para preservar o trabalho como valor de edificação da república brasileira ?

A Constituição pode ser reduzida a um simples ajuntamento de normas, com o descumprimento das regras de boa governança e *accountability* que instituem o devido processo legal administrativo, sob o descarado argumento de que o agente público se limitou a seguir os trâmites formais de um procedimento licitatório ?

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

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

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

Cabe ao intérprete promover a análise sob tal perspectiva, a fim de garantir a efetividade do sistema. Para tanto, não se pode deixar de acompanhar Luis Roberto Barroso ¹⁵ quando ressalta que a ordem jurídica é um sistema dotado de unidade e harmonia. “Os diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas”, sendo a Constituição um fator de unidade que dita “os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”. Assim é porque o Direito “existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”, princípios albergados na Constituição que se irradiam por todo o sistema jurídico do país.

Poderia ser diferente ?

9- Conclusão

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

14 Tavares, André Ramos- Teoria da Justiça Constitucional- Editora Saraiva- São Paulo- 2005- pag. 45

15 Barroso, Luis Roberto- obra citada- págs 294/295

Ademais, em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no artigo 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do artigo 186 do Código Civil quando o comprovado comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que atuou em seu benefício. O mesmo raciocínio jurídico também é aplicável aos casos de RDC (Regime Diferenciado de Contratação) previsto na Lei 12.462/2011 e MP 559/2012, abrangendo a contratação de serviços prestados nas obras do PAC, Copa de 2014 e Olimpíadas de 2016.

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

10- Referências Bibliográficas

- 1- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- Direito Administrativo- 21^a edição- Editora Atlas S.A.- São Paulo- 2008-
- 2- Mendes, Gilmar Ferreira- Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade- estudos de direitos constitucional- Editora Saraiva – 2004- 3^a edição- São Paulo-
- 3-- Ferrajoli, Luigi- Direito e Razão- 3^a edição- Editora Revista dos Tribunais- São Paulo- 2010-
- 4- Barroso, Luis Roberto- Curso de Direito Constitucional contemporâneo- Editora Saraiva-1^a edição 2009-

5- Afonso da Silva, Virgílio- Direitos Fundamentais- conteúdo essencial, restrições e eficácia- Malheiros editores- 2ª edição- São Paulo-

6-Sarmento, Daniel- Direitos fundamentais e relações privadas- 2ª edição- 2ª tiragem- Lumen Juris Editora- Rio de Janeiro 2008-

7- França, Vlademir da Rocha- Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação- in Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito- coordenadores Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Mauricio Adeodato- Editora Forense- Rio de Janeiro- 2009

8- Mello, Celso Antonio Bandeira de- Curso de Direito Administrativo- Malheiros- São Paulo - ano 2010-

9- Tavares, André Ramos- Teoria da Justiça Constitucional- Editora Saraiva- São Paulo- 2005-

Publicado originalmente na
Revista do Tribunal Superior
do Trabalho v. 21, n. 1, set./
dez. 1946. pp. 32-53

Artigos

Prestação De Serviços Por Empresa – Terceirização

EUCLIDES ALCIDES ROCHA

Desembargador Aposentado do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, do qual foi Presidente no período de 1989 a 1991. Atualmente exerce a advocacia.



O trabalhador brasileiro, a par das inúmeras mazelas que distinguem (às vezes, vergonhosamente) a sociedade nacional, como a má distribuição de renda e da riqueza, o desemprego e o subemprego e a inexistência de uma autêntica política de emprego, ainda se vem defrontando nas últimas décadas com outro fenômeno igualmente degradante e nefasto: sob variadas denominações (locação de mão-de-obra, prestação de serviços, intermediação de trabalho, sublocação de trabalhadores, etc.), tem-se praticado no Brasil, escancarada e irresponsavelmente, a pura e simples comercialização do trabalho humano.

Pior, ainda: o contingente humano que tem sido alvo e vítima dessa degradante modalidade de mercancia situa-se geralmente na base da pirâmide social, constituído de trabalhadores humildes, desqualificados profissional e culturalmente, desorganizados ou frágeis sindicalmente. São zeladores, ascensoristas, vigias, telefonistas, porteiros e outros, que formam o quadro dos que se transformaram em objeto de uma nova e nefasta atividade empresarial.

Paralelamente, sob o rótulo de “empresas prestadoras de serviços” vêm-se constituindo e proliferando empresas inidôneas, sem qualquer lastro econômico, compostas por “empresários” cujo capital constitui-se predominantemente de argúcia, esperteza e de alguns poucos bens materiais (telefone, máquina de escrever, uma sede alugada), capacitando-se a contratar trabalhadores e colocá-los a serviço de um tomador (público ou privado), objetivando a obtenção de lucro em tal intermediação.

Lesam-se os trabalhadores, que muitas vezes batem às portas da Justiça do Trabalho para obter o pagamento de salários e indenizações por extinção dos contratos. Não raro, as citações e notificações são cumpridas por edital, porque a “empresa” desapareceu. As execuções, com frequência,

[...] Lesam-se os trabalhadores, que muitas vezes batem às portas da Justiça do Trabalho para obter o pagamento de salários e indenizações por extinção dos contratos. Não raro, as citações e notificações são cumpridas por edital, porque a “empresa” desapareceu”.

permanecem inconclusas nas prateleiras dos juízos, inviabilizadas pelo sumiço do empregador. Lesam-se os cofres públicos, não apenas pela inexecução de contratos celebrados com entes dessa natureza, mas especialmente pela não satisfação de obrigações fiscais, previdenciárias e sociais.

Esse quadro, pintado, quiçá, com cores demasiadamente fortes, não está, lastimavelmente, muito distante da realidade vivenciada por todos os quadrantes do país. A intermediação ou a colocação do trabalho alheio a serviço de terceiros tem propiciado exploração e lesividade a significativa parcela da população, constituindo-se num instrumento de agravamento dos níveis de injustiça social.

É nesse contexto que se insere o tema deste painel: **Prestação de serviços por empresas – terceirização.**

2. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS – TERCEIRIZAÇÃO

A verdade é que, mal compreendido o processo de terceirização, entre nós, tem-se alastrado em diversas atividades a intermediação do trabalho, singularmente considerado, não como decorrência da tendência de horizontalização das atividades produtivas, mas de espúria e inadmissível exploração do homem pelo homem.

A terceirização (ou “terceirização”, como prefere o Prof. Arion Sayão Romita) não é um fenômeno recente e nem particular à nossa realidade. É, naturalmente, um processo de evolução dos meios de produção, necessário em certos estágios do desenvolvimento econômico, em que as empresas optam por entregar a outros – terceiros – a execução de determinadas tarefas ou fases do processo produtivo, especialmente aquelas que não constituem a atividade essencial e finalística de um negócio, seja ele agro-pecuário-extrativo (setor primário), seja na atividade industrial (secundário) ou nas atividades comerciais e de serviços (terciário).

Entre nós, o mais notório exemplo de horizontalização produtiva ou de terceirização verificou-se, desde sua implantação, na indústria automobilística, onde os tradicionais fabricantes são, na realidade, montadores de automóveis e veículos, porquanto os vários e múltiplos componentes, como todos sabemos, são fabricados por incontáveis pequenas, médias e grandes empresas que se especializam na produção de um ou de alguns produtos. Em vários outros ramos industriais, como prospecção de petróleo, fabricação de calçados e roupas, alimentos e mesmo atividades comerciais, tem sido comum o fracionamento de atividades, visando à racionalização e à otimização produtiva. Não é diferente na maioria dos países de economia mais adiantada. A

Itália, por exemplo, desenvolveu-se industrialmente nas últimas décadas com um modelo essencialmente voltado à pequena e média indústria, com a pulverização de grandes estabelecimentos industriais e comerciais e utilização de um modelo fundado na produção horizontal. Nos Estados Unidos da América os grandes empreendimentos, especialmente na área tecnológica, contam com fabricantes de componentes específicos em vários cantos do mundo: Hong Kong, Coreia, China, Singapura, etc.

De tal forma, o moderno processo de industrialização e a economia, como um todo, caminham no sentido inverso do que se verificava na fase inicial da era industrial. A tendência à verticalização, concebida a empresa como um ente auto-suficiente e que organizava todas as fases do processo produtivo, vem sendo gradativamente substituída pelo processo da horizontalização, onde várias empresas ou empreendimentos menores se somam ou se aglutinam no processo produtivo.

Empresas prestadoras de serviço sempre existiram entre nós e é absolutamente normal e até mesmo indispensável que se diversifiquem e apareçam em maior número, especialmente nos grandes centros urbanos, mas essa prestação de serviços se dirige a atividades especializadas e que têm um fim econômico e produtivo em si mesmo. Serviços de transporte, de contabilidade e escrituração, de manutenção de máquinas e equipamentos, de consertos, reformas e manutenção de móveis, utensílios domésticos, roupas, calçados, etc., além de inúmeras outras atividades exercidas por profissionais liberais, técnicos, autônomos, trabalhadores eventuais, adventícios e avulsos, artífices, artesãos, pequenos e médios empreiteiros, em que raramente se questiona a sua licitude e – em regra – a ausência de vínculo de emprego com o tomador de seus serviços.

Em tais situações, de típica prestação de serviços ou de fracionamento ou terceirização de determinadas fases produtivas, as relações de trabalho que se estabelecem entre a empresa prestadora de serviços ou envolvida no processo produtivo descentralizado e seus empregados não oferecem sob o ponto de vista jurídico-trabalhista, regra geral, maiores dificuldades ou controvérsias, porque, inequivocamente, o vínculo jurídico de emprego envolve o trabalhador e o imediato destinatário de seu trabalho. Percebe-se, em tais atividades, estejam elas voltadas à prestação de serviços ou integradas a um processo industrial, que não se verifica, aqui, simples transferência de trabalho, porque numa e noutra hipótese agregam-se elementos produtivos, seja pela especialização técnica exigida para sua execução, seja pela inclusão de bens e matérias-primas sujeitas à transformação.

[...] Como adverte com a proficiência de sempre o Prof. Arion Sayão Romita, “é essencial distinguir o “fornecimento de pessoal” da prestação de serviços por empresa”.

3. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA – “MARCHANDAGE”

Disseminou-se nos últimos vinte anos a prática de locação de mão-de-obra, no flanco das Leis n. 6.019/74 (Trabalho Temporário) e n. 7.102/83 (Vigilância nos Estabelecimentos Bancários), em que, utilizando-se indevidamente da idéia e do processo da “terceirização”, passou-se à prática de fornecimento de mão-de-obra ou de pessoal, sob o rótulo ou o escudo de tratar-se de pretensos contratos de prestação de serviços.

Como adverte com a proficiência de sempre o Prof. Arion Sayão Romita, “é essencial distinguir o “fornecimento de pessoal” da prestação de serviços por empresa. Na primeira figura, há mero leasing do trabalho, condenável sob todos os aspectos. O “agenciamento de colocações” se caracteriza pela exploração do trabalhador, que não é empregado do intermediário. Afirma-se, sem qualquer hesitação, a existência de relação empregatícia entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços. Tais características não se identificam no contrato de prestação de serviços por empresa, desde que o serviço contratado se execute fora do âmbito das atividades essenciais e normais exercidas pela empresa principal” (in “Política de Emprego”, 1993, Gênese Ed., pág. 52).

Enquanto na prestação de serviços por empresa, esta se constitui e atua economicamente no sentido de fornecer a quem a contrata uma atividades ou serviço especializado, contando com seu próprio quadro de pessoal, com estrutura e estabelecimentos próprios, no leasing ou fornecimento de pessoal faz-se simples intermediação, onde o trabalhador passa a ser objeto do contrato, locando-se sua atividade mediante a paga ajustada com o intermediário, “atravessador de mão-de-obra”, “gato”, “testa-de-ferro” ou “marchandeur”. Nenhuma transformação se dá ao trabalho, por mínima inclusão de bens, produtos, insumos ou serviços que exijam alguma especialização. O trabalho, singularmente considerado, é o próprio móvel da intermediação.

Nessas hipóteses, embora muitas vezes se procure tangenciar ou simular uma aparente subordinação do trabalhador ao agenciador, o que se dá na verdade é que aquele passa a prestar serviços no estabelecimento do tomador, ficando a este estrita e incontornavelmente subordinado.

4. A INTERMEDIÇÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO DIREITO COMPARADO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem se preocupado com essa modalidade lesiva e indigna de intermediação do trabalho humano, manifestando justo receio de que os ordenamentos jurídicos admitam a cessão de trabalhadores em face dos malefícios a esses ocasionados. Por isso mesmo, adotou duas Convenções limitativas das atividades das agências de colocação (a de n. 34, de 1933 e n. 96, de 1949), além de incentivar serviços públicos de colocação, através da Convenção n. 88, de 1948. O Brasil ratificou a Convenção n. 96, de 1949, mas a denunciou em 1972, justamente na época em que legislou a respeito da contratação de vigilantes bancários através de empresas especializadas (Lei n. 7.102).

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores, no art. 43, proíbe o recrutamento e a contratação de trabalhadores para emprestá-los ou cedê-los temporariamente a um empresário, quaisquer que sejam os títulos de dito tráfico de mão-de-obra, assim como a utilização dos serviços dos referidos trabalhadores, sem incorporá-los ao pessoal da empresa em que trabalham. Os empresários que infringjam a proibição anterior responderão solidariamente pelas obrigações contraídas com os trabalhadores e com a Seguridade Social, sem prejuízo das demais responsabilidades, inclusive penais (n. 2). Por outro lado, “os trabalhadores submetidos ao tráfico terão direito, a seu critério, a adquirir a condição de fixos na empresa cedente ou cessionária, uma vez transcorrido prazo igual ao que legalmente poderiam ter fixado para o período de prova. Na nova empresa seus direitos e obrigações serão os que correspondam em condições normais a um trabalhador da mesma categoria e posto de trabalho, assim como a antigüidade se contará desde o início da cessão ilegal” (n. 3).

A França tem se destacado como um dos países que, tradicionalmente, reprimiu com rigor a intermediação de trabalho ou “*marchandage*”, como lá se denomina. O atual Código do Trabalho, de 1973, prescreve: “Toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão-de-obra que tiver por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou *marchandage*, é proibida” (art. L. 125-1). A esse respeito, pertine mais uma vez o escólio esclarecedor de Arion Sayão Romita: “Historicamente, a intermediação de trabalho prestou-se

a variadas formas de exploração dos trabalhadores. Reprimida na França desde 1848, sob a denominação de marchandage, ela acarreta para os empregados um duplo inconveniente: se o intermediário for considerado o único empregador dos operários contratados, estes poderão sofrer as conseqüências da insolvência do marchandeur; e os salários dos operários serão reduzidos, já que o lucro do intermediário provém da diferença entre o pagamento que ele recebe do dono da obra e o montante destinado aos empregados” (obra cit., pág. 22).

Também a Itália, através da Lei n. 1.369, de 29.10.1960, coibiu a intermediação e interposição de mão-de-obra, introduzindo, igualmente, uma nova disciplina nas empreitadas de obras e de serviços. Inspirada em dispositivos do próprio Código Civil que, no artigo 2.127, dispõe que, em caso de violação desta proibição, o empregador deve responsabilizar-se pessoalmente, em relação aos empregados contratados pelo intermediário, pelas obrigações derivadas dos contratos por ele estipulados. Esclarece a respeito Luisa Riva Sanseverino: “Seguindo a mesma diretriz, mas ampliando-a de modo notável em seu alcance e sancionando-a penalmente, a Lei n. 1.369, veda: a) a tarefa coletiva autônoma, isto é, quando o intermediário não seja um dependente do empresário; b) dar em empreitada ou subempreitada ou por qualquer outra forma, mesmo para sociedades cooperativas, a execução de meras prestações de trabalho mediante o emprego de mão-de-obra, contratada e remunerada pelo empreiteiro ou intermediário, qualquer que seja a natureza da obra ou do serviço a que se referem as prestações. Para tal fim é considerada empreitada de meras prestações de trabalho - toda forma de empreitada ou subempreitada, mesmo para execução de obras ou de serviços, sempre que o empreiteiro empregue capitais, máquinas e apetrechos fornecidos pelo dono da obra ou serviço, e ainda que para seu uso seja paga uma retribuição pelo empreiteiro ou subempreiteiro” (in “Curso de Direito do Trabalho”, LTr Edit., SP, 1976 – Trad. Elson Gottschalk – pág. 88).

5. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO BRASIL

Entre nós, infelizmente, a história da intermediação ou locação de mão-de-obra tem se apresentado como se possuíssemos a prerrogativa ou a virtude de andar pela contramão. É que sob a bandeira equivocada da “terceirização” estamos a tolerar e, pior ainda, a incentivar a exploração direta do trabalho.

Num primeiro momento, saímos pelo caminho acertado: o Brasil ratificou em 1957 a Convenção n. 88 da OIT, a respeito da organização dos serviços públicos e gratuitos de emprego; em 1968, também ratificou a Convenção n. 96 sobre agências de emprego. Concomitante a este último fato, baixou o Decreto n. 62.756, de 22.5.68, dando cumprimento ao compromisso internacional assumido, admitindo as agências de colocação, coordenadas e fiscalizadas pelo Departamento de Mão-de-Obra. Como define a norma internacional, a agência de colocação era reconhecida como aquela que, “com fins lucrativos, isto é, toda sociedade, instituição, escritório ou qualquer organização que sirva de intermediário para procurar um emprego para um trabalhador ou um trabalhador para um empregador, com o objetivo de obter de um ou de outro um benefício material direto ou indireto”. Portanto, o papel das agências de colocação era de simples intermediário na obtenção do emprego, isto é, colocavam em contato o interessado em trabalhar e o futuro empregador, saindo de cena tão logo estes estabeleciam entre si uma relação bilateral, geralmente de caráter permanente, como lembra Evaristo de Moraes Filho (in “Estudos de Direito do Trabalho”, LTr, 1971, p. 127).

Entretanto, sob o pretexto de introduzir e regulamentar a prestação de trabalho temporário, denunciou-se em 1972 a Convenção n. 96 da OIT. No rastro do trabalho temporário, disciplinado pela Lei n. 6.109/72, aprovou-se a Lei n. 7.102/83, que tratou dos serviços de segurança de estabelecimentos bancários e financeiros. Esta, recentemente, foi surpreendentemente ampliada pela Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994, para compreender, também, a segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, indústrias, de prestação de serviços e residenciais, além de entidades sem fim lucrativo, órgãos e empresas públicas. Extinguiu-se, por força desta última lei, a tradicional figura do vigia de estabelecimentos industriais e comerciais, que agora, como já vinha ilegalmente ocorrendo antes, passa a ser “terceirizado”.

Com o beneplácito da lei em alguns casos (Leis ns. 6.109/72, 7.102/83, 5.745/70; DL. 200/67) e ilegalmente, na maior parte das hipóteses, proliferam e assumem proporções escandalosas os contratos triangulares (empresa locadora x trabalhador x tomador de serviços), em que o trabalhador é colocado a serviço de terceiro, a este jungido pessoal e continuamente, confundindo-se e em tudo assemelhado

a um trabalhador fixo e diretamente contratado por quem se beneficia diretamente de seu labor.

Contudo, este trabalhador “terceirizado” recebe ordens e se subordina a empresa ou pessoa que não é, formalmente, seu empregador. Trabalha, convive, relaciona-se com um grupo de trabalhadores que se encontram em sua mesmíssima situação, mas não integra a categoria de seus parceiros de trabalho. Não participa da mesma agremiação sindical; não recebe benefícios ou vantagens previstos no regulamento da empresa; é excluído das convenções e acordo coletivos de que participe a empresa para a qual trabalha; percebe menor salário, porque do valor de seu trabalho extrai-se o lucro que irá remunerar o intermediário ou “atravessador”.

6. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO – VÍNCULO COM O TOMADOR

Não vislumbro, numa perspectiva serena e isenta, como reconhecer validade a tais contratos triangulares, envolvam pessoas físicas, empresas do setor privado ou entes públicos.

A lei brasileira, exceto nas hipóteses expressamente mencionadas, não autoriza a intermediação de trabalho. Para a nossa lei, aquele que presta serviços pessoais, não eventuais, mediante salário e subordinação, é empregado. E, é empregado de quem se beneficia diretamente do seu trabalho, e não de quem, apenas formalmente, o contrata e o explora. Empregador é a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (artigos 3º e 2º da CLT). Os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar tais preceitos “serão nulos de pleno direito” (artigo 9º).

Portanto, ainda que se queira muitas vezes neutralizar os termos enfáticos e indiscutíveis da lei, o contrato triangular não logra obter qualquer beneplácito. Não se pode imaginar, como alguns têm sustentado, que a jurisprudência sinalize em outra direção, porque embora se encontre aqui e acolá julgados “flexibilizantes” acerca da locação de mão-de-obra, a lei ainda é a mesma nestes conceitos básicos. A jurisprudência tem a função e a virtude de indicar a orientação predominante acerca de determinado tema controvertido, mais ainda não se lhe alçou ao patamar de mecanismo anômalo de derrogação ou revogação de expresso texto legal.

Também não se queira ver no Enunciado n. 331 do colendo TST qualquer tendência flexibilizadora. A premissa fundamental é a mesma que já estava no antigo Enunciado n. 256: “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” (item I) e na contratação de vigilância (item III).

A segunda parte do aludido item III, no sentido de que não se forma vínculo de emprego com o tomador na contratação de serviço 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” retrata, data venia, penduricalho dispensável e inútil e que só permitirá – como já vem permitindo – visão e entendimento distorcido. Nas relações de trabalho subordinado a personalidade (caráter intuitu personae) e a subordinação direta (a que a CLT denomina de dependência) são requisitos indispensáveis para a caracterização do vínculo de emprego. Portanto, não apenas naqueles serviços expressamente nominados ou os vinculados à atividade-meio, como até mesmo os em favor da atividade-fim (v.g. representação, vendas, etc), não propiciarão o surgimento de vínculo empregatício se estiverem ausentes os requisitos da personalidade e da subordinação!

7. CONCLUSÃO

À vista dessas considerações, que já se alongam em demasia para o limite de tempo proposto, inclino-me a dar às indagações formuladas pelos organizadores deste conclave (que transcrevo), as seguintes respostas:

1ª) O empregado da empresa prestadora de serviços pode postular validamente o reconhecimento de vínculo empregatício em face da empresa tomadora?

Não, se se tratar de autêntica prestação de serviços, em que a empresa prestadora desenvolver atividade econômica própria, voltada à execução de atividades especializadas, não essenciais ou traduzidas como permanentes aos fins econômicos perseguidos pela tomadora.

Sim, se se tratar de simples intermediação de mão-de-obra, em que o intermediário apenas se coloca entre o trabalhador e o tomador,

como fornecedor de pessoal, sem acrescentar nesta relação qualquer transformação do trabalho, por algum tipo de especialização profissional e técnica, de mínima, média ou notória especialização.

2ª) Qual é a responsabilidade de empresa tomadora em face daquele empregado, inclusive quanto às normas de segurança e saúde do trabalhador?

Exatamente as mesmas responsabilidades e obrigações que assume em face dos empregados diretamente admitidos, sejam elas pertinentes à remuneração e condições de trabalho em geral, sejam as decorrentes das normas de medicina e segurança do trabalho.

Euclides Alcides Rocha

(*) Trabalho apresentado no Congresso de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em 25.4.1995, realizado no Rio de Janeiro – Painel: “Prestação de Serviços por Empresas – Terceirização”. Originalmente publicado na Rev. TST, nº 64, 1995, págs. 53/59.

Publicado originalmente no
Decisório Trabalhista DT
VIII/95, pp. 9-19.

Artigos

Estado, Ordem Social E Privatização - As Terceirizações Ilícitas Da Administração Pública Por Meio Das Organizações Sociais, Oscips E Demais Entidades Do "Terceiro Setor"

TARSO CABRAL VIOLIN

Advogado em Curitiba,
Professor de Direito
Administrativo da
Universidade Positivo,
Mestre em Direito do Estado
pela UFPR, autor do livro
Terceiro Setor e as parcerias
com a Administração
Pública: uma análise crítica
(Fórum, 2ª ed., 2010)



"O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade."

Celso Antônio Bandeira de Mello

No Brasil, da década de 90 do século XX até a atualidade, sejam nos Governos federal, estaduais ou municipais, verificamos uma tendência de desresponsabilização do Estado na execução direta de atividades sociais e repasse destas responsabilidades principalmente para entidades do chamado "terceiro setor". Será que esta ação é compatível com a Constituição da República? Qual é o papel do Estado e das organizações não-governamentais – ONGs na prestação dos serviços sociais? As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs podem ser utilizadas para terceirização/privatização de atividades executadas pelo Estado? São questões como estas que pretendemos analisar no presente estudo.¹

1. A OBRIGAÇÃO DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS SOCIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece uma divisão em ordem econômica e ordem social. Com relação à ordem econômica, fica mais claro o caráter de subsidiariedade do Estado na prestação direta de atividades econômicas. Ou seja, sem adentrarmos na questão do serviço público (art. 175), as atividades econômicas apenas poderão ser exploradas diretamente pelo Estado quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art.

¹ O termo "privatização" utilizado em sentido amplo, conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

173), além é claro dos casos de monopólio da União (art. 177).

Entretanto, quando analisamos a ordem social tratada a partir do art. 193 a situação se inverte, pois a Constituição é clara ao responsabilizar o Estado como ator importante - e talvez principal - na questão social, principalmente na educação, saúde e assistência social.

Preliminarmente, o próprio art. 193 dispõe que a ordem social objetiva o bem-estar social e a justiça social, deixando claro o caráter social - e não neoliberal - de nossa Constituição, que busca um Estado do Bem-Estar Social.² Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a Constituição de 1988 “apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo” o que “arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal”³ Discorreremos sobre vários dispositivos constitucionais os quais, a nosso ver, obrigam uma atuação direta do Estado na ordem social.

2 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “o Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exhibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade. É verdade que nos recentes últimos anos o Estado Social de Direito passou, em todo o mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados. Pretenderam elas reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não-abertamente confessado 'darwinismo' social e político. Este movimento estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária denominada 'globalização', que preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado 'neoliberalismo'. É bem de ver, todavia, que tal movimento não passa, na História, de um simples 'solução', e já começa a se despedir”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49-50. Sobre o Estado Social ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.

3 É lapidar a análise do autor sobre o neoliberalismo: “Compreende-se que pessoas alheias ao meio jurídico e ignorantes das bases em que se assenta a República defendam a aplicação em nosso Direito de lineamentos e instituições típicas do neoliberalismo, supondo que aquilo que é proposto como bom pela propaganda externa – e que certamente o é para os interesses dos países cêntricos, de suas multinacionais, e para a especulação financeira internacional – é bom para o Brasil, e deve ser de imediato aqui aplicado, como fez com incontido entusiasmo o Governo que assolou o País entre janeiro de 1995 e final de 2002. Já as pessoas do meio jurídico, ao defenderem, como se possíveis fossem ao lume de nosso Direito, posições antitéticas a tudo o que consta da Constituição, e não apenas no que diz respeito a questões relacionadas com a ordem econômica, deixam à mostra um humilhante servilismo mental, típico dos povos subdesenvolvidos, que orgulhosamente exibem, na crença de que são modernos, de que estão up to date com o que é difundido pelos países cêntricos, notadamente Estados Unidos, a partir de idéias gestadas, grande parte delas, na Inglaterra durante o período da sra. Thatcher. Chega a ser grotesco a tentativa que alguns fazem – convictos de que assim se revelam evoluídos e atualizados – de assimilar nosso Direito a modelos plenamente compatíveis com as ordens constitucionais alienígenas, mas inteiramente inadaptados à nossa. Deste teor são as exortações quase que infantis em prol de uma 'exegese evoluída de nosso Direito Constitucional', que enseje propiciar amplo poder normativo às agências reguladoras, ou para a submersão da idéia de serviço público a bem da economia de mercado e livre concorrência. Não se sabe que acrobacia exegética será capaz de dar ao dispositivo transcrito um sentido consentâneo com as aspirações dos nossos arautos jurídicos embasbacados com os ares modernos do neoliberalismo”. Obra citada, p. 763-764. Sobre o neoliberalismo ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.

As ações na área da seguridade social (saúde, previdência e assistência social) competem ao Poder Público e à sociedade (art. 194). Ou seja, nesta área em nenhum momento a Constituição define que é a sociedade a principal responsável na execução das políticas.

A saúde é um dever do Estado e sua execução deve ser feita pela Administração Pública ou pela sociedade, sendo que uma das diretrizes é a participação da comunidade. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que participa de forma complementar ao sistema único de saúde, com a preferência de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e sendo vedados auxílios e subvenções a empresas com fins lucrativos (arts. 196-199). Na área da saúde fica claro que o Estado deve ser responsável por executar diretamente os serviços, sendo possível, sem a necessidade de concessão ou permissão, que entidades privadas, sejam do mercado (empresas com fins lucrativos) ou do “terceiro setor” (entidades sem fins lucrativos), prestem estes serviços. De qualquer forma, a participação da comunidade poderá se dar na execução direta de serviços de saúde, mas também por meio da fiscalização e cobrança das políticas, por meio, por exemplo, de conselhos gestores da política da saúde com participação popular.⁴ José Afonso da Silva é claro ao interpretar que a Constituição obriga que o Estado preste os serviços de saúde, pela Administração Pública direta ou por suas entidades da Administração Pública indireta.⁵

A previdência social também será de responsabilidade do Estado, e a previdência privada terá caráter complementar (arts. 201 e 202).

Para a esfera federal do Poder Público cabe apenas a coordenação e a edição de normas gerais sobre a assistência social, sendo que as esferas estaduais e municipais do Estado serão responsáveis pela execução dos programas, cabendo também às entidades beneficentes e de assistência social, com a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em

4 Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz: “É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas ‘de forma complementar’, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferido apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional”. Obra citada, p. 243.

5 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 768.

todos os níveis (art. 204). Ou seja, os Estados e os Municípios deverão executar políticas na área da assistência social, que também poderão ser efetivadas pelas entidades sem fins lucrativos de interesse público.

A educação é um dever do Estado e da família e será promovida com a colaboração da sociedade, sendo livre à iniciativa privada, fiscalizada e autorizada pelo Poder Público (art. 205-213). No caso da educação, a Constituição é ainda mais incisiva em definir que serão o Estado e a família os principais atores na execução de políticas, e a sociedade será uma colaboradora. O papel da sociedade de colaborador na questão da educação, em nosso ordenamento jurídico, não pode, de forma alguma, transformar a sociedade civil, as entidades do “terceiro setor”, como principais atores ou mesmo como únicos responsáveis na prestação dos serviços educacionais. Neste caso, é clara a subsidiariedade da sociedade civil na prestação destes serviços, e não do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a gestão democrática do ensino público citada na Constituição “significa a participação do particular na gestão e não a transferência da gestão ao particular”.⁶ José Afonso da Silva salienta que o Estado deve prestar diretamente os serviços de educação, e como exceção o repasse de recursos para entidades privadas, ao entender que “a preferência constitucional pelo ensino público importa que o Poder Público organize os sistemas de ensino de modo a cumprir o respectivo dever com a educação, mediante prestações estatais” e que “faculta-se, por exceção, dirigir recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas”.⁷

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o poder público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, com a colaboração da comunidade (arts. 215 e 216). Também verificamos neste caso a questão do papel de colaborador da sociedade, e não de principal ator.

É dever do Estado fomentar o desporto (art. 217). Talvez seja a área do desporto a única que a Constituição define o Estado com o papel de fomentador, e não de executor.

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico,

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 245.

7 SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 790.

a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218). Nesta área o Estado também tem a função de promoção direta, não apenas de incentivo. Nesse sentido, José Afonso da Silva: “promover significa, neste contexto, realizar, por si próprio, aquelas tarefas, especialmente por meio de suas universidades e institutos especializados”⁸

Na área de comunicação social, deve ser respeitado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal de radiodifusão (art. 223). A Constituição obriga que o Estado preste diretamente serviços de radiodifusão, não podendo esta área ficar apenas sob a responsabilidade da iniciativa privada, seja com ou sem fins lucrativos.⁹

Impõem-se ao Poder Público e à coletividade a defesa e preservação do meio ambiente (art. 225). Definição, portanto, de responsabilidade conjunta nesta área.

Com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado. O Estado deve promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais (art. 227). Nesta área as responsabilidades são distribuídas, ficando preponderantemente apenas a questão da saúde para a prestação direta do Estado às crianças e aos adolescentes.

Também é de responsabilidade conjunta o amparo ao idoso (art. 230).

Com relação aos índios, cabe ao Estado, e mais especificamente à União, demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens dos primeiros moradores das Américas (art. 231).

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que os chamados serviços públicos sociais como saúde, educação, previdência social e assistência social (serviços públicos não-privativos), assim como os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens devem ser desempenhados pelo

8 SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 817.

9 Celso Antônio Bandeira de Mello entende que com relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens o Estado é obrigado a prestar por si ou por criatura sua (“o Estado não pode se ausentar de atuação direta”), em face ao princípio da complementaridade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, p. 667 e 668.

Estado, sendo lícito os particulares desempenhá-los independentemente de concessão, mas “o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros”.¹⁰

Entendemos que o Estado tem um papel importante na execução direta de serviços sociais como educação, saúde, assistência social, etc. É permitido que a iniciativa privada preste estes serviços, que serão fiscalizados e em alguns momentos autorizados pelo Poder Público, mas é obrigatório que o Estado tenha o seu aparelhamento para prestação direta dos serviços sociais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que “não tem fundamento jurídico, no direito brasileiro, a terceirização que tenha por objeto determinado serviço público como um todo”.¹¹ Assim, não é possível, por exemplo, que determinado município repasse toda a gestão da educação ou saúde pública para entidades do “terceiro setor”.

Tratando das organizações sociais, mas com posição também aplicável às OSCIPs, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é 'dever do Estado' e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-lo a organizações sociais”. Uma vez que os serviços sociais são não-exclusivos (ou não-privativos) do Estado, não cabe a concessão ou permissão de serviços públicos. O autor citado aduz que “como sua prestação se constitui em 'dever do Estado', conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de 'adjudicá-los' a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou”.¹²

2. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo terceirização pode ser utilizado em sentido amplo, quando define a introdução de um terceiro no desenvolvimento de uma atividade do Estado, englobando, por exemplo, as concessões de serviços públicos, que repassam a própria gestão de todo o serviço público. Neste trabalho

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, p. 666, 668 e 782.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 239.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, p. 232.

utilizaremos a expressão em sentido estrito, para definir a vinculação de terceiros à execução material, não implicando na transferência da gestão de serviço público.¹³

É importante ressaltar que o que se terceiriza é a prestação de serviços de atividade-meio, e não a disponibilização de mão-de-obra. Segundo Dora Maria de Oliveira Ramos:

*“A empresa de colocação de mão-de-obra, assumindo uma atitude de exploração do trabalho alheio, intermedia a relação entre patrão e empregado, subtraindo uma parte da remuneração deste. Por equiparar 'trabalhador' e 'mercadoria', é prática repudiada pela doutrina e jurisprudência. A vedação de intermediação de mão-de-obra prestigia princípios ligados à moral, que objetivam desestimular a exploração do homem pelo homem. Na Administração Pública, acresça-se que a contratação de pessoal exige a realização de concurso público (artigo 37, II, da Constituição Federal)”.*¹⁴

Sobre terceirização, o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, dispõe o seguinte:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador

13 Sobre o tema ver RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001, p. 55.

14 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Obra citada, p. 58-59.

a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador 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 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.”¹⁵ (Grifei.)

Assim, tanto no âmbito privado quanto na Administração Pública, é possível a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador do serviço, sendo ilícita simples locação de mão-de-obra, com a existência de pessoalidade e subordinação direta, assim como também é contrário ao ordenamento jurídico a terceirização de atividades-fim.

Enfim, a terceirização na Administração Pública apenas será lícita se as atividades repassadas para terceiros forem relativas às atividades-meio do órgão ou entidade estatais, e ainda se inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (lembrando que normalmente a doutrina trabalhista ainda acrescenta a onerosidade e não-eventualidade ou continuidade).

Dora Maria de Oliveira Ramos exemplifica a contratação de

¹⁵ Texto atualizado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 24.11.2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada pelo Distrito Federal, entendeu pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

[...] A terceirização ilícita realizada por empresas privadas gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode se dar, como regra, por concurso público (art. 37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimentos por prejuízos aos cofres públicos, etc".

professores para uma escola ou de médicos para um hospital como terceirização ilícita, pois há o repasse de atividades-fim do tomador ao terceirizado. A própria autora informa que não há lei expressa que impeça a terceirização na atividade-fim do terceirizante, mas afirma que a Justiça estabelece esta condição como presunção relativa de que, nesta situação, haverá fraude aos direitos dos trabalhadores.¹⁶

Para não caracterizar a pessoalidade, na terceirização lícita, para a Administração Pública, independe qual a pessoa física que irá exercer as atividades. Para ser caracterizada a subordinação direta, é necessário que o administrador público dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da empresa terceirizada e submetendo-os ao seu poder disciplinar. Para Dora Maria de Oliveira Ramos na terceirização ilícita “o prestador nada mais faz do que colocar o trabalhador à disposição do tomador do serviço”.¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda aduz que “se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lha penalidades; se a empresa contratada se substitui mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão-de-obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta”.¹⁸

A terceirização ilícita realizada por empresas privadas gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode se dar, como regra, por concurso público (art. 37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimentos por prejuízos aos cofres públicos, etc. Di Pietro, ainda, observa: “O que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público”.^{19 20}

16 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Obra citada, p. 71.

17 Ibid, p. 66-67.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 233.

19 Ibid, p. 233.

20 Art. 37 da Constituição: “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;” A exceção para a contratação de servidores sem concurso público é a contratação de comissionados, nos termos do próprio inc. II, e de temporários, conforme o inc. IX do art. 37.

3. A TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DAS ENTIDADES DO “TERCEIRO SETOR”

Além da questão de que o Estado é um ator fundamental na prestação direta de serviços sociais, segundo nossa Constituição de 1988, outro ponto que deve ficar claro é que qualquer repasse de atuações do Estado para o “terceiro setor” apenas pode ocorrer com relação às atividades-meio das entidades estatais. Seria a chamada terceirização lícita já tratada.

Quando a Administração Pública firma um acordo de vontade com terceiros para que estes exerçam alguma atividade para o Poder Público, seja por meio de contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, ou qualquer outra denominação, isso será denominado terceirização.²¹

Entendemos que qualquer terceirização a ser realizada pela Administração Pública, independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas será lícita se o objeto for a execução de alguma atividade-meio do órgão ou entidade estatal.²²

Não há sentido que se entenda que não pode a Administração Pública terceirizar atividades-fim do Estado para a iniciativa privada, por meio de contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, por se considerar esta prática como burla ao concurso público, e permitir a terceirização de atividades-fim para entidades do “terceiro setor” por meio de convênios, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs. As normas que tratam dos convênios, dos termos de parceria com as OSCIPs (Lei 9.790/99) ou dos contratos de gestão com as organizações (Lei 9.637/98), em qualquer momento alteram o ordenamento jurídico brasileiro no sentido de permitirem que o Estado repasse atividades próprias, serviços sociais, para o “terceiro setor”.

21 Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais. A privatização de creches municipais. In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal – IDAF nº 13, agosto/2002, Curitiba: Zênite.

22 Note-se que muitos entes da Administração Pública vêm firmando parcerias com o “terceiro setor” para fugir dos limites com gastos de pessoal fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Ora, qualquer terceirização com o intuito de substituição e servidores deve ser contabilizada como despesas com pessoal, nos termos do parágrafo 1º do art. 18 da LRF: “Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica ressaltam “que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP (...) impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público”.²³

Note-se que todos os instrumentos citados são possíveis de serem utilizados para fins de fomentar o “terceiro setor”, que é um dos papéis do Estado. Di Pietro defende o papel de fomentador do “terceiro setor” pelo Estado, mas aduz que a extinção de órgãos ou entidades estatais e a paulatina diminuição da prestação de serviços sociais pelo Estado, apenas com o incentivo da iniciativa privada por meio das parcerias “em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é a Constituição que prevê os serviços sociais como dever do Estado e, portanto, como serviço público”.²⁴

Walter Claudius Rothenburg também entende ser ilícito repassar para organizações sociais, para a gerência e prestação ampla dos serviços de saúde, por ser esta uma atribuição típica do Estado, assim como que na área da educação devem ter universidades mantidas pelo próprio Estado, sendo possível a contratação com a iniciativa privada de serviços ancilares.²⁵

23 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. In: Fórum administrativo – Direito Público, ano 5, nº 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005, p. 5209-5351.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 264 e 269. Sobre a fuga do regime jurídico administrativo e as parcerias, a autora ainda indaga: “qual a razão pela qual a Constituição estabeleceu normas sobre licitação, concurso público, controle, contabilidade pública, orçamento e as impôs para todas as entidades da Administração Pública? Será que as impôs porque se entendeu que elas são essenciais para proteger a coisa pública ou foi apenas por amor o formalismo? E se elas são essenciais, como se pode conceber que, para escapar às mesmas, se criem institutos paralelos que vão administrar a mesma coisa pública por normas de direito privado, inteiramente à margem das normas constitucionais?”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 296. Ver ainda VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Sobre fomento ver ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003.

25 ROTHENBURG, Walter Claudius. Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado; novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 107.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, entendemos o seguinte:

1. Nossa Constituição de 1988 é uma Constituição Social, que na ordem social obriga a atuação direta do Estado dos serviços sociais, nas áreas da educação, saúde, assistência social, etc.;

2. Não é possível que, por exemplo, prefeituras terceirizem toda a gestão da saúde e educação para entidades do “terceiro setor” qualificadas como organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs;

3. Ao contrário das atividades econômicas tratadas na ordem econômica da Constituição, nas quais a participação do Estado pode ser considerada como subsidiária, os serviços sociais devem ser prestados pelo Poder Público, de forma democrática, fiscalizados pela sociedade civil, que também deve participar na formulação de políticas, por meio, por exemplo, dos conselhos gestores de políticas públicas;

4. A iniciativa privada, com fins lucrativos (mercado) ou sem fins lucrativos (“terceiro setor”), também pode prestar estes serviços, até com o fomento do Estado - de preferência para o “terceiro setor” -, mas não como resultado da desresponsabilização do Estado na prestação direta destas atividades;

5. A Administração Pública apenas pode terceirizar suas atividades-meio (execução material), seja utilizando-se de contratos com empresas e entidades do “terceiro setor”, convênios com o “terceiro setor”, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs;

6. Não pode o Poder Público firmar um contrato, convênio ou termo de parceria com entidades do “terceiro setor”, seja para repassar atividades-fim, a gestão de todo um aparelho público prestador de serviços públicos sociais, ou mesmo disponibilizar mão-de-obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público;

7. Assim, a disponibilização de professores para escolas públicas ou de médicos para hospitais públicos não poderá ocorrer por meio de

contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria, com empresas, associações de utilidade pública, organizações sociais, OSCIPs, cooperativas;

8. Mesmo se condizente com a atividade-meio da Administração Pública, não poderá a terceirização tratada neste estudo servir para disponibilização de pessoal com a caracterização de personalidade e subordinação direta.

Publicado originalmente no Blog do autor - Blog do Tarso - ácido, mas sem perder a ternura jamais!
Direito Administrativo - Licitações e Contratos Administrativos - Direito do Terceiro Setor Curitiba - Paraná - Brasil

Acórdão

Tobias de Macedo Filho

Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 02872-2011-664-09-00-2, publicado em 30/03/2012, Relator Desembargador Tobias de Macedo Filho.



Terceirização

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 5ª Vara do Trabalho de Londrina, sendo recorrentes **PATRICIA ALCANTARA DE OLIVEIRA e VIVO S/A.** e recorridos **OS MESMOS e MOBITEL S/A.**

[...]

RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ VIVO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A ré Vivo pede a reforma da sentença para afastar sua responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas reconhecidos à autora devidos pela ré Mobitel.

Disse a autora, na inicial, que foi admitida em 11/9/2010 pela ré Mobitel, como representante de atendimento de call center em benefício da ré Vivo, em serviços essenciais à atividade fim desta e postulou a decretação da responsabilidade solidária desta empresa, pelas obrigações trabalhistas requeridas. Sucessivamente, pediu a responsabilidade subsidiária da ré Vivo.

Em resposta, a ré Mobitel disse que assumiu a prestação dos serviços especializados de administração e operação do call center da ré Vivo, mas que tem estrutura própria e presta serviço a outras pessoas jurídicas e, além disso, a autora jamais foi subordinada à ré Vivo. Entende que a atividade fim é diversa, eis que a ré Vivo presta serviços de telefonia a seus clientes e a ré Mobitel presta serviços de tele-atendimento.

Afora as hipóteses reguladas pelas Leis 6.019/1974 e 7.102/1983, a legislação brasileira não admite a locação de mão de obra para o desempenho de atividades essenciais aos fins da tomadora ou mesmo

[...] Ainda que lícito o negócio jurídico celebrado entre aludidos sujeitos, o sistema normativo trabalhista resguarda o direito do hipossuficiente, evitando-lhe prejuízos acarretados por aqueles que já se favoreceram da sua força de trabalho, pelo instituto da solidariedade ou da subsidiariedade".

de atividades meio, com pessoalidade e subordinação. É que a cessão permanente de trabalhador à empresa tomadora não pode ser conceituada como espécie de locação de serviços, prevista pelo direito comum. Ao contrário, o que se dá é a típica intermediação do trabalho por interposta pessoa, que nada mais faz do que, numa relação triangular, favorecer-se do trabalho comum, sem nada lhe acrescentar.

Como não se trata de atividade essencial da tomadora, mas é inegável que dos serviços da autora a tomadora se beneficiou, esta deve responder por eventuais créditos não satisfeitos.

A execução continuada de serviços de atendimento aos clientes (call center) em favor da tomadora mediante terceirização de serviços implica responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, VIVO, pelos créditos trabalhistas devidos ao empregado da prestadora, Mobitel, como dispõe a Súmula 331, IV, do TST.

Súmula 331. 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. "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".

A opção pela terceirização de serviços não torna o tomador inviolável quanto às obrigações trabalhistas devidas à trabalhadora pela prestadora de serviços. Ainda que lícito o negócio jurídico celebrado entre aludidos sujeitos, o sistema normativo trabalhista resguarda o direito do hipossuficiente, evitando-lhe prejuízos acarretados por aqueles que já se favoreceram da sua força de trabalho, pelo instituto da solidariedade ou da subsidiariedade.

O item IV da indigitada Súmula 331 não cogita de inidoneidade econômico-financeira da empresa terceirizada para a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, tampouco de configuração de fraude na contratação de empresa interposta; basta, para tanto, o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador.

Nem se alegue que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária viola o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República. Não se verifica inconstitucionalidade ou ilegalidade na decisão hostilizada, ante os fundamentos expostos na edição da referida súmula embasadora desta decisão. A súmula de jurisprudência encerra a tese jurídica predominante sobre determinada matéria no tribunal que a enunciou, de modo que sua menção, nas sentenças e nos acórdãos, satisfaz a exigência constitucional da fundamentação das decisões (artigo 93, inciso IX).

A responsabilidade tem origem nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*, que, nos termos do artigo 942 do CCB, atribui responsabilidade a todos pela reparação, sem restrição quanto ao direito lesado.

A responsabilidade subsidiária imposta à recorrente abrange todas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, inclusive as sanções dispostas em lei, em norma coletiva, e a indenização relativa ao FGTS, porquanto decorrentes da inexecução de obrigação trabalhista. Não se trata de participação direta no ato *in si*, tampouco de aplicação de penalidade que ultrapassa a pessoa que lhe deu causa. Constitui, sim, extensão da responsabilidade por valores pecuniários, decorrente das culpas *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços, pelo não cumprimento do contrato de trabalho que deu origem a penalidades legais e contratuais e a parcelas de natureza indenizatória. Não caracteriza, portanto, ofensa aos artigos 5º, incisos II e XLV, e 37, caput, ambos da Constituição da República.

Ressalto, por fim, que a previsão contratual que estabelece a responsabilidade exclusiva da empresa interposta não tem eficácia *erga omnes*, mas apenas *inter partes*; não prevalece sobre os termos da lei. Cabe à *ré VIVO*, caso venha a ser executada, ingressar com ação regressiva em face da *ré Mobitel*, perante juízo outro que não o trabalhista, para dar efetividade aos contratos firmados por ambas.

Mantenho a sentença.

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da *ré*.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER** dos recursos ordinários das partes e das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos ordinários da autora e da ré Mobitel, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 20 de março de 2012.

TOBIAS DE MACEDO FILHO

Relator

Acórdão

Ana Carolina Zaina

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 13518-2009-009-09-00-8, publicado em 19/04/2011, Relatora Desembargadora Ana Carolina Zaina.



Terceirização

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 09ª Vara do Trabalho de Curitiba - PR, em que é Recorrente **CENTRO INTEGRADO E APOIO PROFISSIONAL** e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**.

[...]

TERMO DE PARCERIAS - OSCIPS - INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA - PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA (PSF), AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE A ENDEMIAS

O d. Juízo a quo acolheu em parte a pretensão inicial para declarar "ilegal a intermediação pelo Réu dos serviços de médicos, enfermeiros, agentes comunitários e agentes de combate a endemias no âmbito do Estado do Paraná, determinando-lhe que se abstenha de contratar ou manter contratados referidos profissionais, para a execução dos Programas Saúde da Família, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por trabalhador que estiver nestas circunstâncias" (fl. 709).

Inconformado, o réu alega que é uma OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, integrante do terceiro setor, associação civil (art. 50 do CCB) e sem fins lucrativos, que faz projetos sociais para entes públicos, dentre eles Municípios do Estado do Paraná, firmando Termos de Parceria, de acordo com a Lei 9.790/1999. Realizado o projeto para cada Município, o réu firma o Termo de Parceria, com a finalidade de aprimorar e completar os serviços públicos. No caso dos autos, os serviços prestados pelo réu têm por objetivo a "conjunção de esforços" e a complementação do Sistema Público de Saúde. Sublinha que a intenção não é de substituir os serviços públicos, mas complementá-los. Aduz que "não existe transferência de uma atividade típica do Estado (e nem poderia existir), mas sim, o desenvolvimento de um programa ou plano de ação que virá a aperfeiçoar e melhorar o serviço público

estatal. O Estado continua obtendo a fiscalização e o controle dos serviços essenciais" (fl. 749). Nega que exista terceirização ou intermediação de mão-de-obra, sendo inaplicável a Súmula 331 do C. TST. Invoca os arts. 198 e 199 da CF/88, bem como a Lei 8.080/1990, o princípio da eficiência e a garantia de acesso à saúde. Transcreve decisão proferida nos autos de ação civil pública 4.530/2008, que tramitou perante a 1ª Vara do Trabalho de Londrina. Destaca que nos Termos de Parceria consta que a seleção, contratação e pagamento do pessoal é de responsabilidade do réu CIAP, conforme modelo fornecido pelo Ministério da Justiça. Por fim, pondera que o acolhimento da pretensão inicial acarretará a dispensa de diversos empregados, com o pagamento de "indenizações trabalhistas de elevado valor não previstas nas verbas disponibilizadas pelos Termos de Parceria celebrados" (fl. 772).

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, na qual discute-se as contratações de pessoal na área da saúde, por Municípios do Estado do Paraná, através da intermediação do réu (OSCIPI) por meio de Termo de Parcerias, mais especificamente para a prestação de serviços ligados ao Programa Saúde da Família (PSF), envolvendo agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias.

A Lei 9.790/1999 conceitua, em seu art. 9º, o Termo de Parceria: "instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei".

Como bem destacado na r. sentença, os arts. 198 e 199 da Constituição Federal estabelecem que as instituições privadas podem participar de forma complementar dos sistema único de saúde:

"Art. 198. §4º. Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos de atuação."

"Art. 199. §1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos." (destaquei)

Portanto, os Termos de Parceria celebrados entre o réu e alguns Municípios do Estado do Paraná devem observar esse caráter de complementação dos serviços de saúde prestados, o que, ao meu ver, não foi observado no Programa Saúde da Família (PSF), que utiliza a mão-de-obra de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate a endemias. Note-se que o próprio recorrente reconhece no seu apelo que os serviços prestados pelas OSCIPs devem ser complementares, nunca substituindo os serviços públicos de saúde.

Reputo que a prova testemunhal demonstrou que existe, na verdade, intermediação ilegal de mão-de-obra pelo réu aos entes públicos. Foram ouvidas três testemunhas, por Carta Precatória, convidadas pelo demandado.

A primeira testemunha disse:

"a depoente trabalha na reclamada; há pessoas do Município trabalhando na reclamada sendo que são funcionários da Autarquia Municipal da Saúde; são 160 pessoas trabalhando na reclamada das quais 60 do Município; a reclamada faz seleção de pessoal e qualificação profissional dos escolhidos. (...) Reperguntas do Autor: a depoente trabalha na reclamada desde 2004; a depoente anteriormente prestava serviços na área de saúde ao Município de Rolândia; não houve promessa do Município de transferência de empregados que prestavam serviços à Santa Casa Municipal para o Samu, pelo Prefeito provisório Padre Roque; a depoente não sabe se houve alguma promessa do Prefeito para transferência dos funcionários que prestavam serviço na Santa Casa para outro programa; grande parte desses funcionários foram contratados pelo Ciap a partir de 01 de abril de 2009; a depoente não sabe

quando eles pararam de prestar serviço para a Santa Casa; essas pessoas foram alocadas no Programa Equipe Saúde da Família; são mais de cem pessoas trabalhando nesse programa; esse programa também é coordenado pelo Ciap; os serviços prestados por esses trabalhadores são os mesmos que eram prestados anteriormente quando eram empregados da Santa Casa; (...) até 2009 a reclamada atuava com Agente de Controle de Endemias, na Policlínica Municipal e no Samu e nessa época contava com cerca de 450 funcionários, dos quais 100 eram do Samu; quando do Projeto Equipe e Saúde da Família firmado em abril de 2009, a reclamada contratou cerca de 500 profissionais, sendo que hoje na reclamada há mais de 900 funcionários, registrados como empregados da reclamada; dos trabalhadores da Santa Casa que prestavam serviço na Equipe de Saúde da Família cerca de 70% foram prestar serviços no Projeto Equipe de Saúde da Família da reclamada; de cada 10 funcionários da Santa Casa, 7 se interessaram em prestar serviços para a reclamada, dos quais 4 ou 5 foram contratados e o restante não foi aproveitado; entre os 500 funcionários, há pessoas contratadas que não trabalhavam na Santa Casa mas a depoente não sabe que percentual seria esse; dos 500 funcionários contratados cerca de 400 vieram da Santa Casa; os funcionários públicos da Autarquia Municipal de Saúde e os empregados do Ciap que trabalham no Samu, fazem exatamente as mesmas atividades dentro da contratação individual; (...) a reclamada presta serviços em Bela Vista do Paraíso, Ibiporã, Londrina e Ourinhos no interior de São Paulo; estes municípios são atendidos pelo Núcleo Regional de Londrina sendo que há prestação dos serviços por todo Estado e em outros Estados da Federação; a depoente não pode informar se esta mesma situação descrita nesses autos ocorreu em outros municípios; (...)" (destaquei - fls. 631-632).

A segunda testemunha declarou que os serviços são prestados dentro dos prédios da Administração Pública, sendo que "existem trabalhadores contratados pelo município e outros pela reclamada; que a única diferença é o vínculo jurídico formado; que a prestação dos serviços é a mesma" (destaquei - fl. 649). Mais adiante completou: "que se não houvesse o termo de parceria a ré não teria contratado os empregados" (destaquei - fl. 649).

No mesmo sentido, o depoimento prestado pela terceira testemunha:

"(...) que as ambulâncias faziam parte dos municípios, mas a manutenção, abastecimento, trabalhadores, suprimentos e materiais médico-hospitalar, uniforme, EPIs eram fornecidos pelo reclamado; que houve uma delegação pelos órgãos convenientes (parceiros), para que a CIAP assumisse toda a parte de saúde correspondente ao SAMU e PSF dos locais acima; que o nicho de mercado do CIAP é a área de saúde, educação, meio ambiente e ação social; (...) Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamante, respondeu: que melhor explicitando a atuação da reclamada em relação ao PSF, sabe informar que os termos de parceria são adaptados às necessidades de cada município, elaborados após visita técnica à Prefeitura; que a maior parte dos municípios deseja a ampliação do quadro de médicos e enfermeiros(equipes), inclusive por questões orçamentárias e de exigência do concurso público, motivo pelo qual obtém a referida ampliação, após a elaboração de projeto e termo de parceria com o CIAP; (...) que a equipe operacional, rádio operadores, técnicos em enfermagem, médicos plantonistas, motoristas, condutores são empregados do CIAP; (...) que nesse caso há 70 colaboradores concursados atuando da mesma forma, em conjunto com o CIAP; (...)" (destaquei - fls. 669-670).

Pode-se afirmar, então, que a OSCIP ré tem atuado como mera intermediadora de mão-de-obra, envolvendo auxiliares de enfermagem, médicos, enfermeiros, dentistas, atendentes, etc. Não há complementação dos serviços de saúde municipais, mas sim verdadeira substituição. Note-se

que os serviços de saúde incumbem ao Estado, que pode complementá-los por Termos de Parcerias firmados com OSCIPs. Como a própria designação já evidencia, "parceria" e não delegação de todo ou de grande parte do atendimento da saúde da população às OSCIPs.

Quando não há mais interesse por parte de determinado Município na prestação dos serviços pelo profissional, é comunicado ao instituto que realiza a rescisão do contrato. São essas rescisões que geram as inúmeras ações analisadas pela Justiça do Trabalho e que tem ensejado inúmeras condenações a título subsidiário, para os entes da Administração Pública.

Transcrevemos trecho de uma das centenas de decisões que tem sido tomadas por esta E. 2ª Turma, ao longo de anos, em que se constata a irregularidade na contratação que deveria ser direta e com observância do disposto na Constituição Federal, como mencionado no v. Acórdão originado no RO 1112-2009-669-09-00-5, publicado no DJ 20/08/2010:

"(...) constata-se que foi firmado convênio entre o Município de Jaguapitã e a APMI - Associação de Proteção à Maternidade e à Infância, com o objetivo de transferir a esta os serviços de agente comunitário de saúde que deveriam ser prestados pelo réu, os quais, segundo a Constituição (artigo 196), constituem obrigação do poder público. Considera-se que, descumpridas as obrigações trabalhistas por parte da prestadora, a tomadora deve responder pelo cumprimento destas."

Mencionamos, ainda, as decisões proferidas nos ROs 585-2009-562-09-00-2, DJ 31/08/2010 e 1135-2009-657-09-00-0, da lavra de nossa Relatoria.

Pedimos venia para outra citação do que vem sendo decidido. Trata-se de fundamentação que se extrai da decisão proferida nos autos 00103-2008-666-09-00-7 (RO 8285/2010) e publicada em 20 de julho de 2010:

"Defato, nos autos não se pretende o reconhecimento do vínculo de emprego em face da municipalidade, mas a declaração da responsabilidade solidária/subsidiária no pagamento dos haveres trabalhistas. Observo que nessa quadra a r. sentença condenou os réus apenas ao pagamento do FGTS do período, aplicando a Súmula 363 do C. TST."

Incontroverso que a recorrente laborou no período de 01 de março de 2005 a 31 de março de 2006 para o primeiro réu, em Hospital do Município. Também resta incontroverso que a autora não recebeu as parcelas rescisórias (13º salário, férias acrescida do terço, saldo de salário, piso extra-salário, multas dos artigos 467 e 477 da CLT, FGTS do período).

Assim, a meu ver, a questão não alberga discussão acerca da relação empregatícia em face do Município, mas tão somente a questão da sua responsabilidade. O próprio autor alega em recurso que a única pretensão é nesse sentido e não no sentido do reconhecimento do vínculo.

Logo, diante da ausência de pagamento das verbas pretendidas pela parte autora e diante do fato incontroverso referente ao vínculo de emprego existente entre a autora e o primeiro réu, inexistindo ainda qualquer prescrição a ser declarada, na medida em que a ação foi ajuizada em 31.03.2008 e a rescisão ocorreu em 31.03.2006, REFORMO a r. sentença para acrescer à condenação a responsabilidade solidária dos réus pelo pagamento das seguintes parcelas rescisórias, considerando o período contratual de 01.03.2005 a 31.03.2006: 13º salário, férias acrescidas do terço, nos limites do pedido. Acresço à condenação o pagamento das multas dos artigos 467 e 477 da CLT."

Importante que teçamos alguns comentários acerca do que restou decidido por esta E. Turma.

A solução transcrita em parte, baseia-se numa peculiaridade de cunho processual - a parte autora, naquela ação, jamais pretendeu que se reconhecesse vínculo diretamente com o Município, mas apenas postulou verbas relativas a um contrato que manteve com o primeiro réu, Centro Comunitário Dr. Santos.

Em hipóteses como a acima referida, a consequência que, a meu ver, preserva da forma mais adequada os interesses dos trabalhadores, é o afastamento da declaração de nulidade.

[...] Não se está impedindo que o Município atue, propiciando à população o acesso à saúde e aos serviços correlatos, mas apenas determinando que tal mister seja alcançado em conformidade com a legislação vigente, evitando-se, assim, a violação dos direitos dos trabalhadores".

É que se mostra excessivamente drástica, do ponto de vista do trabalhador, a declaração de nulidade de seu contrato de trabalho, com o deferimento tão somente de depósitos fundiários. Com efeito, a apreciação em lide de caráter individual deve buscar a preservação, o quanto possível, dos interesses do trabalhador.

Reconhecemos que se trata de situação bastante séria e que não pode ser ignorada pelo Poder Público, especialmente o Judiciário.

No entanto, seus efeitos não podem se propagar, de plano, a ponto de atingir os direitos individuais de quem, afinal, prestou os serviços com a convicção de que o fazia por força de contrato perfeito e regular, firmado com pessoa jurídica de direito privado cujas ligações com o Município eram ignoradas pelo trabalhador, no momento da pactuação.

Dessarte, tem entendido esta E. Turma, em hipóteses como as que pretende evitar o autor, mediante o ajuizamento da presente ação, pela condenação do ente da Administração Pública, ao pagamento integral das parcelas devidas ao trabalhador indiretamente contratado, até mesmo em regime de solidariedade com a entidade que intermediou a contratação.

Importante lembrar que ao Magistrado cabe aplicar o direito ao conflito trazido pelas partes, sem que lhe seja dado proferir, sem provocação, decisão que impeça a reincidência da parte condenada.

Esse efeito, no entanto, pode ser obtido mediante o ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Público do Trabalho, como a que temos sub judice.

Resta mencionar que a forma adotada, além de burlar o preceito constitucional, como alegado pelo autor, impede que a contratação se dê observando o princípio da isonomia no que pertine aos demais trabalhadores, visto que não realizado concurso público.

Não se está impedindo que o Município atue, propiciando à população o acesso à saúde e aos serviços correlatos, mas apenas determinando que tal mister seja alcançado em conformidade com a legislação vigente, evitando-se, assim, a violação dos direitos dos trabalhadores.

O fato de os prejudicados poderem buscar seus direitos perante o Poder Judiciário não obsta a condenação inibitória. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart,

"se a única sanção do ilícito fosse a tutela ressarcitória, o próprio conceito de norma jurídica estaria comprometido, já que o direito não estaria sendo garantido adequadamente pela sanção presente na própria norma jurídica. É por isso que não temos dúvida alguma em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico preocupado em efetivamente garantir - e não apenas proclamar - os direitos" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 441).

Assim, reconhecendo-se que a prática adotada tem causado prejuízos à coletividade, aos trabalhadores contratados indiretamente, e aos próprios Municípios que celebraram os Termos de Parceria com o réu, reconhece-se a necessidade de se acolher a pretensão deduzida pelo autor.

No mesmo sentido, esta E. Turma já decidiu em caso similar, citado, inclusive, nas contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público do Trabalho:

"ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PARCERIAS. Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) compõem o chamado terceiro setor, a quem incumbe, em tese, suprir a atuação deficiente do Estado e do mercado, em especial na área social. Ocorre que o verdadeiro objetivo das entidades foi desvirtuado, em larga escala, para fazê-las funcionar como meros instrumentos de terceirização de serviços que, embora calcada na lei, produz os mesmos efeitos danosos da intermediação ilícita de mão-de-obra que tanto se combate. A ideologia que gerou essas figuras, embora muito bem maquiada com intuito benemerente, nada mais é do que a mesma cultura neoliberalista que levou à privatização indiscriminada, com o objetivo de reduzir o Estado ao mínimo necessário e sepultar, definitivamente, o assistencialismo. O combate a endemias pode, de certa forma, ser considerado de natureza transitória, na medida em que é noção do senso comum que endemias devem ser combatidas o mais rapidamente possível. Para o ente público, todavia, ações regulares de prevenção de doenças

e promoção da saúde não são necessidades transitórias, até porque indispensáveis para que cumpra o comando constitucional de prestar serviço público de saúde. O correto, portanto, é que mantenha quadro próprio e fixo de servidores que possam ser direcionados, temporariamente, ao atendimento de situações emergenciais. Recurso a que se nega provimento para manter a responsabilidade do ente público. Correta, pois, a r. sentença, não havendo que se falar em ofensa aos dispositivos legais elencados nas razões recursais." (TRT-PR-RO 04223-2005-658-09-00-6, 2ª Turma, Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu, publicação: 20/10/2006).

Correta, pois, a r. sentença, não havendo que se falar em ofensa aos dispositivos legais elencados nas razões recursais.

Nego provimento.

III. CONCLUSÃO

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU** e, no mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para deferir-lhe os benefícios da justiça gratuita. Tudo nos termos da fundamentação. Custas isentadas (art. 790, §3º c/c 790-A, caput da CLT).

Intimem-se.

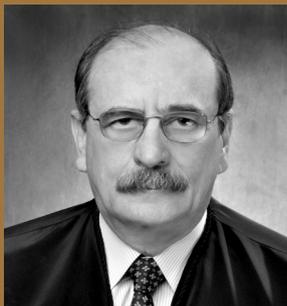
Curitiba, 05 de abril de 2011.

ANA CAROLINA ZAINA
DESEMBARGADORA RELATORA

Acórdãos

Arnor Lima Neto

Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 01571-2011-872-09-00-2, publicado em 01/06/2012, Relator Desembargador Arnor Lima Neto.



Terceirização

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **05ª VARA DO TRABALHO DE MARINGÁ-PR**, em que é Recorrente **FABIANA SERAFIM DE MORAES** e Recorridos **CONFECÇÕES MATSUNAGA LTDA. [ME]**, **PHARAOS CONFECÇÕES LTDA. (EPP)** e **CONFECÇÕES SHIROMA LTDA.**

[...]

2. MÉRITO

SUBSIDIARIEDADE

Inconformada, a parte autora recorre contra a r. sentença que absolveu a terceira reclamada (Confecções Shiroma Ltda.), sob o argumento de que não está caracterizada a terceirização prevista no inciso IV, da Súmula 331 do TST. Sustenta que, diante dos documentos carreados aos autos, restou comprovada a exclusividade na prestação de serviços da 1ª e 2ª reclamada em favor da 3ª reclamada, assim como não veio aos autos o contrato de facção aventado pela 3ª reclamada. Postula, assim, a responsabilidade subsidiária da terceira reclamada, com fulcro no contido na Súmula 331, inciso IV, do C. TST.

Sem razão.

A reclamante alegou na sua inicial que foi admitida em 01/06/2007, pelas duas primeiras reclamadas, para exercer a função de costureira, no entanto, afirmou que prestava serviços exclusivamente para a 3ª Reclamada, "que abastecia toda a rede de lojas". Sustentou, também, que a terceira reclamada era "tomadora integral dessa mão-de-obra" e "sem qualquer comunicação com as primeiras reclamadas". Requereu a responsabilidade subsidiária da terceira reclamada. (fl. 04)

A terceira reclamada, por sua vez, defendeu-se dizendo que havia entre ela e a primeira e segunda reclamada um contrato de facção, "sem o condão de fraudar o recebimento de direitos trabalhistas dos empregados da primeira reclamada e da segunda reclamada". Informou que havia contrato idêntico com outras empresas. Disse, também, que se trata de contrato de facção "utilizado especialmente na indústria têxtil que possui características estritamente comerciais, com autonomia na prestação de serviços e fornecimento de produtos acabados por parte da empresa faccionária. Nele ocorre locação de mão de obra por empresa interposta ou qualquer ingerência da empresa contratante sobre o sistema de produção da contratada, o que não se pode confundir com a terceirização de mão de obra". (fls. 150/151)

Decidiu o MM. Juízo a quo:

"Segundo a inicial, a autora foi admitida pelas duas primeiras reclamadas para trabalhar como costureira. Porém, a produção da 1ª e 2ª reclamada era destinada exclusivamente à terceira ré, Confecções Shiroma Ltda., que abastecia toda a rede de lojas. Conclui, por isso, que a terceira reclamada era a tomadora dos serviços. Pretende o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da 3ª reclamada, nos termos da Súmula 331 do C. TST.

É incontroverso que a primeira e segunda reclamadas mantiveram contrato de prestação de serviços com a terceira. No entanto, a pretensão da autora de responsabilizar a 3ª reclamada nos termos da Súmula 331 do TST, não merece prosperar, uma vez que não demonstrou a existência de locação de mão-de-obra. No presente caso, a autora não prestou serviços nas dependências da 3ª reclamada ou sob ordens da mesma. A reclamada Confecções Shiroma Ltda. não era tomadora dos serviços, mas apenas cliente das duas primeiras reclamadas.

Ademais, em seu depoimento, a autora afirmou que não havia ninguém a mando da 3ª reclamada fiscalizando a produção nas dependências da 1ª e 2ª reclamada, disse que havia apenas carregamento de mercadorias para São Paulo.

Assim, concluo que não está caracterizada a terceirização prevista no inciso IV, da Súmula

[...] O caso em tela trata de utilização, pela terceira ré, de serviços de facção para confecções prestados pelas demais reclamadas".

331 do TST, portanto, não há que se falar em responsabilidade subsidiária da 3ª reclamada.

Rejeito o pedido de item "2", segunda parte, de fl. 19." - fls. 198v./199, sem os destaques no original.

O caso em tela trata de utilização, pela terceira ré, de serviços de facção para confecções prestados pelas demais reclamadas.

Evidente, pois, que não se pode aplicar ao caso em tela a responsabilidade solidária da recorrente, tampouco o disposto pelo inciso IV, do Enunciado n.º 331 do C.TST, destinado a regular hipóteses de locação de mão-de-obra, o que não se configura na situação em apreço.

O maquinário utilizado não era de propriedade da terceira reclamada. A autora não estava subordinada à terceira reclamada.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência desta Corte:

"CONTRATO DE FACÇÃO - Trata, o contrato de facção, de ajuste que tem por objeto a entrega de produtos acabados, a serem elaborados no âmbito da empresa de facção, por seus próprios empregados, sem que exista ingerência por parte da contratante. No caso, as atividades desta diferiam, em essência, das desenvolvidas pela empregadora, realidade extraída da prova produzida e, em especial, dos objetos sociais contratualmente previstos. Não há, portanto, terceirização de atividade-fim, de forma a atrair a formação de vínculo empregatício direto com a contratante, até porque não há qualquer evidência de que a relação entre esta e a autora se desenvolvesse de forma pessoal ou subordinada. Perfeitamente característica, portanto, a relação comercial entre as empresas. Responsabilidade da contratante que não se reconhece, portanto, seja na forma solidária ou subsidiária, já que a regular prática do contrato de facção, como ocorrido, refoge à hipótese semântica da Súmula 331 do TST. Sentença reformada. (00438-2010-068-09-00-3, Des. Rel. SUELI GIL EL-RAFIHI, 4ª Turma, 24/06/2011).

Oportuno também mencionar a jurisprudência do egrégio TST:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FACÇÃO. O contrato de facção é um fenômeno

comum na indústria têxtil, onde se fraciona o processo fabril, repassando-se à facionária a realização de parte das atividades necessárias à obtenção de um produto final. Nele, a indústria contratante não tem influência sobre a forma de produção da contratada. Assim, não há entre as empresas que o firmam a responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: RR - 31800-14.2009.5.12.0053 Data de Julgamento: 26/10/2011, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/11/2011).

Ante essas ponderações, mantenho a r. sentença.

[...]

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, sem divergência de votos, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE AUTORA**, nos termos do fundamentado.

Custas inalteradas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 16 de maio de 2012.

DES. ARNOR LIMA NETO
RELATOR

Acórdão

Arion Mazurkevic

Acórdão da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, nº 00499-2010-909-09-00-7, publicado em 25/03/2011, Relator Desembargador Arion Mazurkevic.



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA**, sendo impetrante **MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU**, Impetrada a **EXMA. JUÍZA EM EXERCÍCIO NA 3ª VARA DO TRABALHO DE FOZ DO IGUAÇU** e Litisconsortes **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, ORGANIZAÇÃO SOCIAL PRÓ - SAÚDE ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR** e **PAULO MAC DONALD GHISI**.

[...]

2. MÉRITO

CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO

O ato impugnado teve origem nos autos de ação civil pública nº 1747-2010-303-09-00-0, que tramitam perante a 3ª Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu, nos quais foi determinado ao Município de Foz do Iguaçu: a) que se abstenha de contratar trabalhadores sem concurso público, através do terceiro requerido e de entidades filantrópicas sem fim lucrativo; b) a rescisão do contrato firmado com o terceiro Requerido no prazo de 90 dias, reassumindo diretamente as atividades do Hospital municipal; c) a abstenção de firmar contratos de gestão com Organizações Sociais, OSCIPS e outras instituições filantrópicas sem fins lucrativos, visando transferir-lhes funções correspondentes à sua atividade-fim; e d) o desligamento dos trabalhadores contratados sem prévia aprovação em concurso público, no prazo de 180 dias, tudo sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 por trabalhador encontrado em situação irregular (fls. 335/343).

Alegou o Impetrante, em síntese, que as ordens emanadas são ilegais diante da existência de contrato de gestão amparado na Lei 9.637/1998 e também frente ao disposto na Lei Municipal 3.654/2009, arts. 5º, II, 37 e 199 da Constituição Federal, art. 70 da Lei Orgânica

Municipal e Lei Complementar 17, de 30/08/1993. Aduziu também que na forma em que deferida a liminar, sem a manifestação prévia, bem como configurando esgotamento do objeto da ação, a medida está afrontando a Lei 8.437/1992. Argumentou também a impossibilidade de cumprimento das obrigações em prazo tão estreito, em vista de impeditivos legais, tal qual o período eleitoral.

Postulou, liminarmente, que fossem cassadas todas as ordens liminarmente deferidas na ação civil pública, ou, sucessivamente, a suspensão dos prazos no interregno de 03.07.2010 a 01.01.2011.

A pretensão liminar foi parcialmente deferida, pelos seguintes fundamentos (fls. 31/33):

Nos termos do art. 7º, III, da Lei n.º 12.016/2009, são dois os pressupostos para a concessão de liminar em mandado de segurança, que devem ser observados cumulativamente: existência de fundamento relevante e a evidência de risco de a manutenção do ato impugnado importar na ineficácia da medida, caso seja ao final deferida.

Reputo que esses pressupostos se evidenciam no caso em relação a dois dos comandos contidos na decisão atacada, quais sejam:

"b) Como meio de eficácia da decisão para o futuro, para elidir a perpetuação da irregularidade verificada nestes Autos, determina-se que o primeiro reclamado (Município de Foz do Iguaçu) rescinda o contrato firmado com o terceiro requerido (Organização Social Pró Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar), no prazo máximo de 90 (noventa) dias e, como mero corolário, diante de sua obrigação constitucional, reassuma, diretamente, as atividades do Hospital Municipal e, sem qualquer interrupção, preste os serviços públicos de saúde, de modo que a população não reste prejudicada."

"d) Determina-se que o primeiro requerido, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias) dias, desligue todos os trabalhadores contratados sem prévia aprovação em concurso público, inclusive

aqueles contratados através do terceiro requerido e de outras entidades filantrópicas sem fins lucrativos, excetuados somente os detentores de cargos de provimento em comissão criados por lei".

Com efeito, impor semelhantes obrigações através de tutela antecipatória concedida inaudita altera pars, com a devida vênia, evidencia-se abusivo, pelo menos no âmbito da cognição sumária passível de ser desenvolvida em sede de liminar.

Frise-se que o art. 797 do CPC estabelece que "só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes", bem como o art. 804 do mesmo Código preconiza que: "É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".

Como se vê, essas disposições legais, passíveis de serem aplicáveis na antecipação de tutela, pois o regramento específico destas não prevê a concessão sem a oitiva da parte contrária, só a autoriza quando houver a possibilidade de o Requerido, sendo citado, praticar atos que tornem inviável a sua posterior concessão.

No caso, não se vislumbra essa possibilidade nas medidas acima mencionadas.

Ademais, em relação especificamente à ação civil pública, onde a tutela antecipatória foi deferida, o art. 2º da Lei nº 8.432/92 estabelece: "No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas".

Logo, também em face dessa regra, mostra-se abusiva a antecipação de tutela concedida.

Quanto ao segundo pressuposto para deferimento de liminar em sede de mandado de segurança, em relação aos provimentos antecipatórios acima indicados, também vislumbro a presença, pois inegavelmente

[...] inegavelmente há risco de a manutenção do ato impugnado importar na ineficácia da medida, caso seja ao final deferida, se os prazos de cumprimento previsto na decisão atacada se escoar antes do julgamento final do presente mandado de segurança".

há risco de a manutenção do ato impugnado importar na ineficácia da medida, caso seja ao final deferida, se os prazos de cumprimento previsto na decisão atacada se escoar antes do julgamento final do presente mandado de segurança.

Em relação aos demais comandos da antecipação de tutela objeto do presente mandado de segurança (determinação para o Impetrante se abster de contratar trabalhadores sem concurso público, através do terceiro Requerido (a), bem como abster-se de firmar contratos de gestão com Organizações Sociais e OSCIPs (c), ainda que se vislumbre o mesmo fundamento relevante acima exposto, não se identifica a presença do segundo pressuposto, pois não se evidencia e nem restou demonstrado pelo Impetrante que exista algum risco na manutenção do ato impugnado até a apreciação final do presente mandado de segurança.

Portanto, **DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR** no presente mandado de segurança para **SUSPENDER**, até a decisão final do presente mandado de segurança, as determinações contidas nas alíneas "b" e "d" da antecipação de tutela deferida na ACP 1747-2010-303-09-00-0.

Em cognição exauriente, não vislumbro justificativa para modificar essa decisão.

O próprio Juízo indicado como Autoridade coatora reconheceu, em sua manifestação de fls. 69/71, que a liminar foi concedida inaudita altera pars, ao arrepio do art. 2º da Lei nº 8.432/92, que estabelece: "No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas".

A justificativa apresentada para o procedimento (haver condenação, em decisão transitada em julgado, para não contratar cooperativas de trabalho, bem como celebração de Termo de Ajuste de Conduta, através do qual o Requerido, ora Impetrante, se comprometeu a não contratar pessoal sem prévia submissão e aprovação em concurso público para desempenho de atividades permanentes), com a devida vênia, não autoriza a inobservância do art. 2º da Lei nº 8.432/92, que não prevê semelhante exceção. Mesmo porque se a prática que a liminar deferida pretendeu obstar estivesse afrontando a decisão transitada em julgado ou o Termo de Ajuste de Conduta firmado, a situação sequer comportaria ação cognitiva, em sede da qual o ato atacado pelo presente mandado de segurança foi praticado, mas sim a execução daqueles títulos executivos.

Da mesma forma, como já frisei na decisão liminar, não vislumbro que o ora Impetrante pudesse, em sendo citado, tornar ineficaz os comandos contidos nas alíneas "b" e "d" do ato ora atacado, pressuposto para concessão de liminar sem a oitiva do réu, conforme art. 804 do CPC.

Também reputo conveniente se mantenham suspensas, agora em cognição exauriente, as determinações contidas nas alíneas "b" e "c", da decisão ora atacada, porque, especialmente considerando os prazos estabelecidos (90 dias para rescindir o contrato com a organização Social Pró Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar e assumir diretamente as atividades do Hospital Municipal, sem interrupção, através de servidores contratados mediante prévia aprovação em concurso público; 180 dias para desligar todos os trabalhadores contratados sem prévia aprovação em concurso público), se mostram de difícil e temerário cumprimento imediato, mormente em face da área sensível que estarão afetando (saúde pública).

Reputo que semelhantes determinações, se cabíveis, somente são viáveis em cognição exauriente, após esgotados a fase probatória e o direito de defesa perante o Juízo de primeiro grau, quando o Reclamado deverá estar preparado para o seu cumprimento sem prejuízo do atendimento desses serviços essenciais de saúde, não podendo alegar que estaria sendo surpreendido com a medida.

No que tange às demais determinações contidas na antecipação de tutela ora atacada (para o ora Impetrante se abster de contratar trabalhadores sem concurso público, através do terceiro requerido e de outras entidades filantrópicas sem fins lucrativos, bem como para se abster de firmar contratos de gestão com Organizações Sociais, OSCIPs e outras instituições filantrópicas com o fim de transferir atividades/funções correspondentes à sua atividade fim, como serviços básicos essenciais e permanentes de saúde e educação), não vislumbro motivo para a sua suspensão, ainda que também em relação a essa parte do ato atacado não tenha sido observado o art. 2º da Lei nº 8.432/92.

Isto porque, em relação a estas determinações, além de a finalidade do dispositivo já ter sido alcançada (com a manifestação do ora Impetrante naqueles autos), não foi alegado e nem se vislumbra qualquer prejuízo pelo não atendimento daquela regra.

Ademais, em relação a estas determinações se verifica a presença da hipótese do art. 804 do CPC.

Diante do exposto, concedo parcialmente a segurança para, nos termos da fundamentação, confirmando a liminar, determinar a suspensão das determinações contidas nas alíneas "b" e "d" da antecipação de tutela deferida na ACP 1747-2010-303-09-00-0 até decisão final que vier a ser proferida naqueles autos.

CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **ADMITIR** o mandado de segurança. No mérito, por maioria de votos, parcialmente vencido o excelentíssimo Desembargador Benedito Xavier da Silva, **CONCEDER PARCIALMENTE** a segurança para, nos termos da fundamentação, confirmando a liminar, determinar a suspensão das determinações contidas nas alíneas "b" e "d" da antecipação de tutela deferida na ACP 1747-2010-303-09-00-0 até decisão final que vier a ser proferida naqueles autos.

Custas dispensadas.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de março de 2011.

ARION MAZURKEVIC

Relator

Acórdãos

Pedro Paulo Manus

Acórdão da 9ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, nº 113800-06.2007.5.18.0011 publicado em 29/06/2012, Relator Ministro Pedro Paulo Manus.



Terceirização

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. BRASIL TELECOM S.A. LEI Nº 9.472/97. CONTRATO FIRMADO COM EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PARA A ELABORAÇÃO E A DIVULGAÇÃO DE LISTA TELEFÔNICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Para o fim de reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Brasil Telecom S.A., a Súmula nº 331, IV, do TST vem sendo aplicada nesta Corte Superior em casos idênticos ao discutido nestes autos. Precedentes. Incidência do artigo 896, §5º, da CLT. Recurso de revista da reclamada de que não se conhece.

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1138/2007-011-18-00.6**, em que são Recorrentes **BRASIL TELECOM S.A.** e **MARCILENE GOMES PEREIRA** e são Recorridos **OS MESMOS**.

[...]

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

CONTRATO FIRMADO COM EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PARA A ELABORAÇÃO E A DIVULGAÇÃO DE LISTA TELEFÔNICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional manteve a condenação da 2ª reclamada, Brasil Telecom, de forma subsidiária, ao pagamento dos créditos deferidos à reclamante. Ao analisar a matéria submetida à sua apreciação, adotou os seguintes fundamentos (fls. 1.266/1.267):

(...)

É incontroverso que os serviços prestados pela Reclamante beneficiaram a BRASIL TELECOM S/A. E tais serviços viabilizam a atividade telefônica desenvolvida pela tomadora.

Por outro lado, se a obreira pleiteia verbas decorrentes do contrato de trabalho não cumpridas pela empregadora e o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, a condenação da empregadora importa o reconhecimento de sua inadimplência. Desta forma, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador faz incidir o item IV da Súmula 331/TST.

(...)

Assim, restando provado o inadimplemento da empresa prestadora de serviços quanto aos direitos trabalhistas da Reclamante, há que ser declarada a responsabilidade subsidiária da BRASIL TELECOM S/A por eventuais verbas trabalhistas deferidas.-

A reclamada busca a reforma da decisão. Sustenta que a sua insurgência reside na -não-caracterização de terceirização típica na relação comercial estabelecida com a 1ª Reclamada (Telelistas), que cuida da edição de listas telefônicas, contendo a divulgação ordenada de números fixos de pessoas físicas e jurídicas-. Pugna pela inaplicabilidade da Súmula nº 331, IV, do TST, pois entende que, no caso, não está caracterizado um contrato de terceirização, -mas sim, celebrou com esta um contrato de publicidade, por meio do qual seriam negociados os espaços de propaganda em lista, elaborada pela primeira, disponibilizando os números comerciais dos assinantes da Recorrente-. Aponta contrariedade à Súmula 331, IV, do TST e transcreve aresto.

Sem razão a reclamada.

Extrai-se dos autos que a reclamante, na qualidade de empregada da reclamada TELELISTAS - empresa contratada pela BRASIL TELECOM para a edição e distribuição de listas telefônicas -, atuando na venda de espaços publicitários nessas listas, não estava sob o controle da concessionária de telefonia, nem trabalhava em proveito direto desta. Nesse contexto, o Tribunal Regional concluiu que o caso era de responsabilidade trabalhista subsidiária.

Ao contrário do que alega a reclamada, a hipótese dos autos é justamente a de terceirização de serviços, objeto da Súmula nº 331 do TST, conforme entendimento adotado por esta Corte Superior em casos equiparados ao presente:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. BRASIL TELECOM E TELELISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EDIÇÃO E PUBLICAÇÃO DE LISTAS TELEFÔNICAS. SÚMULA 331, IV, DO TST. Considerando que as empresas prestadoras de serviço telefônico têm obrigação de fornecer, gratuitamente, listas telefônicas aos assinantes, diretamente ou por meio de terceiros (art. 213, § 2º, da Lei nº 9.472/97), e que essa tarefa, no caso, foi realizada por terceiro de forma lícita, resta evidente que a Brasil Telecom figurou como tomadora dos serviços prestados pela Telelistas, beneficiando-se, nessa condição, do labor da reclamante. Nesse contexto, tem-se que a Turma, ao concluir que a Brasil Telecom deve responder, de forma subsidiária, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da real empregadora, decidiu em consonância com a Súmula 331, IV, do TST, razão por que os embargos são incabíveis, a teor do disposto na parte final do inciso II do art. 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido.- (E-ED-RR - 23100-84.2007.5.18.0010, Data de Julgamento: 09/02/2012, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA RECLAMADA (BRASIL TELECOM S/A). I. A Corte Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamada Brasil Telecom S/A para afastar-lhe a responsabilidade subsidiária em relação ao pagamento das parcelas deferidas à Autora, mesmo consignando que as Reclamadas celebraram entre si contrato -cujo objeto residia na elaboração e divulgação de uma lista telefônica, contendo os números de telefones de linhas comerciais. E, no âmbito do cumprimento dessa avença, a autora foi contratada pela primeira reclamada (TELELISTAS - Região 2 - LTDA), para laborar na negociação de espaços publicitários na mencionada lista telefônica e outras atividades correlatas-. II. Diante dos fatos constantes do acórdão regional, extrai-se que houve a prestação de serviços pela Reclamante em favor da segunda Reclamada (Brasil Telecom), mediante contrato firmado com a primeira Reclamada Telelistas). Tal circunstância se amolda à hipótese prevista na Súmula nº 331, IV, do TST, conforme entendimento adotado por esta Corte Superior em casos equiparados ao presente. III. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.(...). Recurso de revista de que não se conhece.- (RR - 166700-75.2007.5.18.0007 Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2012)

RECURSO DE REVISTA. (...) 2. TELEMAR NORTE LESTE S/A. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. TELELISTAS. SÚMULA Nº 331, IV. A segunda reclamada (TELEMAR NORTE LESTE S/A) contratou a primeira reclamada (TELELISTAS), para a edição de listas telefônicas e o seu fornecimento aos assinantes constantes dos cadastros fornecidos pela contratante.

[...] Embora o caso dos autos trate de terceirização lícita, impulsionada por normas regulamentares da própria ANATEL, que impõe à concessionária dos serviços públicos a obrigação de editar listas telefônicas anuais, isso não afasta, em qualquer momento, a responsabilidade subsidiária do tomador (item IV e VI da Súmula nº 331), mas apenas o exige que lhe tenha imputado vínculo direto com o trabalhador da prestadora de serviços (itens I e III da Súmula nº 331)".

Consignou a egrégia Corte Regional que a segunda reclamada (TELEMAR NORTE LESTE S/A) beneficiava-se diretamente da força de trabalho do reclamante, o qual, contratado como representante de vendas pela primeira reclamada (TELELISTAS), visitava clientes, realizando a venda de produtos da segunda reclamada (TELEMAR NORTE LESTE S/A). Embora o caso dos autos trate de terceirização lícita, impulsionada por normas regulamentares da própria ANATEL, que impõe à concessionária dos serviços públicos a obrigação de editar listas telefônicas anuais, isso não afasta, em qualquer momento, a responsabilidade subsidiária do tomador (item IV e VI da Súmula nº 331), mas apenas o exige que lhe tenha imputado vínculo direto com o trabalhador da prestadora de serviços (itens I e III da Súmula nº 331). Assim, constata-se que o egrégio Colegiado Regional, ao reconhecer a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada (TELEMAR NORTE LESTE S/A), decidiu em conformidade com a Súmula nº 331, IV. Recurso de revista não conhecido- (Processo: RR - 117600-15.2009.5.03.0003 Data de Julgamento: 30/11/2011, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/12/2011)

-RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Reconhecida pela Corte de origem a condição da segunda reclamada de tomadora dos serviços prestados pela Telelistas, bem como 'provado o inadimplemento da empresa prestadora de serviços quanto aos direitos da obreira', não se vislumbra contrariedade à Súmula 331, IV, do TST- (RR-198100-41.2006.5.18.0008, Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT-12/11/2010)

Com efeito, de acordo com as normas da ANATEL, as concessionárias de serviços de telefonia têm obrigação de produzir e fornecer listas telefônicas aos seus assinantes. Se a segunda reclamada

optou por contratar uma empresa para a prestação desse serviço, ao invés de executá-lo diretamente, deve responder de forma subsidiária pelos créditos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, já que se beneficiou sim dos serviços por eles prestados.

Dessa forma, estando o acórdão recorrido em consonância com a Súmula nº 331, IV, do TST, encontra-se superada a discussão acerca do apontado dissenso pretoriano. Incidência do artigo 896, §5º, da CLT.

Não conheço do recurso de revista.

[...]

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista da segunda reclamada - Brasil Telecom S/A. Também, à unanimidade, não conhecer do recurso de revista da reclamante.

Brasília, 27 de junho de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

Pedro Paulo Manus
Ministro Relator

Acórdãos

Maria Doralice Novaes

Acórdão da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, nº 518600-75.2009.5.09.0016, Publicado em 02/06/2011, Juíza Convocada Relatora, Maria Doralice Novaes.



Terceirização

RECURSO DE REVISTA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - EXTENSÃO DE VANTAGENS PREVISTAS EM NORMA COLETIVA DEVIDA - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 383 DA SBDI-1 DO TST.

1. A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções, aplicando-se analogicamente a inteligência do art. 12, -a-, da Lei 6.019, de 03/01/1974. É o que se depreende da leitura da Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST.

2. Desse modo, ao contrário do assentado pela Corte Regional, afigura-se possível o reconhecimento da isonomia salarial entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da empresa tomadora, quanto aos direitos previstos nas normas coletivas dos bancários (instrumentos coletivos firmados pela CEF), nos casos de terceirização de atividade-fim, ainda que afastado o reconhecimento do vínculo de emprego, como -in casu-, em que restou constatada a identidade de funções desempenhadas pela Reclamante (terceirizada) e os técnicos bancários da CEF.

Recurso de revista provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-518600-75.2009.5.09.0016, em que é Recorrente **GIULIANNE PAVAN CARRARO** e Recorrido **ORBRAL ORGANIZAÇÃO BRASILEIRA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.**

[...]

2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

a) PRINCÍPIO DA ISONOMIA - EXTENSÃO DE VANTAGENS PREVISTAS EM NORMA COLETIVA

Tese Regional: É indevida a isonomia de direitos entre a Reclamante empregada de empresa terceirizada e os integrantes da categoria profissional da tomadora dos serviços, funcionários da Caixa Econômica Federal, concursados. -Mesmo que a autora tenha prestado serviços em benefício da 2ª Reclamada nas mesmas condições em que trabalhavam empregados contratados diretamente pela CEF, mediante concurso público de provas ou provas e títulos, a teor do que estabelece o artigo 37, inciso I e II da CF, não há que lhe estender os benefícios garantidos a estes profissionais- (seq. 1, págs. 363-364 - grifos nossos). Assim, considerando a ausência de concurso público, assim como os termos da Súmula 374 do TST não é possível o reconhecimento da isonomia salarial entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da empresa tomadora, inclusive quanto aos direitos previstos nas normas coletivas dos bancários, nos casos de terceirização de atividade-fim (seq. 1, págs. 360-363).

Antítese Recursal: Tendo a Reclamante exercido a atividade de bancária da CEF, conforme o próprio Regional reconhece no acórdão ora recorrido, a Autora também merece receber as diferenças decorrentes de benefícios previstos em norma coletiva, sob pena de continuar havendo desrespeito ao princípio da isonomia. A decisão regional, nesse ponto, viola os arts. 5º, caput, I e II, 7º, XXX e XXXII, 8º da CF, contraria a Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST e diverge de julgados de outros Regionais (seq. 1, págs. 367-379).

Síntese Decisória: Denota-se da decisão regional que foi reconhecida a execução das mesmas tarefas por empregados da tomadora e a Reclamante terceirizada.

O entendimento da jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções,

aplicando-se analogicamente a inteligência do art. 12, -a-, da Lei 6.019, de 03/01/1974. Portanto, afigura-se possível o reconhecimento da isonomia salarial entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da empresa tomadora, inclusive quanto aos direitos previstos nas normas coletivas dos bancários, nos casos de terceirização de atividade-fim, ainda que afastado o reconhecimento do vínculo de emprego, como -in casu-. É o que se depreende da leitura da Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST.

Logo, **CONHEÇO** do apelo, o particular, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST.

b) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Tese Regional: -Ante a manutenção da sentença que rejeitou integralmente os pedidos de pagamento de créditos trabalhistas formulados na presente ação, prejudicada a análise do pedido de atribuição de responsabilidade solidária/subsidiária à segunda Ré- (seq. 1, pág. 363).

Antítese Recursal: Deve a segunda Reclamada CEF, responder de forma subsidiária ou solidária pelos créditos trabalhistas devidos à Reclamante tendo em vista que na qualidade de tomadora de serviços beneficiou-se diretamente do seu trabalho, não obstante tratar-se de empresa pertencente à Administração Pública, nos termos da Súmula 331, IV, do TST (seq. 1, págs. 379-380).

Síntese Decisória: Verifica-se da decisão Regional que é incontroversa a existência de terceirização dos serviços prestados pela primeira Reclamada, real empregadora da Reclamante, e a CEF, tomadora dos serviços. Todavia, não há de se falar na responsabilização solidária da tomadora dos serviços, devendo ser observado o entendimento pacificado na Súmula 331, IV, do TST invocada pela Recorrente, segundo a qual o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21.06.1993).

[...] súmula e orientação jurisprudencial não são leis ou atos normativos do poder público, mas apenas materializam a interpretação de um determinado órgão jurisdicional acerca da legislação correlata ao tema objeto do verbete".

Saliente-se que quanto à questão da responsabilidade subsidiária, impõe-se, ainda, ressaltar que a Súmula 331, IV, desta Corte foi editada com base no próprio texto do art. 71 da Lei 8.666/93, em homenagem ao princípio constitucional de proteção ao trabalhador.

Na verdade, o enunciado sumulado é fruto da interpretação sistemática do art. 71 da Lei 8.666/93, para não transformar em letra morta o que a nossa Constituição Federal elegeu como fundamento da ordem econômica e da República Federativa do Brasil: a valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170 da CF). Ademais, é salutar frisar que o art. 193 da CF dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e desse dever não se encontram imunes as entidades públicas tomadoras de serviços, sendo a responsabilidade subsidiária mister para resguardar os direitos do trabalhador.

Dessa forma, o art. 71 da Lei 8.666/93 não poderia ser interpretado isoladamente, pois faz parte de um sistema de normas integradas, denominado ordenamento jurídico, sendo necessário confrontar a norma em análise com o princípio constitucional de proteção ao trabalhador, tal como o fez a Súmula 331, IV, do TST.

Ressalte-se, ainda, que súmula e orientação jurisprudencial não são leis ou atos normativos do poder público, mas apenas materializam a interpretação de um determinado órgão jurisdicional acerca da legislação correlata ao tema objeto do verbete. Assim, a diretriz indicada pela Súmula 331 desta Corte não inova o ordenamento jurídico, mas espelha entendimento acerca da matéria referente à responsabilidade subsidiária, construído a partir da legislação constitucional e infraconstitucional.

Com efeito, o TST não abraçou tese no sentido da inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, e a ADC-16 visa ao reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo, razão pela qual a decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade em 24/11/10, não acarreta o afastamento da incidência da Súmula 331, IV, do TST.

A propósito do julgamento da referida ADC pelo Supremo Tribunal Federal, transcrevem-se os seguintes excertos de decisões posteriores proferidas por esta Corte Superior Trabalhista:

Em que pese os contornos fáticos que envolvem o exame da culpa em razão da omissão do ente público, os processos que envolvem o exame do

tema estão subsidiados pela autorização dada pelo E. STF para que seja apreciada a responsabilidade do ente público, em cada caso concreto, a fim de deixar claro que esta C. Corte não está a declarar a responsabilidade subsidiária por eventual inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8666/93. Ao contrário, a teor dos fundamentos dos Exmos. Ministros, no julgamento da ADC 16, incumbe apenas que esta c. Corte leve em consideração cada caso concreto, a fim de não se proceder a uma genérica aplicação da responsabilidade subsidiária ao ente público.

[...]

Nesse sentido, levando-se em consideração a inadimplência do empregador, constata-se que o ente público se omitiu em fiscalizar o contrato de trabalho, cabendo consignar que a condenação do Município não decorre de não se dar eficácia ao que dispõe o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93- (grifei) (TST-AIRR-4567-76.2010.5.01.0000, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT de 28/01/11).

Dos citados dispositivos legais emerge expressamente a obrigação dos entes da administração pública de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços. No presente caso, todavia, é possível extrair do acórdão regional que o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Por conseguinte, ficou configurada a culpa in vigilando, hábil a justificar a atribuição de responsabilidade subsidiária, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Registre-se que esse entendimento não implica violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. A interpretação sistemática desse dispositivo em conjunto com os demais artigos citados (58, III, e

67 da Lei nº 8.666/93 e 186 e 927 do Código Civil), 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.

Ademais, não há falar em violação do art. 97 da Constituição Federal, tampouco em desrespeito à decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, em sessão realizada no dia 24/11/2010, entendeu que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é compatível com a ordem constitucional vigente, notadamente com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Conforme exposto, não se está declarando a incompatibilidade do citado dispositivo com a Constituição Federal, mas sim definindo-se o alcance da norma nele inscrita mediante interpretação sistemática de legislação infraconstitucional, notadamente em face dos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 e 186 e 927 do Código Civil, que possibilitam a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese de constatação de sua culpa in vigilando.

Nesse sentido, aliás, decidiu o próprio STF no julgamento da referida ADC, ocasião em que se entendeu que -a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade-, conforme consta do Informativo

de Jurisprudência nº 610, disponível no sítio daquela Corte Suprema na internet- (grifei) (TST-ED-Ag-AIRR-33140-88.2009.5.03.0070, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 17/12/10).

Por oportuno, citem-se também as seguintes ementas que retratam o posicionamento do TST relativamente ao julgamento da ADC 16 pelo STF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - MUNICÍPIO - ADC 16 - CULPA 'IN VIGILANDO' - OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo desprovido- (grifei) (TST-AIRR-4567-76.2010.5.01.0000, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT de 28/01/11).

RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero

inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, não houve a fiscalização, por parte do Estado-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido- (grifei) (TST-RR-67400-67.2006.5.15.0102, Rel. Min.Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT de 17/12/10).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇO - ENTIDADE PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CULPA 'IN VIGILANDO' - ISONOMIA SALARIAL - OJ 383, SBDI-1/TST. Na hipótese, o Regional consignou que a Reclamante foi contratada por intermédio de empresa terceirizada e passou a laborar como caixa, percebendo, contudo, remuneração inferior aos empregados da CEF que exerciam as mesmas funções. É entendimento desta Corte que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública,

não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Trata-se de aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei 6.019, de 03.01.1974 (OJ 383, SDI-1/TST). Noutro norte, as entidades estatais têm responsabilidade subsidiária pelas dívidas previdenciárias e trabalhistas das empresas terceirizantes que contratam, nos casos em que desponta sua culpa 'in vigilando', quanto ao cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa terceirizante contratada. É, portanto, constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93 (ADC 16, julgada pelo STF em 24.11.2010), não implicando, porém, naturalmente, óbice ao exame da culpa na fiscalização do contrato terceirizado. Evidenciada essa culpa nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista nos arts. 186 e 927, 'caput', do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Assim, em face dos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula 126/TST). Agravo de instrumento desprovido- (TST-71240-34.2009.5.13.0006, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT de 10/12/10).

Assim, **CONHEÇO** do apelo, o particular, por contrariedade à Súmula 331, IV, do TST.

II) MÉRITO

1) PRINCÍPIO DA ISONOMIA - EXTENSÃO DE VANTAGENS PREVISTAS EM NORMA COLETIVA

Conhecida a revista, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 desta Corte, seu PROVIMENTO é mero corolário para, diante da identidade de funções desempenhadas pela Reclamante (terceirizada) e os empregados da CEF, reformar a decisão recorrida a fim de adequá-la à jurisprudência consolidada do TST (OJ 383 da SBDI-1) e julgar parcialmente procedente a presente reclamationária para condenar as Reclamadas ORBRAL - Organização Brasileira de Prestação de Serviços Ltda. e Caixa Econômica Federal - CEF (de forma subsidiária) a pagarem à Reclamante, conforme

fundamentação supra, as verbas descritas no item -d- da inicial em valores que serão apurados em liquidação de sentença. Indefere-se o pedido de honorários advocatícios nos termos das Súmulas 219 e 329 do TST, tendo em vista a ausência de credencial sindical. Indefere-se, também, o pedido de compensação postulado na defesa da Reclamada CEF, eis que, tratando-se de pedido de diferenças salariais, a compensação mostra-se automática.

2) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Conhecida a revista por contrariedade à Súmula 331, IV, do TST seu PROVIMENTO é mero corolário para declarar a responsabilidade subsidiária da 2ª Reclamada, Caixa Econômica Federal - CEF.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto às diferenças salariais decorrentes de direitos previstos nos instrumentos coletivos firmados pela Caixa Econômica Federal, por Contrariedade à Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST, e, quanto à responsabilidade subsidiária, por contrariedade à Súmula 331, IV, desta Corte, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando a decisão recorrida, nos aspectos, adequá-la à jurisprudência consolidada do TST nos atermos da referida OJ, julgando parcialmente procedente a presente reclamatória para condenar as Reclamadas, ORBRAL - Organização Brasileira de Prestação de Serviços Ltda. e Caixa Econômica Federal - CEF (de forma subsidiária), a pagarem à Reclamante, conforme fundamentação supra, as verbas descritas no item -d- da inicial em valores que serão apurados em liquidação de sentença. Indefere-se o pedido de honorários advocatícios nos termos das Súmulas 219 e 329 do TST, tendo em vista a ausência de credencial sindical. Indefere-se, também, o pedido de compensação postulado na defesa da Reclamada CEF, eis que, tratando-se de pedido de diferenças salariais, a compensação mostra-se automática. Juros e correção monetária na forma na lei e de acordo com a Súmula 381 do TST. Descontos das parcelas previdenciárias e fiscais nos termos da Súmula 368 desta Corte.

Brasília, 25 de maio de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

MARIA DORALICE NOVAES
Juíza Convocada Relatora

PRECEDENTE DE EXCLUSÃO PELO STF DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ATRAVÉS DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Parte 1

- Acórdão da 1ª Turma do TRT da 9ª Região reconhecendo a responsabilidade subsidiária de Município (Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes, julgamento pela 1ª Turma em 12.07.2011);

Parte 2

- Deferimento da Reclamação Constitucional nº 12.926 pela Ministra Cármen Lúcia, através de decisão monocrática em 14.11.2011, para determinar que outra decisão fosse proferida pela 1ª Turma do TRT da 9ª Região;

Parte 3

- Negado provimento ao Agravo Regimental interposto contra a Reclamação nº 12.926 do Paraná em Sessão Plenária do STF, em 15.12.2011;

Parte 4

- Nova decisão da 1ª Turma do TRT da 9ª Região, excluindo a responsabilidade subsidiária, em 08.05.2012.

SÍNTESE DO CASO CONCRETO

Luiz Eduardo Gunther

1) A Egrégia 1ª Turma do TRT da 9ª Região, conforme a Súmula nº 331, itens V e VI, do Colendo TST, manteve a responsabilidade subsidiária de Município, de modo amplo e irrestrito, pelos créditos trabalhistas decorrentes, como reconhecido em primeiro grau, sob o argumento de estar constatada a culpa da Administração Pública quanto ao não acompanhamento e fiscalização da conveniada relativamente às suas obrigações trabalhistas para com aqueles que oferecem sua força laboral.

2) No corpo do acórdão registrou-se que esse entendimento não ia de encontro à decisão do Excelso STF ao julgar a ADC nº 16/DF, declarando constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93. Segundo o aresto, a decisão que estava sendo prolatada, ao contrário, prestigiava a orientação superior, “como não podia ser diferente, dada a sua eficácia erga omnes e sem efeito vinculante relativamente a todos os órgãos do Judiciário (art. 102, §2º da Constituição)”. Explicitou-se que a responsabilidade do Município Réu não é fixada de forma objetiva, fundamentada no art. 37, §6º da Constituição Federal, tal como a mais alta Corte do País evidenciou não se afigurar viável, mas é a própria Lei de Licitações que se apresenta como supedâneo da condenação. Aquilatou-se, segundo o julgado, “o efetivo grau de culpa do tomador, concluindo-se com a necessária acribologia, que o default teve como nascedouro a falta de fiscalização pelo órgão público contratante”.

3) A Reclamação nº 12.926, ajuizada pelo Município perante o Excelso STF, foi julgada procedente (monocraticamente) pela Ministra Cármen Lúcia “para cassar a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região no Recurso Ordinário nº 00508-2009-669-09-00-5 e determinar que outra decisão seja proferida como de direito”.

4) A fundamentação da Eminente Ministra Cármen Lúcia explicitou que ao afastar a aplicação do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, com base na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, “a 1ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16”.

5) Mencionou, ainda, a Insigne Ministra, com base em outro precedente da Corte, que as disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula 331 do TST são diametralmente opostas, pois enquanto a norma legal prevê que “a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais”, a orientação sumulada “dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços”.

6) Negou-se provimento ao Agravo Regimental aforado relativamente à Reclamação nº 12.926 pelo reclamante-trabalhador. Também nesse julgamento citaram-se precedentes, que se orientam em dois importantes sentidos (dos quais teriam se desviado a decisão do TRT do Paraná): a) a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública não mais se sustenta após o julgamento da ADC 16, pois contrária à literalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993; b) também a responsabilização subsidiária da Administração Pública, ao fundamento de que o Princípio de Proteção e a Teoria do Risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador, direciona-se “a uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pela prestadora”, o que contraria também a ADC 16.

7) A Egrégia 1ª Turma do TRT da 9ª Região, em novo julgamento realizado em 08.05.2012, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos decorrentes da ação trabalhista. Fundamentou o órgão julgador fracionário que o STF entende que responsabilizar o ente público pelo viés da responsabilidade subsidiária a partir da Súmula nº 331 do TST, com amparo nas teorias das culpas in vigilando e in elegendo implica negar vigência ao art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, ainda que por via transversa, o que acabaria por violar a Súmula Vinculante nº 10 do STF. Por disciplina judiciária, então, a Egrégia 1ª Turma, nos termos dos arts. 102, §2º, e 103-A e seu §3º, ambos da Constituição, “firmou atual e majoritário posicionamento no sentido de que a responsabilização subsidiária do ente público não pode persistir em virtude de a matéria ter sido consolidada na jurisprudência do E. STF a partir da ADC nº 16 e das decisões recentemente cassadas por aquela Excelsa Corte”. Desse modo, conclui-se que “a terceirização perpetrada pelo ente público nos moldes da Lei nº 8.666/1993, art. 71 e seu §1º, não acarreta a sua responsabilização subsidiária pelos haveres trabalhistas, fiscais e comerciais reconhecidos em juízo”.

Convênio Entre Município e Oscip Para Implementação de Programas na Área da Saúde. Natureza Jurídica da Prestadora. Pessoa Jurídica de Direito Privado. Responsabilidade Subsidiária do Ente Público.

TRT-PR-00508-2009-669-09-00-5 (ReeNec)

PARTE I

A Lei nº 9.790/99 possibilita que pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos sejam qualificadas, pelo Poder Público, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e, deste modo, relacionem-se com ele por meio de convênio, desde que seus objetivos sociais e normas estatutárias atendam os requisitos da lei. As OSCIPs - organizações da sociedade civil - são consideradas entidades paraestatais pertencentes ao denominado terceiro setor, não estando sujeitas ao regime jurídico imposto à Administração Pública. Assim, tão somente a realização de convênio entre a primeira Ré (APMI) e o Município Reclamado, para realização de atividades de cunho social e assistencial, não transmuda a natureza daquela para empresa pública, não estando, portanto, seus empregados sujeitos à contratação mediante aprovação em concurso público. A par disso, e a teor do contido na Súmula nº 331, V e VI, do C. TST, o ente da Administração Pública, uma vez constatada a sua culpa, quanto ao não acompanhamento e fiscalização da conveniada relativamente às suas obrigações trabalhistas para com aqueles que oferecem sua força laboral, é responsável subsidiário, de modo amplo e irrestrito, pelos créditos trabalhistas dali decorrentes.

TRT-PR-00508-2009-669-09-00-5 (ReeNec) V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de REEXAME NECESSÁRIO, provenientes da MM. VARA DO TRABALHO DE ROLÂNDIA - PR, sendo Reclamante MARCOS ROBERTO RIGHETI e Reclamados MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ e ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA DE JAGUAPITÃ - APMI.

[...]

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Consta da r. sentença:

"Verifica-se que a parte autora prestava serviços vinculados à Secretaria de Saúde do Município de Jaguapitã (conforme demonstram os recibos de pagamento), na função de enfermeiro. Assim, contratando serviços necessários à

consecução de uma de suas finalidades essenciais (saúde), os que não poderia prescindir e para os quais concorreu a força de trabalho da parte autora, a segunda ré assumiu para si o encargo de responder pela inadimplência da primeira, em consideração objetiva ao que dispõe o art. 2º da CLT, convergente com a proteção dos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Afinal, o empregador é quem suporta os riscos do empreendimento econômico, seja admitindo diretamente a mão-de-obra, seja contratando-a por interposta pessoa. Neste sentido manifesta-se o TST, através da Súmula n.º 331, adotado por este Juízo.

Ante o exposto, declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ quanto aos créditos trabalhistas e previdenciários decorrentes da presente Sentença." (fl. 392).

Não merece reparos.

É incontroverso que a primeira Reclamada (APMI) é organização da sociedade civil - OSCIP, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que, em parceria com o Poder Público, utiliza, para suas finalidades, recursos públicos. Entretanto, tal fato não a transforma em empresa pública, nem torna nulo o contrato de trabalho firmado pela Reclamante.

As OSCIPs - organizações da sociedade civil - são consideradas entidades paraestatais pertencentes ao denominado terceiro setor, não estando sujeitas ao regime jurídico imposto à Administração Pública. Seus empregados são contratados sem concurso público.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"... seria um 'tertium genus' intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria uma pessoa semi-pública e semi-privada" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 11).

A Lei nº 9.790/99 possibilita que pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos sejam qualificadas, pelo Poder Público, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) e, deste modo, relacionem-se com ele por meio de convênio, desde que seus objetivos sociais e normas estatutárias atendam os requisitos da lei.

O convênio firmado com o Município Reclamado se deu nos termos da Lei nº 9.790/99, além da incontroversa contratação sem concurso público, causa de nulidade de qualquer vínculo que se pretendesse com ente público, mesmo que da Administração Indireta.

De outra parte, prejudicial ao Reclamante o reconhecimento de um vínculo empregatício nulo e insubsistente com ente da Administração Pública, quando sequer teria direito a todas as verbas trabalhistas, nos moldes da Súmula nº 363 do C. TST, restritas aos salários pactuados, bem como o respectivo FGTS.

Não se cogita, portanto, de nulidade da contratação, pois a APMI trata-se de pessoa jurídica de direito privado, não sujeita ao regime jurídico imposto à Administração Pública, consoante regulamentação específica (Lei nº 9.790/99).

A Constituição Federal no inciso II do art. 37 dispõe:

"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".

Dessa forma, não se tratando a primeira Ré de empresa pública e, portanto, não estando sujeita ao regime jurídico imposto aos entes públicos, não se cogita de ilegalidade da contratação sem concurso público.

Por estas razões, plenamente válido o contrato do Autor com a primeira Reclamada (APMI).

Nesse sentido tem decidido esta E. Primeira Turma. Como precedentes, citamos os seguintes julgados: TRT-PR-36973-2007-016-09-00-8, acórdão publicado em 17.02.09 (Relator Des. Benedito Xavier da Silva); TRT-PR-06783-2006-001-09-00-6, acórdão publicado em 28.04.09 (Relator Des. Tobias de Macedo Filho); 00291-2009-657-09-00-3, acórdão publicado em 05.10.10 (desta Relatoria).

[...] a possibilidade de convênio baseado em textos legais, bem como em entendimento consolidado pela jurisprudência da Superior Corte Trabalhista, não significa cláusula de irresponsabilidade do ente público por débitos trabalhistas devidos pela entidade conveniada, ante o dever de cautela e vigilância na escolha do conveniado".

Quanto à responsabilidade subsidiária, não se olvida que a prestação de serviços do Reclamante em benefício do Município Reclamado restou evidenciada nos autos.

Conquanto o Município de Jaguapitã não seja, propriamente, tomador dos serviços prestados pela APMI - Associação de Proteção à Maternidade e à Infância de Jaguapitã, incontroverso que celebraram entre si convênio para implementação de programas na área da saúde.

Tal convênio tem amparo constitucional, no art. 199, § 1º ("**§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**"), segundo o qual pode a Administração Pública recorrer a instituições privadas para, de forma complementar, participarem do Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público ou, como na hipótese, convênio.

Contudo, a possibilidade de convênio baseado em textos legais, bem como em entendimento consolidado pela jurisprudência da Superior Corte Trabalhista, não significa cláusula de irresponsabilidade do ente público por débitos trabalhistas devidos pela entidade conveniada, ante o dever de cautela e vigilância na escolha do conveniado.

"In casu", incontroverso que o órgão público descuidou de seu dever de fiscalização quanto ao cumprimento do convênio firmado com a associação, incorrendo, assim, em culpa "in vigilando".

Não veio aos autos qualquer relatório ou outra documentação qualquer que demonstrasse a "*supervisão e o acompanhamento dos serviços e das atividades cometidas pela conveniada*" (2.21.2, fl. 254) ou a apreciação de "*todo o acervo de documentos que integram a pessoa jurídica conveniada, tais como: Estatutos Sociais, alvarás, imunidades, isenções, registros, procurações e demais espécies contratuais em vigor*" (2.5, fl. 250).

Não basta a juridicidade da contratação entre os Réus. O órgão público, quando firma esse tipo de pacto, deve servir-se de rigoroso e constante acompanhamento da idoneidade da empresa frente aos meios utilizados por esta para a satisfação do objeto contratual.

Nesse sentido o art. 58, III, e o art. 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à

Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

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 anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados."

Pelo princípio da aptidão para a prova, uma vez inadimplente a entidade conveniada, cabia ao Município de Jaguapitã provar a observância de referidas regras, ônus do qual, todavia, não se desincumbiu (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC).

Evidenciada a culpa "in eligendo e "in vigilando" do Ente Público, este deve responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela entidade conveniada, mormente em face da nova redação dada à Súmula nº 331 do C. TST, com os acrescidos itens V e VI, que assim dispõem:

"CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (...)

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 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.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação."

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública decorre dos princípios insculpidos no "caput" do art. 37 da Constituição Federal e, mais que isso, dos princípios fundamentais da República consistentes na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, razão pela qual a subvenção da atividade privada de interesse público, prestada por entidade sem fins lucrativos, está indubitavelmente condicionada à observância, pela entidade conveniada e subvencionada, dos direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Magna, não sendo admissível o repasse de verbas pelo ente público à entidade que não cumpre suas obrigações trabalhistas.

Assim, embora o Município Reclamado, no caso dos autos, não se trate propriamente de tomador de serviços, incide na hipótese a responsabilidade subsidiária, na forma da Súmula nº 331, IV e V, do C. TST, tendo em vista sua culpa "in eligendo" e "in vigilando" na escolha da instituição privada para a implementação de programas na área da saúde, dever do Estado, e fiscalização da execução dos termos do convênio.

Neste sentido o entendimento da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do C. TST:

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO ENTRE O ENTE PÚBLICO E ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE SAÚDE. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO DO ENTE PÚBLICO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, IV, DO TST. Presente o dever de a Administração controlar e avaliar a execução do convênio firmado na área de saúde, tal mandamento, decorrente dos próprios princípios insculpidos no art. 37, caput, da Magna Carta, espraia-se

em direção à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, tudo a indicar que, longe do mero controle dos resultados, faz-se igualmente relevante o controle dos meios utilizados para a consecução das finalidades do convênio. Daí o motivo pelo qual a subvenção da atividade privada de interesse público, prestada por entidade sem fins lucrativos, condiciona-se à exigência de que a subvencionada observe os direitos previstos no art. 7º da Carta de 1988, não se podendo tolerar que o ente público repasse verbas a entidade que não cumpre com suas obrigações trabalhistas. Ipso facto, se o ente público, responsável pela fiscalização do convênio firmado com a associação beneficente, não atenta para o fato de que esta descumpra deveres trabalhistas, resta configurada a culpa in vigilando. De outro lado, a escolha da entidade conveniada, justamente porque jungida à discricionariedade do administrador público, a quem cabe dizer sobre sua oportunidade e conveniência, delinea nítida a responsabilidade do ente público, na modalidade da culpa in eligendo, no caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da entidade eleita. Aplicação da Súmula 331, IV, do TST. Precedentes da SDI-I. Recurso de embargos conhecido e provido." (E-RR - 309300-67.2005.5.12.0004 Data de Julgamento: 23/09/2010, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Publicação: DEJT 01/10/2010).

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONVÊNIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. MUNICÍPIO DE BELÉM. SÚMULA 331, IV, DO TST. Nos termos do art. 30, VII, da CF/88, compete ao Município a prestação de serviços de atendimento à saúde de sua população. O Município de Belém, ao celebrar convênio com entidade privada para a prestação de serviço público de saúde, atuou como verdadeiro tomador de serviços, devendo

ser responsabilizado subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Incidência da Súmula 331, IV, do TST. Recurso de embargos conhecido e provido." (E-RR -66200-65.2007.5.08.0011 Data de Julgamento: 11/03/2010, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Publicação: DEJT 19/03/2010)

"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONVÊNIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE EDUCAÇÃO. DISTRITO FEDERAL. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DOTST. 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 Pública Direta. A celebração de convênio de prestação de serviços na área de educação de crianças e adolescentes, em razão de interesse comum às partes, implica, assim, a responsabilidade da Administração Pública pelas consequências jurídicas dele decorrentes, devendo, pois, o ente público responder subsidiariamente pelos direitos trabalhistas reconhecidos, não se admitindo possa eximir-se da responsabilidade decorrente dos serviços a ele prestados por trabalhadores, cujos créditos não venham a ser adimplidos pelos reais empregadores por ele contratados, na medida em que tal dano decorre da atuação pública, incorrendo o tomador dos serviços, para além de sua responsabilidade objetiva, em culpa in eligendo e in vigilando, nos exatos termos do entendimento consagrado pela Súmula nº 331, item IV, do TST. Recurso de revista conhecido e desprovido." (RR - 40900-29.2007.5.10.0017 Data de Julgamento: 15/10/2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Publicação: DEJT 23/10/2009).

"EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. MUNICÍPIO DE BELÉM. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TST. É certo que a Carta Magna permite que alguns serviços públicos essenciais sejam prestados pelo particular em regime de franca cooperação com a Administração Pública, consoante os termos do artigo 199, § 1º, verbis: "As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.". Também correta a afirmação de que o contrato administrativo não se confunde com o convênio; aquele pressupõe interesses antagônicos da Administração e do contratado, e neste, caracterizado pelo intuito dos pactuantes de recíproca colaboração, os entes conveniados têm objetivos comuns, geralmente atividades de fomento. No entanto, esta distinção não afasta a responsabilidade subsidiária do ente federado, isso porque o Poder Público, ao ajustar convênio com essas associações civis, além de lhes ceder sua atividade-fim, no caso saúde, repassa-lhes verbas públicas. Saliento que, cada vez mais, toca a esta Corte a resolução de situações em que o ente público -- Estados, Municípios ou Distrito Federal --, embora responsável pela prestação de serviço público à população, delega tal encargo a particulares de forma pouco criteriosa, acarretando prejuízo ao trabalhador que despendeu toda sua força laboral em proveito da própria Administração Pública. O ente federado realiza a escolha da parte conveniada, repassa-lhe verba pública e exerce um controle finalístico de sua atuação. Se bem não escolhe incorre em culpa in eligendo, se bem não fiscaliza incorre em culpa in vigilando. Precedentes. Recurso de embargos provido." (E-RR -160400-35.2005.5.08.0011 Data de Julgamento: 17/09/2009, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Publicação: DEJT 09/10/2009).

Importante registrar, por oportuno, que o presente entendimento não vai de encontro à decisão do Excelso STF ao julgar a ADC nº 16/DF, declarando constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93. Antes, a prestigia, como não podia ser diferente, dada a sua eficácia "erga omnes" e seu efeito vinculante relativamente a todos os órgãos do judiciário (art. 102, § 2º da Constituição).

A responsabilidade do Município Réu não é fixada de forma objetiva, fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tal como a mais alta Corte do País evidenciou não se afigurar viável. É a própria lei de licitações que se apresenta como supedâneo da condenação.

Está sendo aquilatado aqui o efetivo grau de culpa do tomador, concluindo-se, com a necessária acribologia, que o "default" teve como nascedouro a falha, a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Acórdão da lavra do Exmo. Min. Aloysio Corrêa da Veiga apanha com percuciência os critérios ora considerados, a fim de que não se alegue qualquer contrariedade ao entendimento do Excelso STF:

"(...)

Após o julgamento da ADC 16, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a Constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, a Corte Maior tem cassado as decisões desta c. Corte, em sede de Reclamação Constitucional, o que torna necessário apreciar o tema, levando em consideração os fundamentos daquele julgamento, com o fim de privilegiar o princípio da segurança jurídica, enfrentando o tema em face da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

As decisões recentes do Excelso Supremo Tribunal Federal tem sido, todas, no sentido de que não se pode afastar a incidência do art. 71 § 1º da Lei nº 8.666/93, invocando a Súmula nº 331, IV, do TST. Diante disto, é de se proceder ao estudo sobre a responsabilidade subsidiária do ente público, à luz do julgamento que se realizou no dia 24.11.2010, com decisão Plenária na Excelsa Corte, com o fim de demonstrar os elementos necessários, na apreciação do tema a identificar se há ofensa ao princípio da reserva de plenário

-Súmula Vinculante 10 - por esta C. Corte, nos casos em que se reconhece a responsabilidade subsidiária do ente público ou se não há qualquer pronunciamento com o propósito de retirar o conteúdo da norma prevista no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

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

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

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

A Corte Suprema já editou Súmula Vinculante sobre o tema:

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

Assim, apenas e tão-somente em face do princípio protetivo, não há como se proceder à responsabilidade do ente público, quando contrata empresa inidônea para prestar serviços à administração. Necessário que haja a verificação específica de sua conduta, quando da consecução do contrato de trabalho, com o fim de verificar se há culpa in vigilando.

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

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

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

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

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

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

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

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

Não se pode ignorar a realidade e a sucessiva discussão em torno do cumprimento dos

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

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

Deste modo, não se verifica a violação dos dispositivos invocados, na medida em que a responsabilidade subsidiária do ente público decorre de culpa in vigilando e do dever legal do administrador público em fiscalizar os seus contratos" (AIRR -1790-96.2010.5.09.0000. 6ª T. DEJT 11.02.2011).

Também merecem ser citadas as conclusões da Exma. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Relações Coletivas de Trabalho pela Organização Internacional do Trabalho; Professora de Direito Coletivo do Trabalho e Direito Previdenciário do Curso de Graduação do Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Coordenadora do Curso de Pós Graduação em Direito das Relações do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Ex-Procuradora do Ministério Público do Trabalho, Dra. Ivani Contini Bramante, no artigo intitulado "A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização"

(<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18479/a-aparente-derrota-da-sumula-331-tst-e-a-responsabilidade-do-po> :

"1. Ao admitir a possibilidade de fixação da responsabilidade da Administração Pública, à vista do caso concreto e, ou fundado em

outras normas, o STF assumiu o papel que lhe cabe, de guardião da Constituição, de fazer valer prevalência dos princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático e assegurar caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais.

2. É totalmente inapropriado impedir o Judiciário Trabalhista de reapreciar a constitucionalidade ou não do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93, anteriormente declarada válida, à vista de novos argumentos e das circunstâncias fáticas-probatórias, que só acontece no contato da norma com a realidade, qual seja, no caso concreto, qual seja, no modo final de aplicação do direito

3. É no momento da interpretação, no caso concreto, e à luz das suas circunstâncias reais, que o enunciado normativo adquire vida e significado e passa a determinar condutas, quer estatais, quer dos particulares.

4. A constitucionalidade do artigo 71, da Lei 8666/93, não significa inconstitucionalidade dos "comportamentos judiciais" que, no caso concreto, à luz dos fatos e provas, venham a decidir pela responsabilidade da Administração Pública, para atender ao princípio constitucional da dignidade humana.

5. Assim, a proteção social do trabalhador, que presta serviços em favor da Administração Pública e acaba por não receber seus créditos trabalhistas, não pode conduzir à consideração de responsabilidade objetiva do Poder Público pelo indébito causado por terceiro. Nada obsta, contudo, a perquirir se o agente público agiu com culpa para a ocorrência do inadimplemento dos débitos trabalhistas. Se não for evidenciada, de qualquer modo, ação ou

omissão, direta ou indireta, na modalidade culposa, do agente público em detrimento do contrato administrativo para a prestação de serviços terceirizados, não há como emergir

responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas da empresa contratada, à luz do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Essa é a linha do entendimento pacificado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

6. Se a Administração Pública "deu causa" ao inadimplemento das verbas trabalhistas, na terceirização, seja por ato comissivo ou por omissão, conjunto de direitos ligados à manutenção da própria vida humana, é defensável a sindicabilidade judicial da conduta estatal em prol da tutela da dignidade da pessoa humana.

7. Isto porque, não é possível olvidar que há normas constitucionais, de larga envergadura, têm implicações sociais, políticas e econômicas, a exemplo dos princípios fundamentais positivados no art. 1º, tais como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa; bem como os direitos fundamentais que se afirmam através de princípios ligados aos direitos sociais (art. 6º e 7º) à ordem econômica (art. 170), à seguridade social (art. 194), à saúde (art. 196), à assistência social (art. 203) e à cultura (art. 215), entre tantos outros dispositivos constitucionais.

8. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a outras situações envolvendo direitos fundamentais, dotados de um núcleo mínimo irreduzível, ligados à manutenção do mínimo existencial, consistente no direito às condições mínimas de existência humana digna" e que exigem do Estado prestações positivas e ou que vinculam os particulares nas relações privadas.

9. As questões que merecem cuidado cingem-se ao : conjunto fático probatório, ônus da prova, a busca da verdade real e, o dever da fundamentação, tendo em conta a necessidade de controle da racionalidade sistêmica na aplicação do Direito. Assim, é exigida maior investigação e, não apenas a presunção ou mera consideração de dever de eleição ou de vigilância em relação

à execução do contrato administrativo. Resulta, pois a exortação do:

uso da tópicos, foco na solução do caso concreto, cuidado com as provas e, da questão do convencimento motivado juiz, demonstrado cabalmente pela argumentação-fundamentação adequada (art. 93, IX, CF).

10. Enfim, houve uma derrota meramente aparente da Súmula 331/TST. Não houve um discreto retorno à teoria da irresponsabilidade estatal dos atos do Estado autoritário, interpretação que não se coaduna com o texto constitucional, sob pena de desconstrução do Estado Democrático de Direito, máxime na vertente da responsabilidade do Estado.

Doravante, o Judiciário Trabalhista deve redirecionar a questão para a análise do caso concreto, com base no conjunto fático-probatório posto a seu julgamento, centrado nonexo causal, culpa e dano, para fixar a co-responsabilidade da Administração Pública, pelos serviços terceirizados contratados, à luz das regras e princípios, diante de um caso concreto. Trata-se, pois da atividade de ponderação da regra e suas exceções, ou ponderação das razões ou razões excepcionais, ou teoria de excepcionalidade, ou " aptidão para cancelamento (defeasibility) das regras".

Em última análise, a fixação de responsabilidade da Administração atende o comando da Constituição Federal: arts. 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)); 3º (Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...)), 6º (São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho (...)) e 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: (...)).

Mantém-se.

CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO**. Sem divergência de votos, DECLARAR a incompetência material da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias devidas a terceiros. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, nos termos do fundamentado: a) restringir a condenação ao pagamento de 09 (nove) dias de férias, observados os parâmetros fixados na r. sentença; e b) determinar que os já autorizados descontos fiscais se realizem na forma prevista no art. 12-A da Lei nº 7.713/88 e na Instrução Normativa RFB nº 1.127/2011, observadas as isenções legais e sem juros de mora em sua base de cálculo (Orientação Jurisprudencial n.º 400 da SBDI I do C. TST).

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 12 de julho de 2011.

UBIRAJARA CARLOS MENDES
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO
RELATOR

DECISÃO

RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16 E DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Relatório

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Jaguapitã/PR, em 11.11.2011, contra decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que, no Recurso Ordinário n. 00508-2009-669-09-00-5, teria afastado a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, descumprido a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal e desrespeitado o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

2. A decisão impugnada é a seguinte:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Consta da r. sentença:

‘Verifica-se que a parte autora prestava serviços vinculados à Secretaria de Saúde do Município de Jaguapitã (conforme demonstram os recibos de pagamento), na função de enfermeiro. Assim, contratando serviços necessários à consecução de uma de suas finalidades essenciais (saúde), os que não poderia prescindir e para os quais concorreu a força de trabalho da parte autora, a segunda ré assumiu para si o encargo de responder pela inadimplência da primeira, em consideração objetiva ao que dispõe o art. 2º da CLT, convergente com a proteção dos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Afinal, o empregador é quem suporta os riscos do empreendimento econômico, seja admitindo diretamente a mão-de-obra, seja contratando-a por interposta pessoa. Neste sentido manifesta-se o TST, através da Súmula n. 331, adotado por este Juízo. Ante o exposto, declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ quanto aos créditos trabalhistas e previdenciários

decorrentes da presente Sentença.’ (fl. 392).

Não merece reparos.

(...)

Quanto à responsabilidade subsidiária, não se olvida que a prestação de serviços do Reclamante em benefício do Município Reclamado restou evidenciada nos autos.

Conquanto o Município de Jaguapitã não seja, propriamente, tomador dos serviços prestados pela APMI - Associação de Proteção à Maternidade e à Infância de Jaguapitã, incontroverso que celebraram entre si convênio para implementação de programas na área da saúde.

Tal convênio tem amparo constitucional, no art. 199, § 1º (‘§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo, segundo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.’) o qual pode a Administração Pública recorrer a instituições privadas para, de forma complementar, participarem do Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público ou, como na hipótese, convênio.

Contudo, a possibilidade de convênio baseado em textos legais, bem como em entendimento consolidado pela jurisprudência da Superior Corte Trabalhista, não significa cláusula de irresponsabilidade do ente público por débitos trabalhistas devidos pela entidade conveniada, ante o dever de cautela e vigilância na escolha do conveniado.

‘In casu’, incontroverso que o órgão público descuidou de seu dever de fiscalização quanto ao cumprimento do convênio firmado com a associação, incorrendo, assim, em culpa ‘in vigilando.’

Não veio aos autos qualquer relatório ou outra documentação qualquer que demonstrasse a ‘supervisão e o acompanhamento dos’ (2.21.2, fl. 254) serviços e das atividades cometidas pela conveniada ou a apreciação de ‘todo o acervo de documentos que integram a pessoa jurídica

conveniada, tais como: Estatutos Sociais, alvarás, imunidades, isenções, registros, procurações e demais espécies contratuais em vigor' (2.5, fl. 250). Não basta a juridicidade da contratação entre os Réus. O órgão público, quando firma esse tipo de pacto, deve servir-se de rigoroso e constante acompanhamento da idoneidade da empresa frente aos meios utilizados por esta para a satisfação do objeto contratual.

Nesse sentido o art. 58, III, e o art. 67, § 1º, da Lei n. 8.666/93:

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

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

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 anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.'

Pelo princípio da aptidão para a prova, uma vez inadimplente a entidade conveniada, cabia ao Município de Jaguapitã provar a observância de referidas regras, ônus do qual, todavia, não se desincumbiu (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC).

Evidenciada a culpa 'in eligendo' e 'in vigilando' do Ente Público, este deve responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela entidade conveniada, mormente em face da nova redação dada à Súmula n. 331 do C. TST, com os acrescidos itens V e VI, que assim dispõem:

'CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE

(...)

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 n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora 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.'

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública decorre dos princípios insculpidos no 'caput' do art. 37 da Constituição Federal e, mais que isso, dos princípios fundamentais da República consistentes na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, razão pela qual a subvenção da atividade privada de interesse público, prestada por entidade sem fins lucrativos, está indubitavelmente condicionada à observância, pela entidade conveniada e subvencionada, dos direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Magna, não sendo admissível o repasse de verbas pelo ente público à entidade que não cumpre suas obrigações trabalhistas.

Assim, embora o Município Reclamado, no caso dos autos, não se trate propriamente de tomador de serviços, incide na hipótese a responsabilidade subsidiária, na forma da Súmula n. 331, IV e V, do C. TST, tendo em vista sua culpa 'in eligendo' e 'in vigilando' na escolha da instituição privada para a implementação de programas na área da saúde, dever do Estado, e fiscalização da execução dos termos do convênio.

(...)

Importante registrar, por oportuno, que o presente

entendimento não vai de encontro à decisão do Excelso STF ao julgar a ADC n. 16/DF, declarando constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93. Antes, a prestigia, como não podia ser diferente, dada a sua eficácia 'erga omnes' e seu efeito vinculante relativamente a todos os órgãos do judiciário (art. 102, § 2º da Constituição).

A responsabilidade do Município Réu não é fixada de forma objetiva, fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tal como a mais alta Corte do País evidenciou não se afigurar viável. É a própria lei de licitações que se apresenta como supedâneo da condenação.

Está sendo aquilatado aqui o efetivo grau de culpa do tomador, concluindo-se, com a necessária acribologia, que o 'default' teve como nascedouro a falha, a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Em última análise, a fixação de responsabilidade da Administração atende o comando da Constituição Federal: arts. 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...); 3º (Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...), 6º (São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho) e 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: (...). Mantém-se" (doc. 5-6).

É contra essa decisão que se ajuíza a presente reclamação.

3. O Reclamante alega que, "ao manter a decisão de primeira instância e julgar o ente público responsável subsidiário pelas verbas deferidas em sede de reclamação trabalhista, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª

Região fundamentou sua decisão na redação da Súmula 331, V do TST” (fl. 4).

Argumenta que pelo “acórdão proferido [a] 1ª Turma do TRT da 9ª Região violou o entendimento consubstanciado no artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos)” (fl. 5).

Sustenta que, “ao fundamentar a responsabilidade subsidiária do Município de Jaguapitã na culpa in eligendo e na culpa in vigilando, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região implicitamente afastou a aplicação do artigo 71, § 1º da Lei 8666/93, negando vigência ao referido dispositivo de lei. Cumpre asseverar que na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993” (fl. 6).

Ressalta que é “evidente que a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região contrariou a Súmula Vinculante nº 10 do STF, razão pela qual deve a mesma ser cassada, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal” (fl. 9).

Assevera que estariam presentes nesta reclamação os requisitos essenciais para o deferimento da medida liminar.

Requer “medida liminar, a fim de que seja suspensa a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, nos autos RT n. [00508-2009-669-09-00-5], em sede de reexame necessário, até a decisão final da presente Reclamação” (fl. 10).

Pede, no mérito, “seja julgada procedente a presente reclamação, a fim de que seja cassada a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, nos autos RT nº [00508-2009-669-09-00-5], em sede de Recurso Ordinário” (fl. 10).

Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

4. Razão jurídica assiste ao Reclamante.

5. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, no art. 157, que “o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado” e, no art. 52, que “poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral (...) quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência”.

A presente reclamação está instruída com todos os documentos essenciais para a solução da controvérsia e a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região fundamentou sua decisão na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, matéria recorrente neste Supremo Tribunal, razão pela qual deixo de requisitar informações à autoridade reclamada e dispense o parecer do Procurador-Geral da República.

6. O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e desrespeitado a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para reconhecer constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 9.9.2011).

O acórdão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 foi publicado em 9.9.2011. No entanto, este

Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata do julgamento.

Nesse sentido:

“O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido” (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006, grifos nossos).

[...] ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 1ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16”.

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 12.7.2011 (fl. 9, doc. 5); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 1ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

“Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação” (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).

Confira-se excerto do voto do Relator:

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.

Em caso análogo ao dos autos:

“As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado

formalmente a sua inconstitucionalidade” (Rcl 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 3.3.2011, grifos nossos).

9. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.

10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, **julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região no Recurso Ordinário n. 00508-2009-669-09-00-5 e determinar que outra decisão seja proferida como de direito.**

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 2011.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERIR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS ENCARGOS TRABALHISTAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993 RECONHECIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA E CONSTITUCIONALIDADE N. 16. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, **em negar provimento ao agravo regimental**. Ausentes, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.
Brasília, 15 de dezembro de 2011.
Ministra CÁRMEN LÚCIA - Relatora

Supremo
Tribunal Federal

15/12/2011

PLENÁRIO
AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 12.926 PARANÁ

RELATORA MIN. CÁRMEN LÚCIA
AGTE.(S) MARCOS ROBERTO RIGHETI
ADV.(A/S) LUIZ RICARDO GHELERE
AGDO.(A/S) MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ
PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ
INTDO.(A/S) TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
INTDO.(A/S) ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA DE JAGUAPITÃ : ROGÉRIO MADUCA
ADV.(A/S)

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Em 14 de novembro de 2011, julguei procedente a reclamação ajuizada pelo Município de Jaguapitã/PR contra decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que, no Recurso Ordinário n. 00508-2009-669-09-00-5, afastou a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, descumpriu a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal e desrespeitou o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

“6. O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e desrespeitado a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para reconhecer constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

‘RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995’ (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 9.9.2011).

O acórdão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 foi publicado em 9.9.2011. No entanto, este Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia erga

omnes desde a publicação da ata do julgamento.

Nesse sentido:

‘O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido’ (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006).

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 12.7.2011 (fl. 9, doc. 5); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 1ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

‘Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação’ (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).

Confira-se excerto do voto do Relator:

‘Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço

da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16’.

Em caso análogo ao dos autos:

‘As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade’ (Rcl 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 3.3.2011, grifos nossos).

9. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.

10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região no Recurso Ordinário n. 00508-2009-669-09-00-5 e determinar que outra decisão seja proferida como de direito” (doc. 9).

2. Publicada essa decisão em 24.11.2011, interpõe Marcos Roberto

Righeti, ora Agravante, tempestivamente, agravo regimental (doc. 1).

3. Alega o Agravante que “a lei prevê a necessidade de assinatura nos atos processuais que a demandem, como é o caso da petição inicial desta reclamação. Em se tratando de processo digital, a assinatura deve ser igualmente digital. A assinatura da petição inicial desta reclamação é inválida, como consta dela mesma, conforme Screenshot (...). *Partindo da premissa que é dever da parte zelar pela correção dos dados e assinar digitalmente suas petições, a petição inicial destes autos é inexistente*” (fls. 2-3).

Afirma que, “após passar anos a fio aplicando medicações, medindo dados vitais, limpando vômito e outras dejeções; enfim, ajudando a restabelecer a saúde e a dignidade humana dos que procuravam o Hospital Municipal de Jaguapitã, o trabalhador agravante, ora peticionário, não imaginava que seria privado de receber seus créditos trabalhistas” (fl. 9).

Argumenta que “*prestou serviços ao município reclamante - entidade mantenedora do Hospital em que ele trabalhou - mediante a intermediação da APMI, instituição gerida pela esposa do prefeito, sem patrimônio ou renda própria, isto é, sem qualquer autonomia, é evidente que jamais receberá seus créditos se o município não for responsabilizado subsidiariamente por eles*” (fl.9).

Sustenta que “*não há contrariedade à Ação Direta de Constitucionalidade 16 e, conseqüentemente, não há violação da Súmula Vinculante 10 desta Corte Suprema, uma vez que não ocorreu declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*” (fl. 16).

Assevera que, “*salvo melhor juízo, o município reclamante nem mesmo realizou licitação para contratar a APMI para intermediar a mão de obra do trabalhador ora peticionário. Logo, não se compreende o porquê de se querer aplicar o art. 71 da Lei de Licitações*” (fl. 16).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao Agravante.
2. Apesar das alegações do Agravante de que a petição inicial não estaria assinada, cumpre ressaltar que consta do recibo do Sistema de Petição Eletrônica do Supremo Tribunal Federal que a petição inicial foi devidamente assinada na forma digital por “ROGERIO MANDUCA, em 11.11.2011, às 12:05:21.641 GMT-02:00, número do processo criado: 99557892820111000000” (doc. 8).
3. Na espécie vertente, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região assentou que:

“Embora o Município Reclamado, no caso dos autos, não se trate propriamente de tomador de serviços, incide na hipótese a responsabilidade subsidiária, na forma da Súmula n. 331, IV e V, do C. TST, tendo em vista sua culpa ‘in eligendo’ e ‘in vigilando’ na escolha da instituição privada para a implementação de programas na área da saúde, dever do Estado, e fiscalização da execução dos termos do convênio.

(...)

Importante registrar, por oportuno, que o presente entendimento não vai de encontro à decisão do Excelso STF ao julgar a ADC n. 16/DF, declarando constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93. Antes, a prestigia, como não podia ser diferente, dada a sua eficácia ‘erga omnes’ e seu efeito vinculante relativamente a todos os órgãos do judiciário (art. 102, § 2º da Constituição).

A responsabilidade do Município Réu não é fixada de forma objetiva, fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tal como a mais alta Corte do País evidenciou não se afigurar viável. É a própria lei de licitações que se apresenta como supedâneo da condenação.

Está sendo aquilatado aqui o efetivo grau de culpa do tomador, concluindo-se, com a necessária acribologia, que o ‘default’ teve como nascedouro a falha, a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Em última análise, a fixação de responsabilidade da Administração atende o comando da Constituição Federal: arts. 1º (A República Federativa do Brasil,

[...] na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para reconhecer a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993".

formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...); 3º (Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...), 6º (São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho) e 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" (doc. 5-6).

Como afirmado na decisão agravada, na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para reconhecer a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

"RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995" (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 9.9.2011).

Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 1ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

“Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação” (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).

Confira-se excerto do voto do Relator:

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.

Em casos análogos ao dos autos:

“As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior

do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade” (Rcl 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 3.3.2011, grifos nossos). “Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 6.12.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a Constituição.

Registre-se que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula 331, IV do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta, após o julgamento da referida ADC 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

A decisão reclamada contraria esse entendimento, uma vez que insiste na responsabilização subsidiária da Administração Pública, ao fundamento de que ‘o Princípio da Proteção e a Teoria do Risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador, pontificando uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pela prestadora’.

Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar a decisão reclamada no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública e determinar que outra seja proferida em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16” (Rcl 12.861, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 16.11.2011, grifos nossos).

4. Os argumentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 12.926

PROCED. : PARANÁ

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S) : MARCOS ROBERTO RIGHETI

ADV.(A/S) : LUIZ RICARDO GHELERE

AGDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA DE JAGUAPITÃ

ADV.(A/S) : ROGÉRIO MADUCA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 15.12.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.
p/ Luiz Tomimatsu Secretário

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de REEXAME NECESSÁRIO, provenientes da MM. VARA DO TRABALHO DE ROLÂNDIA - PR , sendo Reclamante MARCOS ROBERTO RIGHETI e Reclamados ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA DE JAGUAPITÃ - APMI e MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ.

I. RELATÓRIO

A Exma. Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia, por meio de decisão proferida nos autos da Reclamação nº 12.926 (Paraná), às fls. 332-343 e 344-354, cassou a decisão proferida por este Colegiado em relação à responsabilidade subsidiária atribuída ao Município de Jaguapitã e determinou que outra decisão seja proferida como de direito. Conclusos, vieram os autos a este Relator.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Admissibilidade conforme decisão à fl. 256.

2. MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A Exma. Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia, por meio de decisão proferida nos autos da Reclamação nº 12.926 (Paraná), às fls. 332-343 e 344-354, cassou a decisão proferida por este Colegiado somente com relação à responsabilidade subsidiária atribuída ao Município de Jaguapitã e determinou que outra decisão seja proferida como de direito.

Com efeito, consta na decisão às fls. 332-343 e 344-354 que a decisão impugnada é apenas com relação à responsabilidade subsidiária acolhida, tendo a Ministra Carmem Lúcia transcrito a decisão desta E. Primeira Turma com relação à responsabilização subsidiária do Município de Jaguapitã às fls. 334-338 e 346-350 e salientado que "É contra essa decisão que se ajuíza a presente reclamação." (fls. 338 e 350).

Sem dúvidas, a decisão cassada diz respeito apenas à responsabilidade pelo pagamento dos créditos oriundos da presente reclamatória trabalhista e não quanto às verbas que constituem o mencionado crédito.

Passo ao exame.

Consta na r. sentença a declaração de responsabilidade subsidiária do Município de Jaguapitã pelos seguintes fundamentos:

"9. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Verifica-se que a parte autora prestava serviços vinculados à Secretaria de Saúde do Município de Jaguapitã (conforme demonstram os recibos de pagamento), na função de enfermeiro. Assim, contratando serviços necessários à consecução de uma de suas finalidades essenciais (saúde), os que não poderia prescindir e para os quais concorreu a força de trabalho da parte autora, a segunda ré assumiu para si o encargo de responder pela inadimplência da primeira, em consideração objetiva ao que dispõe o art. 2º da CLT, convergente com a proteção dos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Afinal, o empregador é quem suporta os riscos do empreendimento econômico, seja admitindo diretamente a mão-de-obra, seja contratando-a por interposta pessoa. Neste sentido manifesta-se o TST, através da Súmula n.º 331, adotado por este Juízo.

Ante o exposto, declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE JAGUAPITÃ quanto aos créditos trabalhistas e previdenciários decorrentes da presente Sentença" (fl. 100).

A parte autora foi contratada pela ré Associação de Proteção à Maternidade e à Infância de Jaguapitã na função de enfermeiro, para trabalhar em prol do segundo réu, Município de Jaguapitã.

Em casos tais esta E. Primeira Turma vinha responsabilizando o tomador de serviços, mesmo em se tratando de ente da Administração Pública direta e/ou indireta, autárquica e fundacional, na esteira do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho e sempre que se averiguava a ausência de fiscalização da execução do contrato, com amparo na Súmula nº 331, IV, V e VI, do TST e no que a doutrina chama de culpa in vigilando, pois ao deixar de fiscalizar o contrato tem-se a conduta omissiva e a responsabilidade subsidiária. Era também aplicada a culpa in eligendo para tais casos.

Não se tratava de negar vigência ou de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, mas sim de aplicar os princípios legais e constitucionais de proteção ao crédito trabalhista e à dignidade do trabalhador, ao valor social do trabalho e à relevância deste (Constituição da República, art. 1º, III e IV, e art. 6º).

Isto porque embora o art. 71, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/1993 atribua ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e preveja que a inadimplência do contratado não transfere responsabilidade à Administração Pública, a própria Lei nº 8.666/1993, nos arts. 27 a 37, propiciam ao contratante a seleção de empresas idôneas e em plenas condições de arcar com os compromissos assumidos com o tomador dos serviços e com os empregados.

O art. 67 da Lei de Licitações estabelece que "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".

Não se tratava de negar vigência ou de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, mas sim de aplicar os princípios legais e constitucionais de proteção ao crédito trabalhista e à dignidade do trabalhador, ao valor social do trabalho e à relevância deste (Constituição da República, art. 1º, III e IV, e art. 6º).

Ocorre que o E. Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 na ADC nº 16-DF e tem dado provimento a Reclamações que discutem a responsabilização subsidiária do ente público para cassar decisões que aplicam a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e que responsabilizam subsidiariamente o ente público, nos termos do art. 103-A e seu § 3º da Constituição da República.

Eis o teor de decisão da lavra da Exma. Ministra Ellen Gracie, na Reclamação nº 8.150-Ag.R, publicada em 03/03/2011:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 1º, DA LEI 8.666/1993. INCISO IV DA SÚMULA TST 331. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS ORIUNDOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO TOMADOR DOS SERVIÇOS. AFRONTA À AUTORIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 10 DEVIDAMENTE CONFIGURADA. ARTIGO 103-A,

PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Acórdão que entendeu ser aplicável ao caso o que dispõe o inciso IV da Súmula TST 331, sem a consequente declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a observância da cláusula da reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. 2. Não houve no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96 a declaração formal da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, mas apenas e tão-somente a atribuição de certa interpretação ao mencionado dispositivo legal. 3. Informações prestadas pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho. 4. As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade. 8. Ofensa à autoridade da Súmula Vinculante 10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado."

Igual desfecho constata-se no posicionamento adotado pelo STF na Reclamação nº 12.926/PR, da lavra da Exma. Ministra Cármen Lúcia, que definiu o seguinte com relação aos presentes autos (nº 00508-2009-669-09-00-5):

"(...) Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 1ª Turma desse Tribunal no Recurso Ordinário n. 00508-2009-669-09-00-5 e determinar que outra decisão seja proferida como de direito" (fls. 342 e 354).

O E. Supremo Tribunal Federal entende que responsabilizar o ente público pelo viés da responsabilidade subsidiária e a partir da Súmula nº 331 do TST, com amparo nas culpas in vigilando e in eligendo, implica negar vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ainda que por via transversa, o que acabaria por violar a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Em consequência e por disciplina judiciária, nos termos dos arts. 102, § 2º, e 103-A e seu § 3º, ambos da Constituição, esta E. Primeira Turma firmou atual e majoritário posicionamento no sentido de que a responsabilização subsidiária do ente público não pode persistir em virtude de a matéria ter sido consolidada na jurisprudência do E. STF a partir da ADC nº 16 e das decisões recentemente cassadas por aquela Excelsa Corte. Sendo assim, impõe-se definir que a terceirização perpetrada pelo ente público nos moldes da Lei nº 8.666/1993, art. 71 e seu § 1º, não acarreta a sua responsabilização subsidiária pelos haveres trabalhistas, fiscais e comerciais reconhecidos em juízo.

Ressalva-se a responsabilização do ente público pelos encargos previdenciários, uma vez que o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 prevê que a "Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991".

Há que se observar tal ressalva legal, sob pena de ocorrer violação à Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Frisa-se que definir a responsabilidade solidária traduziria reformatio in pejus, motivo pelo qual impõe-se manter a r. sentença quanto à responsabilidade subsidiária no que tange aos encargos previdenciários.

Em face do exposto, impõe-se reformar parcialmente a r. sentença para excluir a responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos decorrentes da presente ação trabalhista, exceto quanto aos encargos previdenciários.

Quanto aos demais tópicos recursais, mantêm-se os Acórdãos já prolatados por esta E. Primeira Turma (fls. 255/302 e 311/314).

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO**. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, nos termos da fundamentação, excluir a responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos decorrentes da presente ação trabalhista, exceto quanto aos encargos previdenciários. Quanto aos demais tópicos recursais, mantêm-se os Acórdãos já prolatados por esta E. Primeira Turma (fls. 255/302 e 311/314). Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 08 de maio de 2012.
EDMILSON ANTONIO DE LIMA
DESEMBARGADOR RELATOR

Ementas



RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC Nº 16/STF. SÚMULA 331, ITEM IV/TST. ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93.

O Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento sobre a matéria na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, entendendo que nos casos de terceirização a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. O Excelso Pretório também tem reconhecido que a aplicação do item IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, esvazia a força normativa do art. 71 da Lei nº 8.666/93, razão pela qual vem cassando as decisões dos Tribunais Regionais ou do próprio Tribunal Superior do Trabalho que responsabilizam subsidiariamente a Administração Pública. (TRT-PR 03612-2011-513-09-00-3. Publicação em 06/07/2012. Juiz Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO).

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 9º DA CLT, ARTS. 186, 187, 927, 932, III, e 942, PARÁG. ÚNICO DO CC.

Configurada a terceirização ilícita, com o desvirtuamento do referido instituto, as empresas tomadoras e prestadoras de serviços devem ser solidariamente responsabilizadas pelo pagamento dos direitos trabalhistas do reclamante, com fundamento no artigo 9º da CLT e 186 do CC, pois decorre da prática de ato ilícito pelas reclamadas, que abusaram do seus direitos, excedendo os limites impostos por seus fins econômicos e sociais, bem como pela boa-fé objetiva (artigo 187 do CCB), devendo reparar os danos causados, por força dos artigos 927, 932, III, e 942, pg. único, do CCB. Assim, existe fundamentação legal para a condenação solidária da ora recorrente, não se tratando da hipótese de grupo econômico previsto no art. 2º § 2º da CLT. (TRT-PR 02668-2010-010-09-00-0. Publicação em 22/11/2011. Desembargador Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FACÇÃO. EXCLUSIVIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST.

Nos contratos de facção, a existência de exclusividade de fornecimento de produtos evidencia a relação de dependência da empresa de facção com a empresa tomadora de serviços e torna irregular o contrato realizado entre as partes, amoldando-se, assim, à hipótese de terceirização de serviços e atraindo a aplicação do disposto na Súmula nº 331 do C. TST. Recurso da reclamada conhecido e não provido. (TRT-PR 00404-2010-068-09-00-9 (RO 1787/2012) Publicado em 01/06/2012. Juiz Convocado Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - TERCEIRIZAÇÃO PELO MUNICÍPIO

A tutela pretendida pelo Ministério Público do Trabalho na presente ação é eminentemente inibitória, visando impor a abstenção de contratação pelo Município de técnicos em radiologia por empresa interposta. A presente lide apenas questiona a terceirização realizada pelo Município, que contratou empresa (2ª ré) para lhe prestar serviços de radiologia. O provimento jurisdicional pretendido pelo MPT não é no sentido de impor ao Município qualquer contratação de servidores públicos (técnicos em radiologia), mediante concurso público. Assim, não fazendo parte da pretensão do autor, não se pode declarar a incompetência da Justiça do Trabalho por este fato, que apenas hipoteticamente poderia ocorrer, como consequência do acolhimento da tutela pretendida. A liminar concedida pelo STF na ADI 3395 MC/DF não autoriza a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho, já que a situação dos autos é diversa daquela questionada na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade. A liminar concedida na referida ADI visou afastar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários, o que, definitivamente, não é o caso destes autos. Competência da Justiça do Trabalho que ora se declara. (TRT-PR 05992-2010-020-09-00-7. Publicação em 09/09/2011. Desembargador Relator LUIZ EDUARDO GUNTHER).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TOMADOR DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA 331, IV, DA CF.

Em relações trilaterais, nos moldes de terceirização de atividades-meio, as parcelas devidas à parte autora, tenham natureza salarial, indenizatória ou de penalidade imposta às rés, devem, em primeiro lugar, ser pagas pela empregadora, devedora principal. Se não satisfeitas, independente de sua

natureza, a responsabilidade pelo pagamento se transfere ao tomador dos serviços na condição de responsável subsidiário, simplesmente por força dessa responsabilidade que lhe foi imposta em decisão judicial. Não lhe é dado discutir a natureza da prestação devida ou a quem incumbia prestar o fato, na época devida. Tudo se resume à necessidade de oferecer ao trabalhador a mais pronta satisfação de tudo quanto é devido, em razão da prestação de serviços. Recurso a que se nega provimento, para manter a responsabilidade subsidiária atribuída à tomadora de serviços. (TRT-PR 40147-2009-652-09-00-8. Publicação em 06/03/2012. Desembargadora Relatora MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONTRATO PARA PRODUÇÃO AVÍCOLA INTEGRADA. TOMADORA DE SERVIÇOS.

A contratação de empresa interposta, para realização de tarefas ou prestação de serviços que não se incluem na atividade-fim da contratante é, a princípio, lícita, desde que se respeitem certas exigências legais, como a de que se trate de verdadeira atividade-meio, e não atividade que constitui o próprio objetivo social da tomadora. Nem quando se trate de autêntica terceirização se pode excluir a responsabilidade do tomador de serviços por débitos trabalhistas eventualmente não satisfeitos pela empresa contratada junto a seus empregados, de forma subsidiária, pois se entende que o tomador age com culpa in eligendo e culpa in vigilando quando escolhe prestadora de serviços inidônea ou que, ao longo do contrato, venha demonstrar incapacidade de fazer frente às obrigações trabalhistas. Quando se constata que a contratação por meio de empresa interposta caracterizou fraude aos direitos trabalhistas, por suprir necessidade de mão-de-obra em atividade essencial, sem aumento de quadro de empregados do tomador, a terceirização é ilícita e a responsabilidade deve ser solidária. Recurso da segunda ré a que se nega provimento para manter a sentença que condenou a tomadora de serviços a responder solidariamente pelas parcelas deferidas em juízo. (TRT-PR 00476-2010-749-09-00-5. Publicação em 18/05/2012. Desembargadora Relatora MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU).

TERCEIRIZAÇÃO - DIFERENÇA SALARIAL - APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO PACTUADAS PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS - PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

A terceirização não deve surgir como mecanismo de diminuição dos direitos dos trabalhadores em contraponto à intenção de otimizar os lucros da empresa. Se existe uma condição salarial melhor, conquistada na CCT da empresa tomadora dos serviços, esta condição deve ser estendida aos empregados da empresa prestadora dos serviços. O amparo legal para esta

conclusão não reside no conceito clássico, na regra vetusta de que apenas os coneventes estão obrigados a observar as regras pactuadas na CCT, mas fulcra-se no Princípio da Valorização do Trabalho Humano, na medida em que se há possibilidade de valorização do trabalho despendido pela obreira nas dependências da tomadora, a qual concede patamar salarial mais benéfico, oriundo de CCT, esta deve ocorrer. Também fulcra-se no Princípio da Isonomia, diante do qual se aplica de forma analógica a regra do artigo 12 da Lei Federal nº 6019/1974. (TRT-PR 01098-2008-660-09-00-1. Publicação em 09/12/2008. Desembargadora Relatora ANA CAROLINA ZAINA).

QUARTEIRIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DAS EMPRESAS

A obreira foi contratada pela primeira ré, que mediante contrato, prestou serviços para a segunda ré a qual possuía contrato de prestação de serviços em face da terceira ré. É o fenômeno que se denomina "quarteirização", que nada mais é do que a delegação da gestão de atividades terceirizadas, mas que para o direito do trabalho possui as mesmas consequências jurídicas e legais da terceirização, pois há o trabalho humano desenvolvido pelo empregado da "quarteirizada" cujos benefícios são usufruídos por todas as empresas desta cadeia produtiva organizacional. Não importa neste aspecto a inexistência de relação jurídica material de forma direta da obreira em relação às empresas terceirizada e quarteirizada, o que importa é considerar o elemento do trabalho humano como fonte de benefício para ambas, ainda que de forma indireta. Esta presunção é de caráter absoluto, eis que se determinado empregado presta serviços para a empregadora, em prol da consecução de objetivos econômicos de outra empresa, a força laboral desenvolvida pelo empregado, reverte-se em benefício direto ao efetivo empregador e indireto às demais empresas tomadoras do serviço. (TRT-PR 00937-2007-892-09-00-4. Publicação em 30/05/2008. Desembargadora Relatora ANA CAROLINA ZAINA).

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO E ALCANCE.

1. O tomador é responsável subsidiário pelos débitos trabalhistas decorrentes do serviço prestado, consoante diretriz contida no item IV da Súmula n.º 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST). 2. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos créditos devidos ao trabalhador abrange todas as verbas a cujo pagamento foi condenada a empresa prestadora como devedora principal, inclusive multa convencional e a prevista no artigo 477, parágrafo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a indenização compensatória de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Recurso ordinário da terceira reclamada conhecido e desprovido,

neste ponto. (TRT-PR 03991-2008-892-09-00-2. Publicação em 14/10/2011. Desembargador Relator ALTINO PEDROZO DOS SANTOS).

CONTRATO DE FRANQUIA (FRANCHISING). REGULARIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA/SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA FRANQUEADORA. INCABÍVEL.

Não se constatando qualquer irregularidade no contrato de franquia empresarial firmado entre as reclamadas nos moldes da Lei n.º 8.955/1994, incabível a responsabilização solidária da empresa franqueadora pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela franqueada. E, por não ter havido contrato de terceirização de serviços entre as empresas, também não cabe a responsabilização subsidiária, por aplicação da diretriz contida no item IV da Súmula n.º 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Recurso ordinário da reclamante conhecido e desprovido. (TRT-PR 02581-2010-021-09-00-6. Publicação em 10/06/2011. Desembargador Relator ALTINO PEDROZO DOS SANTOS).

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE DE VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA DA INFRAÇÃO CAPITULADA.

O art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, estabelece que a sociedade de economia mista, órgão da Administração Pública Indireta, somente pode contratar empregado aprovado previamente em concurso público. Em consonância com tal previsão constitucional está a diretriz do item II da Súmula n.º 331 do C. TST, pois estabelece que "a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública". No caso em tela, sendo a Autora sociedade de economia mista, ainda que venha a ser constatada irregularidade em terceirização que realiza, por força da vedação constitucional à livre contratação, o pressuposto para a capitulação do art. 41 da CLT não se verifica. Insubsistente, portanto, o auto de infração que assim capitula. (TRT-PR 23964-2010-003-09-00-6. Publicação em 09/03/2012. Juíza Convocada Relatora JANETE DO AMARANTE).

ITAÚ UNIBANCO S.A. E MANPOWER PROFESSIONAL LTDA. - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO COM O BANCO

Inadmissível que a entidade bancária, ao invés de contratar empregados, opte por destacar atividades que deveriam por ela ser desempenhadas, em favor da contratação de empresas interpostas. Assim, porque permanente e essencialmente integrada às necessidades ordinárias da empresa, revela-se ilícita a tentativa de terceirização da atividade, o que conduz ao reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador, na forma da Súmula 331 do C. TST. Sentença mantida. (TRT-PR 06079-2011-

652-09-00-2. Publicação em 20/04/2012. Desembargadora Relatora SUELI GIL EL-RAFIHI).

VOLKSWAGEN. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. ILEGALIDADE.

Não foi carreado aos autos qualquer documento apto a esclarecer as atividades desempenhadas pela segunda Ré (CSI) em prol da terceira (Volkswagen). Ausente o contrato de prestação de serviço entre segunda e terceira Rés, imperioso dar guarida à tese obreira, pois incontroverso que trabalhou nas dependências da Volkswagen, em abastecimento de peças e controle de estoque, a possibilitar o funcionamento da linha de montagem de veículos, sem comprovação de que a segunda Ré (CSI) constitui-se em empresa altamente especializada para tal mister ou fornecedora de peças. Tratando-se a terceira Ré (Volkswagen) de sociedade empresária que tem por objeto social "a fabricação, o comércio, a importação e a exportação de veículos automotores, veículos e aparelhos de locomoção ou de transporte, por terra, água e ar, motores, máquinas e ferramentas, peças, componentes, acessórios, implementos e equipamentos e a prestação de serviços relacionados com as suas atividades industriais e operacionais" (contrato social), a terceirização de função diretamente ligada à sua atividade-fim é totalmente ilegal e infringe o disposto no art. 9º da CLT. A contratação do Autor através da segunda Reclamada (CSI) é nula de pleno direito e tem como consequência o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador do serviço, pois se afigura nítida a hipótese de "terceirização ilícita". Este é o comando que se extrai da Súmula nº 331, I, do C. TST. (TRT-PR 04078-2010-965-09-00-3. Publicação em 15/05/2012. Desembargador Relator UBIRAJARA CARLOS MENDES).

HORAS EXTRAS - CABISTA - TRABALHO EXTERNO - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 62, INCISO I, DA CLT.

A possibilidade de controle de jornada deve abranger todo o tempo efetivamente destinado ao labor e não somente os horários de início e término dos trabalhos ou o número de tarefas cumpridas. Se o trabalhador presta seus serviços externamente com possibilidade de mesclá-lo com outras atividades, não faz jus a horas extras, ainda que tenha a produtividade fiscalizada e prazos a cumprir. Recurso provido. UNICIDADE CONTRATUAL - SUCESSIVAS RESCISÕES E RECONTRATAÇÕES POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS - CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO DIRETA - FRAUDE CARACTERIZADA. Nula é a rescisão do contrato de trabalho seguida de recontração para a mesma função por intermédio de empresa terceirizada, sem interrupção dos serviços, mormente quando se evidencia a pessoalidade e a subordinação direta. Terceirização fraudulenta, ainda que se trate de serviço na área de telecomunicações. Recurso provido. (TRT-PR 00875-2010-089-09-00-8. Publicação em 22/06/2012). Relator: Des. BENEDITO XAVIER DA SILVA)

Sentenças

Edson Takeshi Assahide

Processo nº 03423-2011-411-09-00-0 ,publ. em 11/06/2012, 3ª Vara do Trabalho de Paranaguá - PR. Juiz Edson Takeshi Assahide.



Viviana Pires Pinto ajuizou reclamação trabalhista contra DRA Serviços Gerais Ltda. EPP, Liderança Limpeza e Conservação Ltda. e Banco do Brasil S.A, Reclamados, todos qualificados, alegando os fatos e fundamentos com base nos quais pleiteou a condenação do reclamado, conforme petição inicial de fls. 02/10. Juntou procuração e documentos.

[...]

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 3ª RÉ

É fato incontroverso que a autora trabalhou como servente de limpeza em agência bancária do terceiro reclamado, intermediada pela 2ª ré, no período 24/11/2009 a 19/2/2010, consoante anotação na CTPS da obreira às fls. 17.

Inicialmente, cumpre registrar que a co-responsabilidade do tomador de serviços independe da ilicitude da intermediação. Com efeito, a responsabilidade do tomador, essencial à manutenção dos conceitos legais basilares do Direito do Trabalho, advém do simples fato objetivo de ter sido o tomador quem se apropriou do resultado da prestação laboral do autor.

A Súmula 331, IV, do c. TST assevera que o tomador deve responder pelos direitos trabalhistas inadimplidos, de forma subsidiária. Em bem elaborado artigo, MAURICIO GODINHO DELGADO, analisando a matéria sob a ótica da Súmula 331 do TST, já esclarecia:

"A questão da responsabilidade, de qualquer modo, recebeu ênfase especial no texto do Enunciado 331, TST. Nesta linha a mencionada súmula esclareceu ser o tomador de serviços responsável,

subsidiariamente, perante o crédito trabalhista, ainda que considerada lícita a 'terceirização' efetuada. (...) Tal responsabilidade do tomador de serviços deriva do risco empresarial objetivo pela 'terceirização', independentemente de alegação (ou evidência) de inidoneidade da empresa contratante direta da força de trabalho. Desde que o caso em exame seja de terceirização (lícita ou ilícita), há a possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador. A única exigência é que este figure no polo passivo da lide trabalhista correspondente, ao lado do empregador formal." (LTr, 58-10/1216).

No que concerne aos agentes públicos, não se vislumbra a legitimidade de lhes criar um privilégio de isenção de responsabilidade que, como é notório, somente serve para dar azo a formas de contratação, pelos entes públicos, de prestadores de serviço que licitam de forma fraudulenta e cuja consequência, após algum tempo, é o inadimplemento dos créditos dos trabalhadores, danos sociais graves reiteradamente vistos nesta Justiça do Trabalho e, ao final, práticas de contratação pelos entes públicos que em nada se preocupam com salvaguardar os direitos daqueles cujo trabalho ele toma. Trata-se de situação em franca contradição com o disposto nos arts. 1º, IV, 5º, I, 6º e 170 da Constituição Federal, negligenciando a igualdade de direitos, a igualdade de condições atuação econômica dos entes estatais e o direito ao trabalho e a valorização do trabalho.

Não obstante, no julgamento da ADC 16, o e. STF houve por bem reconhecer constitucionalidade ao art. 71 da Lei 8.666/93. Em virtude desse julgamento, o e. TST alterou a redação do enunciado 331, IV, acrescentando os incisos V e VI:

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

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. 8666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. 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."

Assim é, que somente se vislumbra constitucionalidade ao parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93, se daí se extrair não o óbice total à responsabilidade do ente público tomador dos serviços, mas apenas o fato de tal responsabilidade não ser meramente objetiva, mas decorrer da conduta culposa da administração.

Dá-se ao dispositivo, então, interpretação conforme a Constituição, sem porém negar-lhe a validade do texto.

Trata-se, então, de identificar na culpa o fundamento da responsabilidade do tomador de serviços por ato de terceiro. "Na responsabilidade por ato de terceiro (...) - como nos ensina CAIO MARIO - o conceito de culpa recebe uma tal elasticidade, que na essência é levado a segundo plano, se se ponderar em que a jurisprudência afirma o dever de reparação ainda que não tenha havido culpa *in vigilando* ou *in eligendo* (Instituições de Direito Civil, 10ª ed., p. 461).

A culpa *in vigilando* tem por fundamento a obrigação de fiscalizar. Mesmo a Lei 8.666/93 assevera a obrigação do ente público na fiscalização do contrato: 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".

Na situação dos autos, o 3º réu alega que não tem o dever de fiscalização e que escolheu mediante procedimento licitatório.

Apesar do esforço argumentativo do 3º réu, razão não lhe assiste. O fato de não haver sequer alusão na peça de defesa de procedimento de fiscalização adotado pelo 3º réu, demonstra sua omissão culposa, uma vez que cumpre fiscalizar se o agente que contratou não está a vilipendiar os direitos trabalhistas daqueles que prestam o serviço que aproveita diretamente ao tomador de serviços. Omissis que foi o 3º réu, haja vista que houve inadimplementos elementares ao longo do vínculo, permanecendo inerte o tomador, tem-se por caracterizada a culpa *in vigilando*. Daí decorre a responsabilidade subsidiária, que visa a evitar trasladar aos trabalhadores

[...] Quem licita mal, se torna responsável pelos atos do terceiro".

o risco da atividade, na eventualidade, confirmada na espécie, de a empresa interposta ser inidônea, protegendo o interesse público, fazendo, ainda, com que a prestação jurisdicional atinja seu objetivo.

Ademais, também se identifica a culpa in eligendo, ainda que a contratação seja feita por meio de licitação. Quem licita mal, se torna responsável pelos atos do terceiro. Ao contratar, a administração estaria dotada de poderes para criar condições de garantias no contrato capazes de assegurar a sua execução, inclusive no que tange ao pagamento dos créditos dos empregados da prestadora, o que, afinal é o seu objeto principal, já que se trata de um contrato de prestação de serviços. Bastaria introdução de tais garantias já no edital licitatório, como a previsão de caução suficiente, bem como o condicionamento do repasse das faturas mensais à comprovação do pagamento, pela prestadora, das obrigações trabalhistas, não do mês anterior, mas já do mês imediatamente vencido, o que impediria a prestadora de receber a fatura sem o integral e prévio cumprimento de suas obrigações trabalhistas vencidas. Tal providência elementar, garantiria já a maior parte dos casos de inadimplemento.

A ausência de tais garantias também evidencia a culpa da tomadora, por não adotar as cautelas necessárias, implicando sua responsabilidade subsidiária, por força dos art. 186 e 927 do Código Civil.

Nesse sentido, vem decidindo o e. TST, após o julgamento da ADC 16, pelo STF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇO - ENTIDADE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA -IN VIGILANDO-. ISONOMIA SALARIAL. OJ 383, SBDI-1/TST. Na hipótese, o Regional consignou que a Reclamante foi contratada por intermédio de empresa terceirizada e passou a laborar como caixa, percebendo, contudo, remuneração inferior aos empregados da CEF que exerciam as mesmas funções. É entendimento desta Corte que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador

dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Trata-se de aplicação analógica do art. 12, -a-, da Lei 6.019, de 03.01.1974 (OJ 383, SDI-1/TST) . Noutro norte, as entidades estatais têm responsabilidade subsidiária pela s dívidas previdenciárias e trabalhistas das empresas terceirizantes que contratam, nos casos em que desponta sua culpa -in vigilando-, quanto ao cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte da empresa terceirizante contratada. É, portanto, constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93 (ADC 16, julgada pelo STF em 24.11.2010), não implicando, porém, naturalmente, óbice ao exame da culpa na fiscalização do contrato terceirizado. Evidenciada essa culpa nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista nos arts. 186 e 927, -caput-, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Assim, em face dos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar a prova dos autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula 126/TST). Agravo de instrumento desprovido" (AIRR - 71240-34.2009.5.13.0006 Data de Julgamento: 01/12/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 10/12/2010).

A par disso, não só nos limites (embora nem tão restritos) do direito comum, se encontra o fundamento da responsabilização do tomador. Não se perca de vista que todo o procedimento de terceirização tem por origem a flexibilização do disposto no art. 2º da CLT, segundo o qual aquele que toma trabalho remunerado não eventual sob dependência é o empregador e, portanto responsável. É da tradição do Direito do Trabalho moderno a recusa da intermediação de mão de obra, a qual foi sendo gradativamente tolerada com as Súmulas 256 e, depois 331, do c TST. A manutenção da responsabilidade do tomador é apenas a medida de mínimo equilíbrio, para que a terceirização não signifique ainda maior precarização nas relações de trabalho. Daí que a admissão de licitude da intermediação de mão de obra com mera responsabilidade do tomador de serviços, ponto ao qual evoluiu a jurisprudência, é um minus em relação à lei e aos princípios do Direito do Trabalho e não um plus.

De toda forma essa responsabilidade do tomador é inerente a todo o direito do trabalho. Assim é, que a norma do art. 455 da CLT, impõe que aquele que, de fato, se apropria do resultado da prestação laboral, deve ser

responsável pelos direitos assegurados ao prestador de serviços, ainda que empregado de terceiro, incidindo a vetusta máxima ubi emolumentum ibi onus. Da mesma forma, o art. 16 da Lei 6.019/74 consagra a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, havendo perfeita analogia à situação presente. Trata-se de modalidades de responsabilidade por ato de terceiro mediante o risco-proveito criado por aquele que se vale da interpolação de terceiro para a obtenção de trabalho humano.

Tal responsabilidade abrange todos os créditos da parte autora em face da 2ª ré, ainda que tenham decorrido de omissões desta. Note-se que a responsabilidade extracontratual da 3ª ré não se confunde com a condição de co-devedora solidariamente obrigada por força contratual, sendo inaplicável à hipótese o disposto nos arts. 908 do CC/1916 e 279 do CC/2002. As parcelas inadimplidas devem ser aferidas de acordo com os deveres trabalhistas da 2ª ré, não se cogitando, aqui, de culpa do 3º réu no que se refere a tal inadimplemento, mas sim ao fato de ter escolhido prestador de serviços descumpridor da legislação do trabalho e se omitido em suas obrigações de cautela e de fiscalização.

Assim, o 3º réu responderá pelos créditos do autor, como responsável subsidiária, nos termos da súmula 331, IV, V e VI, do c. TST.

[...]

Dispositivo

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, na reclamatória trabalhista proposta por Viviana Pires Pinto contra os reclamados DRA Serviços Gerais Ltda. EPP, Liderança Limpeza e Conservação Ltda. e Banco do Brasil S.A, nos termos e limites da fundamentação supra, que faz parte integrante deste dispositivo, como se nele estivesse integralmente transcrita e julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados pela parte autora, condenando a segunda e a terceira reclamadas, esta última de forma **SUBSIDIÁRIA**, no pagamento à autora das seguintes verbas:

- Diferenças salariais e reflexos;
- Aviso prévio;
- 13º salário (1/12);
- Férias proporcionais acrescidas de 1/3 (1/12);
- Devolução dos descontos indevidos a título de faltas;
- FGTS + multa fundiária

Ante o acordo homologado com a primeira ré, em relação a essa parte extingue-se o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, III, do CPC.

Determina-se, ainda, nos exatos termos da constante na fundamentação, que a segunda reclamada proceda à devida emissão das guias TRCT e CD-SD em prol da reclamante, no prazo de 5 dias, independentemente de intimação, sob pena de multa que ora se fixa em R\$ 500,00.

Custas pelas reclamadas, no importe de R\$ 100,00 calculadas sobre o valor de R\$ 5.000,00, atribuído provisoriamente à condenação.

A condenação fica restrita às verbas devidas até a data do ajuizamento da ação

Autoriza-se a dedução de valores comprovadamente pagos pela reclamada, critério global.

Cumprimento em 08 dias (art. 835 da CLT).

Devem as partes atentar ao art. 538, parágrafo único, do CPC, bem como aos artigos 17 e 18 do mesmo diploma legal, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão.

Ciente o autor.

Intime-se as demais partes.

Nada mais.

EDSON TAKESHI ASSAHIDE
Juiz do Trabalho

Sentenças

Júlio Ricardo de Paula Amaral

Processo n° 04116-2010-663-09-00-0, publ. em 02/02/2012, 4ª Vara do Trabalho de Londrina - PR, Juiz Júlio Ricardo de Paula Amaral.

ANTONIO MARCOS FERREIRA, qualificado em ação trabalhista que promove em face de CENTRO INTEGRADO E APOIO PROFISSIONAL - CIAP, AUTARQUIA MUNICIPAL DE SAÚDE, INESUL - INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE LONDRINA S/C LTDA., INSTITUTO INESUL DE PESQUISAS CIENCIAS E TECNOLOGIA - CENTRO INTEGRADO DE ENSINO LTDA., FAANESP - FACULDADE NACIONAL DE EDUCAÇÃO E ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ, FAEC - FACULDADE EDUCACIONAL DE COLOMBO, FIPAR - FACULDADE TECNOLÓGICA INESUL DO PARANÁ, MERIDIONAL LOCADORA DE VEÍCULOS S/S LTDA. e DIVICON CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., igualmente qualificados, expondo os fatos de que resulta o litígio (CLT, art. 840, § 1º), alegou diversos fatos e pretendeu a condenação das partes reclamadas no pagamento das verbas constantes do rol contido na petição inicial (fls. 02/12).

[...]

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - TERCEIRA A DÉCIMA PARTES RECLAMADAS

A parte reclamante, sob o fundamento de que tais empresas têm em seus cargos diretivos as mesmas pessoas e/ou parentes e operam em conjunto, bem como algumas delas estão alocadas no mesmo conjunto de prédios, requereu a condenação solidária das partes reclamadas, nos termos do art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na peça de defesa apresentada de forma conjunta pelas partes reclamadas, houve a argumentação de que não há grupo econômico entre as partes reclamadas (fls. 355/357).

As partes reclamadas sustentam que "a primeira ré é uma OSCIP - Organização Civil de Interesse Público-. Não é simplesmente uma empresa. É uma entidade (pessoa jurídica), sem fins lucrativos, voltada essencialmente para o interesse social (fls. 354).

Prosseguindo, depois dessas afirmações, afirmam que o INESUL (terceira parte reclamada) é pessoa jurídica completamente distinta do CIAP (primeira parte reclamada), e com atividades totalmente diferentes (fls. 355). Por fim, argumentam que é inaplicável, no presente caso, o grupo econômico, nos moldes do art. 2º da CLT (fls. 356).

Vejamos, portanto, a quem assiste razão.

Com a finalidade de evitar provas desnecessárias e dilação processual indevida, depois de indagação do Juízo, os representantes das partes reclamadas prestaram as informações transcritas na ata de audiência (fls. 351/352).

Note-se que, depois de indagado pelo Juízo, o representante da terceira, sexta, sétima e oitava partes reclamadas informou que todas as reclamadas, exceto a primeira (Ciap), compõem o mesmo grupo econômico. Relatou, ainda, que a primeira parte reclamada (Ciap) e terceira (Inesul) possuíam os mesmos sócios, inclusive com o mesmo Presidente. De igual maneira, informa que a décima parte reclamada (Divicon) possui a mesma composição societária que a terceira parte reclamada (Inesul). Mais adiante, informou que a quinta parte reclamada (Cie) e nona parte reclamada (Meridional) também possuem sócios os mesmos sócios que figuram na composição societária da terceira parte reclamada (Inesul). As informações foram confirmadas pelos demais prepostos (fls. 351).

É importante observar que é público e notório o fato de que o Presidente do CIAP - Sr. Dinocarme Aparecido Lima -, à época do contrato de trabalho, era sócio das demais partes reclamadas. Percebe-se, inclusive, que foi essa mesma pessoa quem assinou o Termo de Parceria com a segunda parte reclamada (fls. 336).

Note-se, portanto, que os depoimentos acima, bem como os documentos constantes dos autos, encontram-se em consonância com a previsão contida no parágrafo 2º do artigo 2º da CLT, pois se infere que as empresas são administradas por um mesmo grupo familiar e atuam em atividades econômicas semelhantes. Assim, salvo melhor juízo, é evidente a existência de um grupo econômico, pelo que, devem responder solidariamente pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho firmado entre a parte reclamante e a primeira parte reclamada.

Sendo assim, acolho o pedido para declarar a responsabilidade solidária das 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª e 10ª partes reclamadas quanto aos débitos resultantes da presente ação trabalhista, bem como quanto às contribuições previdenciárias e fiscais, custas e despesas processuais, nos termos do art. 2º, § 2º da CLT.

[...] A terceirização de determinados serviços por parte das empresas permite que esta direcione fundos e metas para consecução de seu objeto precípua, sua atividade-fim, delegando a terceiros certas funções que, a despeito de serem necessárias e indispensáveis ao seu regular funcionamento, não se inserem entre as chamadas atividades-fim do empreendimento".

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - SEGUNDA RECLAMADA

No que tange ao pedido de responsabilidade para com a segunda parte reclamada, a parte reclamante afirma que prestava os serviços exclusivamente para a segunda parte reclamada - Autarquia Municipal de Saúde -, razão pela qual requer a sua responsabilização pelos encargos trabalhistas.

A segunda parte reclamada, em sua peça de defesa, diz que a relação havida entre os reclamados não é de tomador-prestadora de mão de obra. Acrescentou que a relação jurídica se fundamenta em termo de cooperação técnica e financeira, relação protegida e amparada pelas normas do direito constitucional e administrativo (fls. 285).

Ressalte-se que o problema envolve questão nova e atualmente inerente às relações de emprego travadas, principalmente em se tendo em conta a tendência flexibilizadora do Direito do Trabalho em frente à Revolução Tecnológica ocorrida no mundo globalizado.

A terceirização de determinados serviços por parte das empresas permite que esta direcione fundos e metas para consecução de seu objeto precípua, sua atividade-fim, delegando a terceiros certas funções que, a despeito de serem necessárias e indispensáveis ao seu regular funcionamento, não se inserem entre as chamadas atividades-fim do empreendimento.

A doutrina e jurisprudência trabalhista já se posicionaram no sentido de admiti-la em certos casos, desde que revestida de natureza lícita, salvaguardando, no entanto, ante a natureza protetiva do Direito do Trabalho, os direitos do empregado, que não pode ser penalizado a teor da oposição por parte da tomadora de serviços de um contrato de natureza civil, onde a ela (tomadora) não remanesce nenhuma responsabilidade sobre os créditos trabalhistas decorrentes dos serviços prestados por empregado daquela com quem contratou.

Ora, o contrato firmado entre as partes não tem o condão de eximir a tomadora de eventual responsabilidade trabalhista a teor do art. 9º da CLT, bem como do já consubstanciado pela Súmula nº 331 do C. TST, a respeito da matéria.

Sobre a questão em foco, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou através da nova redação do item IV da Súmula nº 331. Vejamos:

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

E, ainda, cabe salientar que a tomadora foi à destinatária final do labor do trabalhador e, sendo quem auferiu os benefícios da prestação laboral do reclamante, tem para com ele a responsabilidade de solver eventuais créditos decorrentes da relação de trabalho, de forma subsidiária, na forma da Súmula nº331 do C. TST.

Por derradeiro, se os argumentos acima ainda não fossem suficientes, atente-se para os institutos da “culpa in eligendo” e “culpa in vigilando” que dispõem sobre a responsabilidade decorrente de contratos firmados, mesmo que de natureza civil, o que corrobora o acima exposto.

Ainda sobre esta questão, cabe também mencionar que a recente decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, com relação à constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666 de 1993 - Lei de Licitações -, não modifica a responsabilidade subsidiária imputada ao Município. Isso se deve dado ao fato de que, na mesma decisão, o próprio STF entendeu que o C. Tribunal Superior do Trabalho deve analisar caso a caso ações para reconhecer a responsabilidade subsidiária.

O art. 71, parágrafo 1º da Lei 8.666/93 não afasta a culpa in eligendo, já que o fato de haver licitação para contratação de serviços, visto que a lei prevê que ao contratante incumbe a fiscalização e acompanhamento na execução do contrato.

Note-se que o dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados decorre, primeiramente, de dispositivos constantes da Lei de Licitações.

Ocorre, entretanto, que o padrão fiscalizatório - tanto com relação à extensão, como a profundidade deste dever de fiscalizar - encontra-se emoldurado na integração deste diploma legal com preceitos da Instrução Normativa nº 02/08, alterados pela Instrução Normativa nº 03/09, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que regulamentam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal.

Este padrão fiscalizatório vincula a administração pública em todos os âmbitos federativos. Independentemente das informações prestadas pelo seu representante, não houve prova no sentido de que a segunda parte reclamada tenha fiscalizado o cumprimento do contrato da forma como exigida pela norma administrativa. Aliás, salvo melhor juízo, tenho que esta prova deveria ser produzida de maneira escrita, e não apenas como uma mera afirmação.

Em síntese, a Instrução Normativa nº 02/08 interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão de conduta fiscalizatória, comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizatórios, levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, do que são exemplos os trabalhadores terceirizados.

Ademais, o próprio contrato -Termo de Parceria-, firmado entre a primeira parte reclama e a segunda parte reclamada, visando o Programa de Controle Ambiental de Endemias no Município de Londrina (fls. 296/336) admite, conforme análise das suas cláusulas contratuais - p.ex., na sua cláusula segunda, com relação à responsabilidade e obrigação da primeira parte reclamada:

CLÁUSULA TERCEIRA - DAS RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES

I - Da OSCIP: g) responsabilizar-se pela contratação e pagamento do pessoal que vier a ser necessário para as atividades inerentes à execução deste TERMO DE PARCEIRA, inclusive pelos encargos sociais e obrigações trabalhistas decorrentes, observando-se o dispositivo no art. 4º, inciso VI da Lei 9.790 de 23 de março de 1999 (fls. 299).

Prosseguindo, consta ainda da mesma cláusula terceira, as obrigações da segunda parte reclamada - Autarquia Municipal da Saúde -, nos seguintes termos:

CLÁUSULA TERCEIRA - DAS RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES

II - Do PARCEIRO PÚBLICO: a) Acompanhar, supervisionar e fiscalizar do objeto desta PARCEIRA, de acordo com o programa de Trabalho aprovado (fls. 300).

Denota-se, portanto, que a segunda parte reclamada tinha a obrigação de acompanhar e fiscalizar toda a execução do presente TERMO DE PARCERIA, inclusive o pagamento dos encargos sociais e obrigações trabalhistas.

De igual sorte, como já mencionado acima, não pode ser transferido ao empregado o risco do contrato firmado entre as parte reclamadas, consoante disposição do art. 2º da CLT. Não se está aqui aferindo a regularidade ou não da intermediação operada entre as partes reclamadas, mas tão somente a responsabilidade do tomador dos serviços pelo inadimplemento de verbas trabalhistas, que como já visto, se deu de forma subsidiária.

Desta forma, declaro a responsabilidade subsidiária da segunda parte reclamada quanto à execução dos créditos trabalhistas devidos à parte reclamante, bem como as despesas processuais e recolhimentos previdenciários e fiscais, exceto custas pela isenção contida em lei. Acolho, nestes termos, o pedido da parte reclamante.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, e, no mérito, julgo os pedidos formulados por ANTONIO MARCOS FERREIRA, em ação trabalhista promovida em face de CENTRO INTEGRADO E APOIO PROFISSIONAL - CIAP, AUTARQUIA MUNICIPAL DE SAÚDE, INESUL - INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE LONDRINA S/C LTDA., INSTITUTO INESUL DE PESQUISAS CIENCIAS E TECNOLOGIA - CENTRO INTEGRADO DE ENSINO LTDA., FAANESP - FACULDADE NACIONAL DE EDUCAÇÃO E ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ, FAEC - FACULDADE EDUCACIONAL DE COLOMBO, FIPAR - FACULDADE TECNOLÓGICA INESUL DO PARANÁ, MERIDIONAL LOCADORA DE VEÍCULOS S/S LTDA. e DIVICON CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., para:

1. Condenar a terceira, quarta, quinta, sexta, sétima, oitava, nona e décima partes reclamadas, de forma solidária, e, ainda, a segunda parte reclamada, de forma subsidiária, no pagamento de diferenças salariais e seus reflexos, FGTS e multa convencional, nos termos da fundamentação;
2. Rejeitar o pedido de indenização por danos morais.

As partes reclamadas deverão cumprir as obrigações impostas após o trânsito em julgado desta decisão, na forma determinada pela lei (CLT, art. 832, § 1º).

A liquidação será por cálculos, conforme os parâmetros traçados na fundamentação, observando-se os valores indicados na petição inicial (CPC, art. 128 e 460).

Para os efeitos do art. 832, § 3º da CLT, declaro como verbas de natureza indenizatória: reflexos das diferenças salariais em férias acrescidas de 1/3 e FGTS, além dos próprios depósitos de FGTS e multa convencional.

A correção monetária, os juros de mora, as contribuições previdenciárias e as contribuições fiscais terão a sua incidência nos casos e forma estabelecidos na fundamentação, conforme parâmetros definidos no item Liquidação de Sentença - Parâmetros.

Custas, pelas partes reclamadas, devendo ser calculadas sobre o valor da condenação, provisoriamente arbitrado em R\$ 3.000,00 (três mil reais), importando R\$ 60,00 (sessenta reais), sujeito à complementação, ao final.

Parte reclamante, segunda, terceira, quarta, quinta, sexta, sétima, oitava, nona e décima partes reclamadas intimadas (CLT, art. 834 e TST, Súmula nº 197). Intime-se a primeira parte reclamada em face da revelia.

Entregue a prestação jurisdicional de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. Nada mais. Cumpra-se.

JÚLIO RICARDO DE PAULA AMARAL
Juiz do Trabalho

Sentenças

Roberto Joaquim de Souza

Processo nº 11180-2011-663-09-00-9, publ. em 02/07/2012, 4ª Vara do Trabalho de Londrina - PR, Juíz Roberto Joaquim de Souza.

Trata-se de reclamação trabalhista aforada em 25 de novembro 2011 por Danielle Alessandra Kameo em face de 1) Instituto Gálatas; e 2) Município de Londrina, em que aduz fatos e pretende a condenação da parte demandada ao pagamento das parcelas elencadas no rol contido na petição inicial.

[...]

3. Responsabilidade do 2º reclamado

O Município de Londrina sustenta não ter sido parte no convênio celebrado com o primeiro reclamado, atribuindo esse papel exclusivamente à Autarquia Municipal de Saúde.

Passo ao exame.

Para logo excludo a possibilidade de limitar a celebração do convênio apenas à referida Autarquia, eis que os documentos de fls. 43 e 141, trazidos com as contestações, denotam, com clareza solar, que o "termo de parceria" foi celebrado "de um lado" pelo Município de Londrina (2º reclamado), através do Fundo Municipal de Saúde, e, de outro, pelo Instituto Gálatas (1º reclamado), ou seja, a prestação de serviços reverteu-se em favor do 2º reclamado (Município de Londrina).

De outro lado, uma vez incontroversa a contratação do 1º reclamado pelo ente público, incumbia ao mesmo o ônus probatório inerente à prestação de serviços em favor de outras empresas. Contudo, em nenhum momento este nega que a prestação de serviços sob exame ocorreu em seu âmbito físico e/ou em seu favor. A afirmação do fato (trabalho em favor do tomador), não admite impugnação condicional ou por hipótese, desafiando, outrossim, enfrentamento inequívoco do tema, em atenção ao princípio da impugnação específica preconizado no art. 302 do CPC, sob pena de tornar-se incontroversa a matéria (CPC, art. 334, III).

Contudo, afasto a responsabilidade solidária do Município, pois tal hipótese somente se afiguraria viável se ilícita a terceirização em si, o que não se passa no caso concreto, haja vista que a celebração do convênio com o primeiro reclamado teve fundamento de validade nas disposições da Lei 9.790/99, que dispõe sobre qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPIs), instituindo e disciplinando o Termo de Parceria, além de outras providências.

Resta investigar, entretanto, se no caso concreto subsiste a responsabilidade subsidiária do Ente Público.

Não obstante os judiciosos argumentos veiculados em contestação, tenho que os mesmos não merecem acolhida, à luz da interpretação sistemática do ordenamento pátrio, notadamente das regras e princípios constitucionais, em especial porque está assentado que a prestação de serviços sub judice ocorreu em benefício dos reclamados em questão.

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

Nesse julgamento, primeiramente se entendeu não ser possível atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços apenas como consequência do inadimplemento de direitos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, pelo que a Súmula 331 do TST estaria em descompasso com o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. E mais, sem declarar sua inconstitucionalidade, o que transgrediria a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF, e a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

A conclusão foi a de que a norma do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não fere a Constituição e deve ser observada, porém, a constitucionalidade do enunciado legal não afasta a possibilidade de sua interpretação sistemática com outras fontes e princípios de direito que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas.

Assim, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

À luz dessa nova realidade, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o texto da Súmula 331, inserindo o inciso V, com a seguinte redação: “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”.

E no item VI: “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

A decisão que prevaleceu na mais alta Corte, segundo Marco Tulio Viana, “tem seu sentido alicerçado no princípio de justiça fundante do Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º), que pressupõe a justa distribuição de direitos e prerrogativas na exata proporção dos deveres e atribuições imputados ao sujeito, inclusive ao Estado, noção que decorre do princípio hermenêutico da proporcionalidade, à luz do qual, quanto maiores as prerrogativas, maiores são as correlatas responsabilidades”.

“A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 - ensina o renomado jurista - desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, caput), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência. Daí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem

como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que fundamentalizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e que alicerçam a ordem social no primado do trabalho (art. 193)“.

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

A Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, mas a IN nº 02/08 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão de conduta fiscalizatória, comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, do que são exemplo os trabalhadores terceirizados.

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

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

Pelo princípio federativo, malgrado as regras de fiscalização previstas na IN nº 02/08 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública Federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista se prestam a orientar os demais entes federativos na implementação de seu desiderato, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa.

O sistema jurídico se compõe de um arcabouço de normas que obrigam a Administração Pública a fiscalizar o cumprimento de direitos trabalhistas pelas empresas contratadas, desde a seleção da empresa (licitação), passando pela previsão contratual das responsabilidades da contratada, pela vigilância diária do cumprimento daqueles direitos no curso da execução contratual, culminando nos momentos finais do contrato, quando incumbe à Administração adotar medidas voltadas a preservar o pagamento rescisório dos trabalhadores envolvidos no contrato, e/ou assegurar-lhes meios para que se realoquem em novos contratos.

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

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

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

c) prever que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (inciso XVIII);
e

[...] a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade".

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

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

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

Depois disso, quando do julgamento das propostas, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade.

Reza o art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, que "não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários (...) incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos (...)".

Regulamentando este dispositivo, o § 3º do art. 29 da IN nº 02/08 dispõe que, percebendo indício de inexecuibilidade da proposta de preço,

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

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

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

Consideradas estas premissas, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 determina que a Administração Pública fiscalize a execução do contrato por meio de um representante especialmente designado, que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

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

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

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

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

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

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

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

a) a fiscalização inicial (no momento em que a terceirização é iniciada): que compreende a elaboração de uma planilha resumo de todo o contrato com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão, divididos por contrato, com nome completo, função e direitos devidos; conferência de todas as anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados; verificação de que o salário pago não seja inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria; consulta sobre eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas; verificação da existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados e ao fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) etc.;

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

FGTS, INSS e demais encargos sociais etc.;

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

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

No plano específico da Lei 9.790/99, regente das relações mantidas entre as OSCIPS e o Poder Público, o dever de diligência do concedente vem expressamente previsto, assim:

“Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

§ 1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo.

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.”

Faltou o Estado, pois faltaram os gestores. Isso guarda indissociável relação com a fiscalização e acompanhamento dos serviços contratados, caracterizando, a mais não poder, a claudicação do Município.

Há que se destacar aqui o fato notório de que o 1º reclamado sofreu intervenção judicial após a ocorrência de prisões de pessoas a ele relacionadas, por indícios de fraude e desvio de dinheiro público, o que é no mínimo sintomático de que não se houveram os contratantes com a diligência esperada e desejada.

Já assentado qual o modo de fiscalização que incumbiria à Administração, na figura do gestor de contratos, tenho que pelo princípio da aptidão da prova, tocou ao ente público demonstrar de forma cabal a observância de todos os itens de fiscalização, acompanhamento, formalidade e providências a seu encargo pelo plexo normativo vigente, do que não se desincumbiu. Veja-se inclusive a confissão operada através do depoimento do preposto (fl. 156). Certo, portanto, que do nexa causal entre a inadimplência da Administração Pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da OSCIP contratada, resulta configurada a culpa in eligendo ou in vigilando da Administração, com sua consequente responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos, na forma da Súmula 331, V e VI, do TST (nova redação), ainda que, lamentavelmente, essa conta possa vir a ser paga pelos munícipes, já agora duplamente prejudicados.

Com efeito, diante da necessária primazia da realidade, a formalização havida entre o 1º reclamado e a administração pública não elide a circunstância de que esta foi também favorecida com a energia de trabalho despendida pela reclamante.

Embora a “terceirização” em casos específicos possa ser albergada pelo direito, a responsabilidade na eleição do fornecedor de mão-de-obra é garantia de realização prática dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamentos da República (CF, 1º, III e IV), valores que se sobrepõe às regras infraconstitucionais de direito administrativo.

Por outro lado, o favorecimento obtido com o resultado da energia de trabalho despendida pelo trabalhador, não pode conviver com o estado de descumprimento da legislação laboral em desfavor do prestador, sob pena de enriquecimento sem causa, rechaçado pelo ordenamento jurídico (CCB, 884 e seguintes).

Demais disso, os direitos sociais estão topograficamente localizados na Carta de 1988 no grupo dos direitos fundamentais, sendo que as garantias que no plano ideal estão contidas em um patamar civilizatório mínimo assegurado ao trabalhador, constituem um desiderato estatal que o solidarismo constitucional, inserido no preâmbulo e positivado no art. 3º, I, impõe a toda a sociedade, prestigiando, com todas as forças, a responsabilização pela culpa in eligendo e in vigilando.

Tais premissas norteiam entendimento já materializado na Súmula 331 do TST e incisos, via do qual se extrai que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços subsiste, seja ele um ente privado ou público da administração direta ou indireta.

Até mesmo a questão relativa a eventuais limites à responsabilidade em epígrafe resta superada pelo entendimento consubstanciado no inciso VI da Súmula supramencionada, dispondo que: “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Assim, ainda que não tenha aplicação à espécie o que previsto no § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, vez que não se cuida aqui de procedimento licitatório, mas de convênio celebrado por ente público com o particular, o ente público também não se desvencilhou do ônus probatório inerente à efetiva fiscalização quanto ao cumprimento das parcelas demandadas, portanto, declaro o 2º reclamado subsidiariamente responsável pelo adimplemento das parcelas devidas à reclamante, sem restrição.

É como acolho.

[...]

4. Multa do art. 477 da CLT

Incontroverso o pagamento extemporâneo das verbas rescisórias, como inclusive evidenciam os documentos de fls. 13 e 133, atraindo a incidência da penalidade prevista no parágrafo 8º do art. 477 da CLT.

Irrelevante a alegação do 1º reclamado, no sentido de que o atraso em questão decorreu da ausência de repasse de verbas pelo 2º reclamado (Município de Londrina), sob pena de afronta ao princípio que proíbe ao empregador transferir ao empregado os riscos do negócio (art. 2º da CLT).

Assim, condeno o 1º reclamado ao pagamento da multa imposta no art. 477 da CLT, em valor equivalente ao salário da parte autora, na acepção jurídica do termo, nos moldes dos arts. 457 e 458 da CLT, ou seja, o conjunto de todas as parcelas de natureza salarial.

Ressalte-se que nem mesmo a natureza indenizatória da parcela possui o condão de afastar a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, conforme entendimento jurisprudencial a seguir transcrito, igualmente adotado como razão de decidir:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. ITEM VI DA SÚMULA Nº 331 DO C. TST. A responsabilidade subsidiária abrange todos os direitos violados, inclusive aqueles decorrentes da ruptura contratual, com caráter punitivo, como as multas do art. 467 e do § 8º do art. 477 da CLT, já que mesmo lícita a terceirização, o tomador dos serviços responde pelo fiel cumprimento das obrigações daquele que laborou em seu benefício. Nesse sentido, inclusive, é o teor do recente item VI da Súmula nº 331 do C. TST, ao estabelecer que "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral." (TRT-PR - 02210-2010-095-09-00-0 – ACO - 50344-2011 - 1A. TURMA - Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES - Publicado no DEJT em 06-12-2011).

É como acolho.

[...]

III - DISPOSITIVO

Posto isso, ACOLHO EM PARTE os pedidos formulados por Danielle Alessandra Kameo, em ação trabalhista promovida em face de 1) Instituto Gálatas; e 2) Município de Londrina; na forma da fundamentação que passa a ser parte integrante do dispositivo, para:

1. Rejeitar as preliminares arguidas;
2. Condenar o 1º reclamado ao pagamento da penalidade prevista no art. 477 da CLT;
3. Condenar o 1º reclamado ao pagamento de horas extras, com reflexos;
4. Condenar o 1º reclamado ao pagamento dos intervalos violados (art. 71, caput, da CLT e art. 8º, § 1º, da Lei 3.999/61), com reflexos;
5. Condenar o 1º reclamado ao pagamento de honorários assistenciais;
6. Declarar a responsabilidade subsidiária do 2º reclamado, Município de Londrina, para com o adimplemento de todas as parcelas objeto da condenação, sem exceção;
7. Deferir à reclamante os benefícios da Justiça Gratuita;
8. Rejeitar os demais pedidos, na forma da fundamentação.

A parte reclamada deverá cumprir as obrigações impostas após o trânsito em julgado desta decisão, na forma determinada pela lei (CLT, art. 832, § 1º).

A liquidação será por cálculos, conforme os parâmetros traçados na fundamentação, observando-se os limites da petição inicial (CPC, art. 128 e 460), em especial no que se refere ao item “IV” à fl. 06.

Para os efeitos do art. 832, § 3º, da CLT, declaro como verbas de natureza indenizatória: férias indenizadas (com 1/3), FGTS + multa de 40% e penalidades do art. 477 da CLT.

A correção monetária, os juros de mora, as contribuições previdenciárias e o imposto de renda terão a sua incidência nos casos e forma acima estabelecidos, observados os critérios peculiares das microempresas e empresas de pequeno porte, caso a parte reclamada se enquadre em uma delas.

Custas, pela parte reclamada, devendo ser calculadas sobre o valor da condenação, provisoriamente arbitrado em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), importando em R\$ 500,00 (quinhentos reais), sujeitos à complementação ao final, dispensadas em relação ao 2º reclamado (CLT, 790-A, I).

Dispensada a remessa dos autos ao E. Nono Regional para reexame necessário, na forma do § 2º do art. 475 do CPC e Súmula 303, I, "a" do TST (item "IV" – fl. 06).

Cientes as partes.

Nada mais.

ROBERTO JOAQUIM DE SOUZA
Juiz do Trabalho

Sentenças

Sidnei Lopes

Processo n° 05288-2011-018-09-00-9, publ. em 25/11/2011, 1ª Vara do Trabalho de Londrina-Pr, Juíz Sidnei Lopes.

João Francisco Benitz, qualificado, ajuizou Reclamação Trabalhista em face de Deuseg Limpeza e Conservação Ltda., Empresa Paranaense de Classificação de Produtos - CLASPAR e ATT Armazenagem Transporte e Transbordo Ltda., também qualificadas, consoante alegações e pedidos expostos na petição inicial de fls. 02/33. Atribuiu à causa o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), propugnando pela produção de provas e pela procedência.

[...]

2. Mérito

2.1 - Nulidade da contratação por empresa interposta. Terceirização ilícita. Responsabilidade solidária da CLASPAR

É certo que a chamada terceirização - fenômeno que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias - tem se mostrado uma tendência em âmbito mundial e, no Brasil, defendida por muitos em prol da modernidade e da tão decantada otimização econômico-financeira das empresas.

Este Juízo não se encontra entre os apologistas da terceirização, que a defendem a todo custo e a indicam como o milagroso remédio de todos os males. Mas, por outro lado, também não se posiciona entre os seus antagonistas, que se cingem a repeli-la pura e simplesmente, não a admitindo em qualquer hipótese.

Para que seja admitida a terceirização é necessário que o contrato entre as empresas contratante/tomadora e contratada/prestadora, tenha por objeto a realização de serviços que se situem fora da atividade-fim da empresa tomadora, além de pautar-se na boa fé.

Não é o que ocorre na hipótese em análise.

[...] Para que seja admitida a terceirização é necessário que o contrato entre as empresas contratante/tomadora e contratada/prestadora, tenha por objeto a realização de serviços que se situem fora da atividade-fim da empresa tomadora, além de pautar-se na boa fé".

A segunda reclamada, empresa pública, foi constituída tendo como finalidade "a execução de serviços de interesse público concernente à classificação de produtos de origem vegetal e animal, de conformidade com o disposto na legislação federal e estadual", cabendo-lhe "promover a classificação e respectivo controle de produtos de origem vegetal e animal, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico...", dentre outras relacionadas com a classificação de produtos (art. 3º da Lei 7052/78; fls. 84).

O contrato de prestação de serviços celebrado entre a CLASPAR e a primeira reclamada (DEUSEG), com prazo de vigência pelo período de 02 anos (de 18/01/2010 a 17/01/2012), foi firmado com a finalidade de execução de serviços de limpeza, asseio e conservação e auxiliar de serviços gerais (grifamos), conforme documento de fls. 253/264.

Do Anexo a esse contrato, verifica-se que os chamados "serviços gerais" correspondiam ao trabalho na coleta de "amostragem em caminhões, nos Postos de Classificação", trazendo como justificativa para a terceirização a "falta de pessoal próprio para executar tais serviços" (fls. 265).

Partindo-se dessa premissa, constata-se sem dificuldade que os chamados "serviços gerais" (coleta de amostras) estão inseridos na própria atividade-fim da segunda ré - qual seja, a classificação de produtos, constituindo-se na verdade como adiantamento do trabalho do classificador, conforme a descrição de cargos da própria ré (fls. 287), o que demonstra, de plano, a ilicitude da terceirização havida.

No caso não paira nenhuma dúvida de que o reclamante efetivamente prestou serviços em benefício da segunda ré (CLASPAR), em atividades inerentes aos fins sociais da tomadora, o que evidencia a ocorrência da figura da interposição ilícita de mão-de-obra, veementemente repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio, a teor do entendimento há muito sedimentado nas Súmulas 256 e 331, do C. TST, pois ao lançar mão da contratação através de empresas terceirizadas, a CLASPAR, na verdade, buscou suprir a necessidade de mão-de-obra permanente.

Nesse contexto e considerando-se que a contratação do reclamante através de empresa interposta mostrou-se ilícita, as pessoas jurídicas partícipes do ato devem responder solidariamente pelo ressarcimento dos prejuízos causados (artigos 186 e 927, do Código Civil Brasileiro). Mister, portanto, o reconhecimento da responsabilidade solidária entre as reclamadas DEUSEG e CLASPAR, como pleiteado na inicial.

Nesse sentido, destacamos:

SOLIDARIEDADE - "Sendo reconhecida a intermediação de mão-de-obra, fora das hipóteses previstas em lei, justificada está a condenação solidária das empresas fornecedoras e tomadora da mão-de-obra, por co-participação em ato ilícito (CC. art. 159)" (TRT-PR-RO 16.890/94 - Ac. 4ª T 19.020/95 - Rel. Juiz Lauremi Camaroski - DJPr. 21/07/95).

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA - TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - VIABILIDADE. É possível a atribuição de responsabilidade solidária ao órgão da Administração direta que se utiliza de convênios com terceiros para a realização de trabalho que faz parte de sua atribuição enquanto Estado, vislumbrando-se terceirização ilícita de atividade-fim, não se cogitando de sua ilegitimidade ad causam. Recurso ordinário do reclamado conhecido e desprovido. (TRT 09ª R. - RO 1773/2009-657-09-00.0 - 3ª T. - Rel. Altino Pedrozo dos Santos - DJe 17.08.2010 - p. 125)

Face ao exposto, acolhe-se neste aspecto a pretensão expressa na inicial, para declarar a responsabilidade solidária da ré Empresa Paranaense de Classificação de Produtos - CLASPAR pela satisfação dos créditos que venham ser reconhecidos nesta prestação jurisdicional.

2.2 - Inexistência de vínculo empregatício com a 3ª reclamada ATT

O reclamante postula o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com essa reclamada, sob o fundamento de que a prestação de serviços ocorreu dentro de suas dependências, pois ali o reclamante colhia as amostras dos grãos para análise (fls. 04).

A reclamada (ATT), por sua vez, nega com veemência a existência de vínculo empregatício, afirmando que não manteve qualquer relação com o reclamante e nem se beneficiou dos seus serviços.

Prossegue afirmando que, uma vez atuando no armazenamento, transporte e transbordo rododiferroviário, não realiza serviços de classificação de grãos e produtos, bem como não disponibiliza estes serviços para seus

clientes, nem mesmo por meio de empresas terceirizadas (defesa; fls. 224).

Sustenta ainda que, por força de disposição legal, libera o acesso da CLASPAR às suas dependências, e por conta disso, em julho/2005 cedeu à CLASPAR o direito de uso de uma sala localizada em suas dependências, a fim de que a mesma pudesse realizar suas atividades de classificação dos produtos, cujos serviços são destinados aos clientes da ATT, sem qualquer participação desta última na contratação desses serviços. (defesa; fls. 225).

Pois bem.

É assente que a relação de emprego se caracteriza pela prestação pessoal de serviços de natureza permanente (não eventualidade), em benefício de um empregador, sob a dependência deste (subordinação) e mediante salário, conforme requisitos expressos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Diante da veemente negativa inserta na peça de resposta, tem-se que cabia ao reclamante o ônus de provar a concorrência dos requisitos legais necessários à caracterização da relação de emprego alegada na inicial (CLT, art. 818; CPC, art. 333, I). E desse ônus o reclamante não se desvencilhou a contento.

Com efeito, o documento de fls. 231/232 faz prova da cessão de espaço físico pela ATT à CLASPAR para a execução de sua atividade de classificação de produtos, atribuição exclusiva do Poder Público na forma da lei.

O reclamante, por sua vez, disse que trabalhava para a CLASPAR e que sempre atuou como selecionador e classificador de grãos.

Ora, a atividade de classificação de grãos é desenvolvida justamente pela segunda ré (CLASPAR) e não pela ATT, a qual se dedica a explorar atividades de "armazéns gerais, com guarda, tratamento e conservação de mercadorias, transportes rodoviários de cargas, prestação de serviços de transbordo rodoferroviário de cargas e secagem e pré-limpeza de grãos", conforme os termos do contrato social de fls. 97.

Além disso, a testemunha Paulo César Gonçalves, inquirida a convite do reclamante, deixou certo que os serviços eram prestados a diversas empresas ao reconhecer que ocorria de saírem de prestar serviços na CONAB, na COROL e na BELAGRICOLA. Declarou ainda que todas as coletas de produtos feitas pelo reclamante eram enviadas à CLASPAR, revelando, assim, que o reclamante efetivamente prestava serviços em

benefício da CLASPAR, e não em benefício da ATT (respostas 32 e 38).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Rafael Ferraz dos Santos, inquirida a convite da primeira reclamada, ao declarar que "a prestação de serviços ocorria em diversos locais, tais como na Cooperativa COROL, na empresa BELAGRICOLA, na CONAB e na Cooperativa Integrada" e que "o reclamante também prestava serviços nesses diversos locais" (respostas 10 e 11).

E veja-se que a testemunha Paulo César Gonçalves, inquirida a convite do reclamante, foi categórica em afirmar que "o salário do depoente e do reclamante era pago pela Deuseg" (fls. 335, resposta 25), circunstância que afasta por completo a pretensa formação do vínculo com a terceira ré, face à inequívoca ausência do requisito da onerosidade que caracteriza a relação de emprego.

Nesse contexto, reputa-se não provado o liame empregatício em relação à terceira reclamada (ATT), face ausência dos requisitos legais acima mencionados, ficando, em consequência, rejeitados os pedidos voltados ao reconhecimento do vínculo empregatício e à respectiva anotação em CTPS.

2.3 - Responsabilidade da 3ª reclamada ATT

No caso em apreço não há lugar para a declaração de responsabilidade da terceira ré (ATT), seja solidária, seja subsidiária, eis que jamais atuou como empresa tomadora dos serviços prestados pelo reclamante.

Conforme já analisado alhures, a prestação de serviços nas dependências da ATT ocorria a mando e sob a direção da CLASPAR - esta sim a efetiva tomadora dos serviços prestados pelos empregados da primeira ré -, por força de um contrato de cessão de espaço físico firmado entre as referidas empresas (fls. 231/232).

Por outro vértice, incumbia ao reclamante o ônus de provar que as reclamadas CLASPAR e ATT são empresas integrantes do mesmo grupo econômico, do qual não se desincumbiu. Na verdade, os elementos dos autos revelam que as tais reclamadas não são empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

Isso porque, enquanto a segunda ré (CLASPAR) é empresa pública constituída com a atribuição de promover a classificação e respectivo controle de produtos de origem vegetal e animal, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico... (Lei 7052/78; fls. 84), a

terceira reclamada (ATT) é empresa privada que se dedica ao ramo de "armazéns gerais, com guarda, tratamento e conservação de mercadorias, transportes rodoviários de cargas, prestação de serviços de transbordo rodoferroviário de cargas e secagem e pré-limpeza de grãos".

Como se vê, trata-se de empresas que possuem regimes jurídicos totalmente distintos, circunstância que por si só torna impossível a caracterização de grupo econômico, na forma pretendida na inicial.

Também não encontra respaldo o pedido formulado em ordem sucessiva - declaração de responsabilidade subsidiária -, em virtude da constatação de que a terceira reclamada não se beneficiou dos serviços prestados pelo reclamante, não se aplicando, assim, a responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula 331 do C. TST.

Nesse passo, impõe-se a rejeição da pretensão deduzida em face da terceira ré (ATT), para o fim de absolvê-la de todos os pedidos formulados na inicial.

[...]

III - DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, resolvo, na presente ação proposta por João Francisco Benitz em face de Deuseg Limpeza e Conservação Ltda., Empresa Paranaense de Classificação de Produtos - CLASPAR e ATT Armazenagem Transporte e Transbordo Ltda.: a) rejeitar as preliminares arguidas pelas reclamadas (item 1.1) e b) afastar a arguição de nulidade processual (item 1.2).

No mérito:

1) julgar IMPROCEDENTE a pretensão deduzida em face da reclamada ATT Armazenagem Transporte e Transbordo Ltda., para o fim de absolvê-la de todos os pedidos formulados na inicial (itens 2.2 e 2.3);

2) julgar PROCEDENTES EM PARTE as pretensões deduzidas em face das demais reclamadas, para, nos termos e parâmetros da fundamentação supra, que passa a integrar ao presente dispositivo para todos os efeitos legais:

2.1) Declarar a ilicitude da terceirização levada a efeito pela Empresa Paranaense de Classificação de Produtos - CLASPAR e, em consequência,

declarar a sua responsabilidade solidária pela satisfação dos créditos trabalhistas reconhecidos nesta prestação jurisdicional (item 2.1).

2.2) Condenar solidariamente as reclamadas Deuseg Limpeza e Conservação Ltda. e Empresa Paranaense de Classificação de Produtos - CLASPAR a pagar ao reclamante as verbas a seguir especificadas, no prazo de 08 (oito) dias: a) reflexos do auxílio-alimentação (item 2.6.1); b) devolução de descontos realizados a título de refeição (item 2.6.2); c) adicional de assiduidade suprimido (a partir de janeiro/2011) - (item 2.7, letra "a"); d) reflexos do adicional de assiduidade (item 2.7, letra "b"); e) horas extras e reflexos (itens 2.9.1 a 2.9.3); f) FGTS e multa sobre as verbas especificadas (item 2.13).

Liquidação por cálculos, observando-se a compensação acolhida.

Atualização monetária e juros na forma da lei, atentando-se para o que restou definido nos itens 2.16.2 e 2.16.3 da fundamentação. Deverão ser deduzidos do crédito do reclamante os valores relativos à contribuição previdenciária e fiscal da parte que lhe cabe, devendo a reclamada comprovar nos autos o devido recolhimento, inclusive de sua parte.

Custas pelas reclamadas DEUSEG e CLASPAR, no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais), calculadas sobre o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), provisoriamente arbitrado à condenação, sujeitas à complementação.

Prestação jurisdicional entregue.

Cientes as partes (fls. 337).

NADA MAIS.

SIDNEI LOPES
JUIZ DO TRABALHO

Sentenças

Luciano Augusto de Toledo Coelho

Processo n° 01042-2011-654-09-00-0, publ. em 02/07/2012, 1ª Vara do Trabalho de Araucária - PR, Juiz Luciano Augusto de Toledo Coelho.

A **IRTON EUKO**, devidamente qualificado, ajuizou ação trabalhista em face de **TRANSPOSUL TRANSPORTES RODOVIARIOS LTDA** e **DA GRANJA AGROINDUSTRIAL LTDA**, também qualificadas, postulando a condenação das rés, a segunda de forma solidaria ou subsidiaria, ao pagamento das verbas descritas às fls. 7/8 da inicial incluindo danos morais e consectários. Juntou documentos.

[...]

SOLIDARIEDADE DAS RECLAMADAS

A segunda reclamada entabulou com a primeira um contrato de prestação de serviços de transporte de ração a granel. Ora, a segunda ré comercializa frangos, tem 14 estabelecimentos dentre granjas e incubatorios (fls. 104/106), e precisa evidentemente alimentar a criação, parte essencial do negócio. Para tanto, não pode terceirizar o transporte de ração a granel mesmo porque os veículos precisam ser adaptados (parágrafo 2º, fls. 127). A terceirização é ilícita, eis que vinculada a atividade finalística e a essencialidade do negocio da empresa, eis que uma agroindustria de granjas não pode terceirizar o transporte de ração.

O preposto da primeira ré disse que não havia nenhum preposto dela dentro da segunda ré, que receberam uma carga da segunda ré dizendo que não queria mais o autor e que o caminhão do autor prestava serviços apenas para a segunda ré. Sintomático, aliás, que a segunda ré tenha se recusado a colacionar documentos conforme determinado pelo juízo, o que demonstra que procura omitir elementos que poderiam demonstrar ainda mais cabalmente a irregularidade do procedimento (fls. 209).

[...] A terceirização é ilícita, eis que vinculada a atividade finalística e a essencialidade do negócio da empresa, eis que uma agroindústria de granjas não pode terceirizar o transporte de ração".

Veja-se que a testemunha da própria segunda ré diz que há punição ao motorista (gancho), e que quem dá essa punição é a Da Granja. Ora, se a segunda ré pode punir os empregados da primeira, cabalmente demonstrada aí a ingerência suficiente para caracterizar uma relação umbilical e essencial entre os negócios das empresas, que demonstra que a suposta terceirização é apenas fachada para impedir o vínculo direto e eximir de responsabilidade a segunda ré.

Não há pedido para vínculo direto com a segunda ré, portanto, em face da ilicitude da terceirização entabulada, declaro a responsabilidade solidária das rés pelas parcelas objeto da condenação. E não se diga aqui que não existe lei a amparar a solidariedade extra contratual, eis que os artigos 186, 264, do Código Civil e artigos 8º, 9º e 444 da CLT amparam a pretensão do autor. Declara-se.

[...]

III - DISPOSITIVO:

Diante do exposto, decide a 1ª Vara do Trabalho de Araucária - PR:

1. extinguir sem julgamento de mérito o pedido - artigo 467 no que couber - a fls. 08 da inicial.
2. julgar procedentes em parte os pedidos, para condenar as rés, solidariamente, a pagarem para o autor as parcelas deferidas no mérito da sentença, tudo pelos motivos e nos exatos termos e limites contidos na fundamentação, que ficam fazendo parte integrante do presente dispositivo.

O valor do crédito devido será apurado em liquidação por cálculos, sendo tal forma meramente indicativa (art. 883 da CLT).

Custas processuais pelas rés, no importe de R\$800,00 (oitocentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) (artigo 789, IV, parágrafos 1o e 2o da CLT).

Intimem-se as partes (Recomendação 1/2012 da Corregedoria do TRT 9ª Região).

Cumpra-se no prazo legal.

Nada mais.

Luciano Augusto de Toledo Coelho
Juiz do Trabalho

Sentenças

Márcia Frazão da Silva

Processo n° 00351-2012-096-09-00-7, publ. em 20/04/2012, 1ª Vara do Trabalho de Guarapuava - PR, Juíza Márcia Frazão da Silva.

ARLINDO DALLABRIDA, já qualificado nos autos, invocou a tutela jurisdicional do estado em face de **MORAIS CONSTRUÇÕES LTDA.** e **A. G. TEIXEIRA AGRÍCOLA LTDA.**, igualmente qualificadas nos autos. Pleiteia: responsabilidade solidária das Reclamadas ou subsidiária da segunda, reconhecimento de vínculo de emprego e consectários legais, salário e auxílio-alimentação dos meses de agosto, setembro e outubro de 2011 horas extras e reflexos, verbas rescisórias, seguro-desemprego, FGTS e multa de 40%, multas coletárias, ressarcimento de despesas, multa convencional, honorários advocatícios e benefícios da assistência judiciária gratuita.

[...]

2. Da responsabilidade da segunda Reclamada

Restou inequívoco no bojo dos autos que, muito embora contratado formalmente pela primeira Reclamada, o Reclamante sempre prestou serviços em favor da segunda Reclamada, dona da obra de ...de construção e montagem de Silos e bases para máquinas de limpeza e pós-limpeza... (fl. 56).

Nesta linha de ideias, data máxima vênia aos respeitáveis entendimentos em sentido contrário, é do nosso entendimento que, em não se tratando de dono de obra pessoa física que constrói sua própria residência, a contratação de empreiteira eventualmente sem idoneidade econômico-financeira autoriza a condenação subsidiária da dona da obra, com fulcro na aplicação analógica do disposto nos art. 455 da CLT e 19 da lei 6019/74.

Frise-se que a obra realizada pela primeira Ré não possuía essencial valor de uso e sim, na medida em que ampliava a infraestrutura da tomadora dos serviços, contribuiu para a consecução de seus objetivos sociais.

[...] em não se tratando de dono de obra pessoa física que constrói sua própria residência, a contratação de empreiteira eventualmente sem idoneidade econômico-financeira autoriza a condenação subsidiária da dona da obra, com fulcro na aplicação analógica do disposto nos art. 455 da CLT e 19 da lei 6019/74".

Neste sentido, leciona a Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA (TRT-PR-00706-2004-658-09-00-0):

"Há que se considerar o fato da tomadora haurir benefícios advindos da força produtiva, nascidos do labor também em prol dela realizado, benefícios aqueles que propiciam retorno econômico para a tomadora, fazendo com que a figura do empregado de interposta pessoa desponte como fonte de riqueza também da tomadora; esse fato a torna devedora subsidiária, sob pena de restarem feridos os princípios magnos de valorização do trabalho humano, alçados à dignidade de garantia constitucional (inciso IV, art. 1º; art. 170; art 193)."

Observo que a segunda Reclamada somente será atingida patrimonialmente acaso inadimplente a primeira, vale dizer, acaso presentes os requisitos que verdadeiramente delinearíamos a sua culpa in eligendo, uma vez que restaria demonstrada a sua omissão e negligência com relação ao comportamento patronal da empresa contratada, que, revelar-se-ia inidônea, ainda que assim não fosse à época de sua contratação.

Quanto à responsabilidade total assumida pela primeira Reclamada, como consta do contrato de prestação de serviços, trata-se de tema afeto ao cumprimento do contrato de direito comum mantido entre os Reclamados, o que refoge à competência material da Justiça do Trabalho, a teor do disposto no art. 114 da Constituição da República.

Destarte, conforme demonstrado, com fundamento no art. 19 da lei 6019/74 e art. 455 da CLT, aplicáveis analogicamente ao caso concreto, e Súmula n.º 331 do C. TST, reconheço a responsabilidade subsidiária de A. G. TEIXEIRA AGRÍCOLA LTDA. pelos créditos trabalhistas eventualmente reconhecidos por esta sentença.

Pleito acolhido, nestes termos.

Saliento que não vislumbro caráter personalíssimo nas obrigações e multas decorrentes do descumprimento da legislação trabalhista, motivo pelo qual, mesmo sob este aspecto, permanece íntegra a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, lição que se extrai do seguinte aresto:

Responsabilidade subsidiária. Multas (do art. 477 da CLT e convencional). Mesmo não sendo a empresa condenada subsidiariamente a própria inadimplente das verbas trabalhistas, responsabiliza-se por todos os haveres devidos, pois garantirá o ônus decorrente da lesão ao direito daquele que prestou serviços a seu favor, na hipótese de insuficiência econômica da real empregadora. Nesta esteira, incluem-se na sua responsabilidade as multas do art. 477 da CLT e convencional, que podem lhe ser transferidas, diante de sua posição na relação processual, pois a afronta ao cumprimento de dispositivo deletério e convencional. TRT-PR-00047-2002-071-09-00-1-ACO-04755-2004 - RELATOR LUIZ EDUARDO GUNTHER - Publicado no DJPR em 12-03-2004

Observe-se.

[...]

DISPOSITIVO

Isto posto, resolve o Juízo da 1a. Vara do Trabalho de Guarapuava - PR, rejeitar as preliminares arguidas, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o pedido para condenar, **MORAIS CONSTRUÇÕES LTDA.** e, subsidiariamente, **A. G. TEIXEIRA AGRÍCOLA LTDA.**, a pagarem a **ARLINDO DALLABRIDA** as parcelas deferidas, nos termos da fundamentação que, para todos os efeitos legais, passa a fazer parte integrante deste dispositivo.

Nos termos da fundamentação, deverão as Reclamadas arcar com os honorários advocatícios fixados.

Ainda, nos termos da fundamentação, deverá a Secretaria a) expedir ofício à autoridade administrativa competente solicitando a habilitação da Reclamante junto ao Programa do Seguro Desemprego, acaso preenchidos os demais requisitos legais; b) anotar a CTPS do Reclamante, conforme caracteres supra definidos.

Liquidação mediante simples cálculos.

Juros e correção monetária, na forma da fundamentação.

Descontos fiscais e previdenciários, na forma da lei, observados, especialmente, os ditames da lei 12530/10.

Custas pelas Reclamadas, no importe de R\$ 160,00, calculadas sobre R\$ 8.000,00, valor provisoriamente arbitrado à condenação.

Prestação jurisdicional entregue.

Cumpra-se no prazo e na forma legais.

Ciente autor e segunda Reclamada, porquanto intimados da audiência de julgamento.

Intime-se a primeira Reclamada.

Nada mais.

MARCIA FRAZÃO DA SILVA

Juíza do trabalho

Sentenças

Ana Gledis Tissot Benatti do Valle

Processo nº 04406-2011-892-09-00-7, publ. em 30/03/2012, 2ª Vara do Trabalho de São José dos Pinhais- PR, Juíza Ana Gledis Tissot Benatti do Valle.

CLEVERSON MÁRCIO PADOANI SECCO reclama de **HUMBERTO A. CARCERERI e CIA LTDA e COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ - SANEPAR** os títulos enumerados às fls. 36/40, atribuindo à ação o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

[...]

MÉRITO

1. Responsabilidade dos Réus

Aduz o obreiro que foi contratado pela primeira Ré e que prestou serviços exclusivamente à segunda Reclamada, SANEPAR. Requer, assim, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada pelas verbas trabalhistas acolhidas no presente comando sentencial.

A segunda Ré refutou a pretensão, arguindo, em síntese, que era a dona da obra e que, por esta razão, não poderia ser responsabilizada pelo pagamento de parcelas decorrentes da extinta relação de emprego.

Analisa-se.

Apreciando detidamente o conjunto probatório formado, não vislumbro que a tese defensiva mereça acolhimento.

Consoante se infere da própria defesa da segunda Reclamada, não há na hipótese em tela o enquadramento ao entendimento contido na OJ nº 191, da SBDI-1, do C. TST, já que o Reclamante trabalhava em típica atividade-fim da SANEPAR.

Observe-se que um dos pontos objeto do contrato entre as Reclamadas era justamente a manutenção de redes e ramais de água e esgotos sanitários, de onde se conclui que havia, na realidade, típica terceirização de serviços.

Assim, entendo que o pedido voltado à responsabilização subsidiária da terceira Ré merece acolhimento, eis que a mesma de fato atuou como tomadora dos serviços do Autor.

Nesse mesmo sentido já decidiu este E. Regional, conforme se vê do julgado abaixo colacionado:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. CONTRATO. Evidenciado-se que os serviços contratados visavam a ampliação da rede de esgoto sanitário, dirigindo-se, pois, à atividade-fim da tomadora contratante (SANEPAR), resta afastada sua condição de dona da obra, ensejando a responsabilidade subsidiária pelas obrigações do empreiteiro. Inaplicabilidade da OJ nº 191 da SDI-I do C. TST e incidência da Súmula nº 331 do C. TST, eis que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, que se beneficiou com o labor obreiro. Recurso da segunda Reclamada a que se dá provimento, nesse particular, para limitar a condenação à responsabilidade subsidiária." (TRT 9ª Região - Acórdão nº 34580/2007 - 1ª Turma - Rel. Dr. Ubirajara Carlos Mendes - P. em 23.11.2007)

Pois bem.

Ao contrário do que alegado em contestação, em qualquer hipótese o tomador de serviços, embora não seja o empregador direto, é legalmente responsável, via indireta, pelos débitos trabalhistas da prestadora de serviços, uma vez que inegavelmente beneficiou-se das atividades do trabalhador contratado pela empresa intermediária.

No entanto, a circunstância de a segunda Reclamada ser a beneficiária direta dos serviços prestados pelo Autor não é o único fundamento para sua responsabilização. O outro fundamento para esta condenação é o artigo 186 do CCB, já que restaram caracterizadas: a) a culpa in eligendo, consubstanciada no fato de que a segunda Reclamada não se cercou dos cuidados necessários no momento da escolha da empresa prestadora de serviços (má escolha); b) a culpa in vigilando, decorrente da ausência da fiscalização da contratante sobre suas contratadas para verificar a correção no pagamento dos haveres trabalhistas dos empregados.

[...] a contratação de empresa interposta visa salvaguardar os interesses da Administração Pública, mas nunca o de afastar a responsabilidade do ente público quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas".

Por tais motivos, não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade da Súmula 331, tampouco em violação do artigo 5º, II, da CF, já que há embasamento legal (CCB) para a condenação ora imposta.

Ademais, de se ressaltar que a condenação subsidiária nenhum prejuízo trará para a segunda Reclamada se a primeira Ré honrar os compromissos com o obreiro. Do contrário, ainda, caberá o ressarcimento pelos danos advindos da conduta da prestadora, através da ação regressiva própria, nos termos da lei civil, situação que não gera qualquer ofensa ao art. 896 do Código Civil pátrio vigente.

Por sua vez, com relação à alegação de ofensa à Lei 8666/93, da mesma forma não assiste razão à segunda Ré.

Conquanto o artigo 71 da referida lei expresse a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu em conformidade com as suas atividades.

Logo, evidenciado o descumprimento de obrigações por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta ao contratante a responsabilidade subsidiária, que não desaparece pelo fato de o Réu integrar a Administração Pública, máxime porque deve pautar seus atos não apenas aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública.

Nesse vertente, o art. 71, § 1º da lei 8.666/93, não o exime da responsabilidade, em razão de sua patente contrariedade ao artigo 37, § 6º da Carta Magna, já que sua aplicação importaria em isentar a responsabilidade da Administração Pública em caso de violação à lei, que se dá no caso de não quitação das verbas trabalhistas.

Assim, apontada a norma ordinária e a inconstitucionalidade, não possuindo o condão de restringir a responsabilidade da entidade contratante por atos ilícitos praticados pelos contratados, como se constitui o descumprimento das obrigações trabalhistas.

Finalmente, ressalte-se que a contratação de empresa interposta visa salvaguardar os interesses da Administração Pública, mas nunca o de afastar a responsabilidade do ente público quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas.

Nesse passo, cabe ainda frisar que a situação fática espelhada na demanda atrai a regência do valor trabalho consagrado pela Carta Magna nos arts 1º, IV, 6º e 193 da Carta Magna de 1988, normas que autorizam a repelir a violação aos direitos laborais, inclusive as decorrentes de terceirizações, lícitas ou não.

A idoneidade financeira da primeira Ré e a ausência de demonstração de fraude no contrato de prestação de serviços não alteram a linha de conclusão adotada. Os termos da responsabilidade constantes no contrato de prestação de serviços afiguram-se como *res inter alios acta*, não atingindo direitos de terceiros. Também é irrelevante a natureza jurídica das parcelas deferidas, ainda que sancionatórias.

Segue-se que, nos termos do verbete sumular acima citado, a responsabilidade do tomador de serviços é subsidiária e objetiva, pouco importando perquirir a respeito de sua idoneidade financeira ou de aspectos relacionados ao conteúdo das parcelas. Responde a Administração pelo simples fato de que se beneficiou da mão de obra do Autor.

Ante tal quadro, e com amparo nas normas constitucionais já elencadas bem como no inciso IV do Enunciado 331 do Colendo TST, declara-se a responsabilidade subsidiária da segunda Ré quanto aos eventuais créditos que venham a ser deferidos ao Reclamante.

Frise-se desde já que a responsabilidade subsidiária ora declarada engloba a totalidade dos efeitos jurídicos emanados do contrato laboral, inclusive no que tange aos créditos decorrentes de penalidades, a exemplo das multas e penalidades pela violação a direitos laborais.

Acolho parcialmente, nestes termos.

[...]

DISPOSITIVO

Diante do exposto, **ACOLHO PARCIALMENTE** os pedidos formulados por **CLEVERSON MARCIO PADOANI SECCO** em face de **HUMBERO A. CARCERERI e CIA LTDA e COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ - SANEPAR**, para condenar as Reclamadas, a segunda apenas

SUBSIDIARIAMENTE, a pagarem ao Reclamante as verbas deferidas na fundamentação, a qual se incorpora a este dispositivo para todos os efeitos legais, restando afastadas todas as alegações de fato e de direito aduzidas pelas partes.

O total do crédito será obtido em liquidação de sentença, através de cálculos.

Custas processuais pelas Reclamadas, no importe de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), calculadas sobre o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), provisoriamente arbitrado à condenação, atualizáveis e sujeitas à complementação.

Expeça-se Ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, consoante disposto na fundamentação.

Cientes as partes (fls. 460).

Nada mais.

Ana Gledis Tissot Benatti do Valle
JUÍZA DO TRABALHO

Resenhas

Luiz Eduardo Gunther
Willians Franklin Lira dos Santos



O TST frente à
Terceirização

ARTUR, Karen. 1ª Edição.
Editora Edufscar. 2007.

Consoante pontua o eminente Ministro Maurício Godinho Delgado, o termo terceirização cuida-se de neologismo criado na ambiência do próprio mercado, pelas empresas administradoras de mão-de-obra, para designar “[...] o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”, o que remete à missão institucional da Justiça do Trabalho, qual seja, a de velar pelo sempre delicado equilíbrio nas relações entre capital e trabalho.

Embora seja usual situar historicamente a gênese do fenômeno da terceirização em período próximo à Segunda Guerra Mundial, mais especificamente por ocasião da necessidade de incremento produtivo da indústria armamentista ante o aumento excessivo da demanda, nem todas as indagações relativas a essa forma de contratação foram ainda respondidas.

Longe disso, pende controvérsia – da maior importância – sobre a propriedade e o desvio que tal instituto pode incorporar na prática; o que é nominado, muitas vezes, pela doutrina pelo seguinte binômio de opostos: terceirização reestruturante/terceirização predatória.

Na obra “O TST frente à terceirização” a Professora Doutora Karen Artur problematiza noções contratuais do trabalho junto ao Tribunal Superior do Trabalho tomando em conta a normatização da terceirização através de jurisprudência deste Colendo Tribunal, sob o viés de que a Justiça do Trabalho no Brasil constrói sua legitimidade como instituição capaz de interpretar o direito do trabalho, ao harmonizar princípios de proteção do trabalhador com princípios de eficiência do mercado.

Pondera, ainda, que a jurisprudência consiste em um conjunto de decisões resultantes de negociações de membros internos e externos ao Direito. Trata, assim, de temas que afetam a noção de subordinação como elemento caracterizador do contrato de trabalho, o qual atrai a aplicação do direito do trabalho.

Para desenvolver este tema, traz argumentos da socioeconomia face à lei como uma instituição e a ação legal dentro de processos culturais e políticos que moldam e são moldados pela ação econômica. Trata-se, portanto, de obra que, a par da revisão bibliográfica, adota paradigma de pesquisa diverso, qual seja a ponderação do *background* que marca a decisão do magistrado.

Descortina, ademais, que, enquanto racionalidade formal, as decisões da Justiça do Trabalho também permitem a existência dos mercados, providenciando legitimidade, estabilidade e difusão de formas institucionalizadas do trabalho. Nesse contexto, Juízes e Ministros definem quais as práticas do mercado que são compatíveis com as noções de justiça da instituição e é em torno desses significados que os atores disputam a interpretação mais favorável revelando, vez mais, o enfoque sociológico da abordagem.

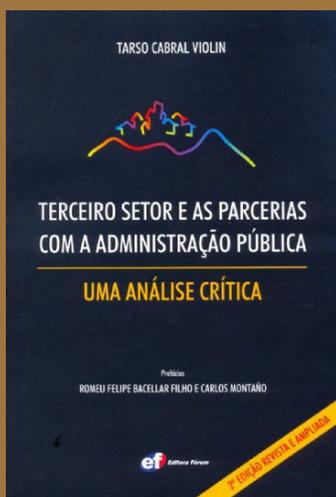
Em arremate ao trabalho, com propriedade infere a autora que *"[...] a jurisprudência, ao criar o conceito de atividade meio, estabeleceu um novo critério de legitimidade do contrato de trabalho: não realização de terceirização em atividade fins da empresa. A existência desse critério de legitimação da terceirização ocorreu através da entrada de argumentos econômicos para o meio jurídico. Neste debate, a demanda por ampliação da licitude da terceirização para atividades fins encontra como barreiras os argumentos de palestrantes da OIT, de juristas e de sindicatos de que terceirizar não gera empregos e que flexibilizar precariza as relações de trabalho. Estes argumentos estão sendo avaliados pelos ministros do TST. [...] Nesse momento, este trabalho contribui com o registro do discurso dos atuais ministros, comprovando a importância da jurisprudência do TST para a normatização das relações de trabalho do país".*

LUIZ EDUARDO GUNTHER

WILLIANS FRANKLIN LIRA DOS SANTOS

Resenhas

Luiz Eduardo Gunther
Adriana Cavalcante De Souza Schio



Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica.

VIOLIN, Tarso Cabral. Prefácio Romeu Felipe Bacellar; Carlos Montañó. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 439p.

Embora a *terceirização pela administração pública* não seja um fenômeno tão recente, a questão ganhou nova tônica diante do provimento de reclamações constitucionais¹ aforadas por causa das decisões dos Tribunais que condenavam a administração pública com base na Súmula nº. 331 do c. TST. Os fundamentos do provimento das reclamações constitucionais se baseavam no reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666/1993 no ADC 16 e no teor de sua Súmula vinculante nº. 10 do STF.

Nesta senda, o tema e suas inflexões movimentaram o TST, com a publicação do item V da Súmula nº. 331 (Resolução nº. 174/2011) e com a realização de audiência pública em outubro de 2011. Até para evitar novas reclamações constitucionais e atendendo solicitação do Ministro João Orestes Dalazem, a controvérsia quanto à extensão da responsabilidade da administração pública também gerou (em março deste ano) a suspensão do julgamento dos recursos que tramitavam na SDI-1 tratando da responsabilização subsidiária da administração pública até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.397, em que foi reconhecida a repercussão geral pelo STF² e redesignada a Relatoria para a Ministra Rosa Maria Weber, em 19.12.2011.

1 Um exemplo é a Reclamação constitucional nº. 12.926-PR, em que a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, antes Procuradora do Estado de Minas Gerais e com extensa obra no âmbito do Direito Administrativo, cassou decisão deste Tribunal, conforme decisões constantes na seção específica de jurisprudência desta Revista Eletrônica.

2 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SDI-1 suspende julgamento de processos sobre responsabilidade subsidiária de ente público. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/sdi-1-suspende-julgamento-de-processos-sobre-responsabilidade-subsidiaria-de-ente-publico?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_nD3Q%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-%26p_p_col_count%3D4>. Acessado em 17.07.2012.

A conclusão do tema clama do Pretório Excelso por um exame muito além da simples análise da responsabilização da administração pública. Demanda uma reflexão dos próprios fins do Estado, diante de sua responsabilidade pela adoção de determinado modelo gerencial por seu aparelho administrativo, que elegeu na terceirização um dos seus elementos norteadores para enxugar despesas e/ou reduzir pessoal, ocasionando efeitos que vulneram princípios constitucionais sensíveis. Aguarda-se, assim, um desfecho em consonância com os princípios da razoabilidade, moralidade da administração pública e que observe os ditames do valor social do trabalho e da dignidade do trabalhador, porque fundamentos da República e não meros métodos de administração.

Considerando este cenário multifacetado, espera-se que a responsabilidade e extensão interpretativa da isenção da administração pública sejam delimitadas na decisão a ser proferida pelo STF. Afinal, trata-se de um paradigma da atualidade que guarda uma emergência democrática e demanda o repensar não apenas dos fenômenos específicos da área trabalhista (que são apenas consequência do enredo administrativista que se confere à questão) e demanda uma revisão das implicações decorrentes das escolhas realizadas durante o *exercer da administração pública*, tendo em mente que administrar é muito mais que reduzir custos e cegar-se por estatísticas.

O problema é justamente resultado de medidas de gerenciamento do aparelho administrativo que visaram impedir o agigantamento do Estado e sua máquina, apontando nas *reformas* um método para se atingir um modelo mais enxuto. Não é demais lembrar que uma das primeiras normas legais com esse escopo tratou justamente da terceirização pela administração pública (Decreto nº. 200/1967). O processo de enxugamento se intensificou após a redemocratização devido aos princípios neoliberais (compactados no Consenso de Washington), que desenhavam um papel mais regulatório do Estado, que deveria estar adaptado às estratégias do mercado capitalista. Foi nesse movimento que o Brasil da década de 90 contemplou reformas e privatizações, como a regulação da contratação pela administração pública (Lei nº. 8.666/1993), além de medidas mais complexas como o regime de concessão e permissão (Lei nº. 8.987/1995), os convênios (artigo 241 da Constituição de 1988, com redação conferida

pela EC nº. 19/1998), as terceirizações por meio das organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº. 9.790/1999) e mediante parcerias público-privadas e termos de gestão com organizações sociais (Lei nº. 11.079/2004). Todos esses processos de redução e terceirização na administração pública se basearam na premissa de que o Estado deveria ser reduzido e a panaceia seria relegar parcela de suas atribuições à esfera do privado.

Nesse contexto, mostra-se interessante a obra *“Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica”*, fruto da dissertação de mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, do Advogado e Professor de Direito Administrativo, Tarso Cabral Violin, cuja 2ª edição foi publicada em 2010 pela Editora Fórum.

A obra examina o Estado e a Administração Pública (Capítulo I) e, com esteio em Boaventura de Souza Santos, analisa o Estado reformável, incluindo o papel do *“terceiro setor”* (sempre com aspas, de modo evidenciar a controvérsia do termo). O autor estabelece um estudo das fases da administração pública (patrimonialista, burocrática e gerencial), para pontuar os impactos das influências das políticas neoliberais. Trata do neoliberalismo e da reforma gerencial, com alicerce em Carlos Montaña, dissecando o plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Com amparo em renomada doutrina internacional e nacional, o autor traça distinções entre sociedade civil e o Estado gramsciano, colacionando as principais definições de *“terceiro setor”* e da esfera social. Assim é que – na dialética do público e privado – são encarados os principais conceitos e dilemas das organizações não governamentais, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público (Capítulo II). No último capítulo, o autor faz o arremate entre o papel do Estado, da administração pública e do *“terceiro setor”*, realizando uma análise crítica das parcerias destes e insurgindo-se contra o discurso dominante de redução, a todo custo, do Estado, como já anunciava o prefácio da obra redigido por Romeu Felipe Bacellar Filho.

O trabalho tece também importantes críticas à exploração da miséria e utilização das entidades do *“terceiro setor”* para fins escusos, como denunciado no filme *“Quanto vale ou é por quilo?”* (2005), do cineasta

paranaense Sergio Bianchi. Com algumas ressalvas, a obra pontua que nas delegações via “terceiro setor” nos municípios, a “[...] principal política social é o repasse para as entidades do “terceiro setor” [d]a execução dos serviços de saúde e [de] educação, sem a realização de licitação ou mesmo de qualquer procedimento de seleção, o que pode ser considerado uma privatização em sentido amplo, e em muitas vezes uma verdadeira guerra por migalhas de entidades que acabam mercantilizando a questão social” (p. 234).

Aqui surge uma das indagações que as proposições da obra acabam por provocar no jurista trabalhista: a responsabilização da administração pública na terceirização via “terceiro setor” em que houve dispensa do procedimento licitatório (a exemplo dos incisos XXIV e XXX do artigo 24 da Lei nº. 8.666/1993). Ora, se não zelou o administrador em submeter à entidade do “terceiro setor” – seu parceiro privado – ao procedimento licitatório, não estaria automaticamente reconhecida sua culpa na escolha a autorizar sua responsabilização subsidiária (no mínimo)? Não seria paradoxal, nestes casos, exigir a comprovação de *culpa in eligendo*?³

Por estas e outras reflexões propiciadas pelo título específico da área administrativista, que a leitura da obra resenhada se mostra recomendada. A pertinência da obra repousa nas críticas aos métodos de delegação de atividades da administração pública, observando um modelo capitalista e de ideários neoliberais-gerenciais, evidenciando que os reflexos da terceirização via “terceiro setor”, muito além dos nefastos efeitos que gera na seara justabalhista, ocasiona também, muitas vezes, uma (ir)responsabilização da administração pública perante a própria sociedade civil como um todo, vulnerando objetivos e fundamentos da República, sem observar os princípios constitucionais da administração pública.

LUIZ EDUARDO GUNTHER

ADRIANA CAVALCANTE DE SOUZA SCHIO

3 Perguntas interessantes se considerado que algumas reclamações constitucionais cuidaram justamente de terceirização pelo “terceiro setor” e em que há simples juntada do termo de parceria ou de gestão, sem juntada do edital de licitação ou às vezes até com a indicação da dispensa desse procedimento no próprio contrato.

Resenhas

Luiz Eduardo Gunther
Eloina Ferreira Baltazar



A Terceirização e o
Direito do Trabalho

MARTINS, Sergio Pinto.
ed. 11ª, Editora: Atlas .

Enfrentando tema palpitante de direito material, em sua obra intitulada “Terceirização no Direito do Trabalho”, o Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Professor Doutor Sergio Pinto Martins convida o leitor a refletir sobre os principais aspectos deste tema, ainda tão controverso no ordenamento jurídico brasileiro.

A obra, constituída de dezessete concisos capítulos, com usual didática e profundidade, trata, em um primeiro bloco, aglutina a análise histórica e conceitual do fenômeno terceirização, assim como seu estágio de desenvolvimento em diversos países, tais como Alemanha, Argentina, Colômbia, Espanha, França, Itália, Japão e Peru.

Num segundo bloco, traz à mesa questões atinentes a terceirização e administração de empresas, ponderando acerca de eventuais vantagens e desvantagens decorrentes de sua implementação, e paralelamente analisa o plexo de relações que se estabelecem com os ramos do Direito Civil e do Direito Comercial. No âmbito do Direito Comercial mais especificamente, tece comentários sobre os contratos mercantis que poderiam ser utilizados para efeito de terceirização. Prossegue com a análise dos contratos de engineering, fornecimento, concessão mercantil, consórcio, assistência técnica e representação comercial autônoma, o enfoque recai sobre a responsabilização, ou não, da empresa ou grupo econômico terceirizante.

Outro aspecto em destaque na obra é o franchising, entendido como uma forma de terceirização pelo professor Martins, que menciona a natureza jurídica do contrato e suas características, além de ponderar, também, a respeito de sua vantagens, modalidades e requisitos.

Segue, ainda, confrontando o tema face às cooperativas, sob o viés de que podem tais associações assumir a forma de terceirização, mormente porque passíveis de estabelecer relações em que impresentes estejam os requisitos para para configuração de relação de emprego, caso em que, havendo desvio, poderia a sociedade cooperativa se revestir da

condição de agenciadora ou de locadora de mão de obra, em franco ilícito trabalhista.

Os próximos capítulos retratam a evolução da jurisprudência trabalhista sobre o tema. Para tanto, empreende estudo dos enunciados do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST) principiando pela súmula 257, que dispõe sobre as empresas de vigilância. Na sequência, toma em mira o verbete 239, à luz dos princípios da igualdade e da legalidade. Destaca, ainda, a súmula 256, cujo teor foi revisto pelo advento do enunciado 331, que, pela importância, mereceu análise mais demorada e sob o enfoque da boa-fé da contratação entre a empresa terceirizante e a terceirizada.

A possibilidade da terceirização na administração pública é delineada pelo autor, ao discorrer sobre a responsabilidade da administração, licitações, contratos e suas hipóteses de contratação temporária. Merece destaque, ainda, a análise da delicada tarefa que cabe ao Poder Judiciário no sentido de distinguir as hipóteses da terceirização lícita ante aquela fraudulenta ou ilegal.

Em suma, vez mais, o renomado professor se destaca pela clareza e abrangência com que detalha o assunto da a que se propõe analisar em detalhe. Em merecida 11ª edição, cuida-se de obra de referência para todos aqueles que estão envolvidos com o tema, pois chama a atenção para a dinâmica da relação trabalhista e para evolução das relações empresariais no direito contemporâneo, além de indicar a orientação predominante na jurisprudência e as soluções para diversos casos.

LUIZ EDUARDO GUNTHER
ELOINA FERREIRA BALTAZAR

Leitura Complementar

Notícias

Terceirização na administração pública é tema com mais processos sobrestados no TST

(Sex, 06 Jul 2012 09:00:00)

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo não pagamento de verbas trabalhistas por prestadoras de serviços é o tema com maior número de processos sobrestados na Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho. Segundo levantamento da Coordenadoria de Recursos, o TST encerrou o primeiro semestre com 13.059 recursos extraordinários aguardando que o Supremo Tribunal Federal decida o caso-paradigma que, por ter repercussão geral reconhecida, servirá de fundamento para as demais decisões sobre a matéria.

Ao todo, estão sobrestados no TST 36.166 recursos extraordinários – nos quais uma das partes pretende que o caso seja examinado pelo STF por considerar que se trata de matéria constitucional. O segundo tema com maior número de processos – a questão do recolhimento de FGTS em casos de contratação de servidor público sem aprovação em concurso público – foi decidido recentemente pelo STF.

O sobrestamento ocorre quando o STF, no exame de um recurso extraordinário, reconhece a existência de repercussão geral na matéria constitucional discutida – ou seja, entende que o tema é relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e ultrapassa os interesses apenas das partes envolvidas –, os demais recursos aguardam a definição daquela Corte.

Confira abaixo os temas com maior número de processos sobrestados:

Temas sobrestados no STF:

Total de sobrestados até 30/06/2012: 36166

Quantidade	Tema
13059	RE-603397/SC – Responsabilidade subsidiária – entre público.
6798*	RE-596478/RR – Contrato nulo. FGTS. Lei 8036.
5599	RE-586453/SE – Complementação de aposentadoria
1382	RE-590415 – PDV. BESC. Rescisão contratual.
1001	RE-589998/PI – ECT. Correios. Dispensa. Motivação.
797	RE-812687 – Execução de sentença. Fraude à execução.
357	RE-635546 – Equiparação dir. trab. terceirização X emp. público

* Tema já julgado pelo STF. Aguardando publicação de acórdão

(Carmem Feijó)

Secretaria de Comunicação Social
Tribunal Superior do Trabalho
Tel. (61) 3043-4907
imprensa@tst.jus.br

Projeto de Lei

Situação: Aguardando Parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)

PROJETO DE LEI N° _____, DE 2004
(Do Sr. Sandro Mabel)

Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os arts. 421 a 480 e 593 a 609.

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 3º São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

- I – prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);
- II – registro na Junta Comercial;
- III – capital social compatível com o número de empregados,

observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados: capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados: capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados: capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados: capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados: capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º Convenção ou acordo coletivo de trabalho podem exigir a imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos no inciso III deste artigo.

§ 2º O valor do capital social de que trata o inciso III deste artigo será reajustado:

- I – no mês de publicação desta lei, pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificada de novembro de 2004, inclusive, ao mês imediatamente anterior ao do início de vigência desta lei;
- II – anualmente, a partir do ano subsequente ao do reajuste mencionado no inciso anterior, no mês correspondente ao da publicação desta lei, pela variação acumulada do INPC nos doze meses imediatamente anteriores.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Art. 5º São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.

Art. 6º Os serviços contratados podem ser executados no estabelecimento da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

Art. 7º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.

Art. 8º Quando o empregado for encarregado de serviço para o qual seja necessário treinamento específico, a contratante deverá:

- I – exigir da empresa prestadora de serviços a terceiros certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço; ou
- II – fornecer o treinamento adequado, somente após o qual poderá ser o trabalhador colocado em serviço.

Art. 9º A contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços a terceiros benefícios oferecidos aos seus empregados, tais como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o caput, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 13. O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

- I – a especificação do serviço a ser prestado;
- II – o prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento

das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

§ 1º A contribuição sindical devida pelo trabalhador de empresa de prestação de serviços a terceiros, contratado para o cumprimento do contrato de que trata esta Lei, é proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante e consiste na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias.

§ 2º Não é devida a contribuição pelo trabalhador se este já houver pago, no mesmo ano, a título de contribuição sindical, importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, nos termos do art. 582 da CLT.

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

- I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;
- II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

Art. 17. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada.

§ 1º A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT.

§ 2º As partes ficam anistiadas das penalidades não compatíveis com esta Lei, impostas com base na legislação anterior.

Art. 18. Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O mundo assistiu, nos últimos 20 anos, a uma verdadeira revolução na organização da produção. Como consequência, observamos também profundas reformulações na organização do trabalho. Novas formas de contratação foram adotadas para atender à nova empresa.

Nesse contexto, a terceirização é uma das técnicas de administração do trabalho que têm maior crescimento, tendo em vista a necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço.

No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação.

As relações de trabalho na prestação de serviços a terceiros reclamam urgente intervenção legislativa, no sentido de definir as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços e, assim, garantir os direitos dos trabalhadores.

A presente proposição tem origem no Projeto de Lei nº 4.302, de 1998, que após mais de cinco anos de tramitação, teve a retirada solicitada pelo Poder Executivo. Ressalta-se que durante a tramitação do Projeto de Lei do Executivo, que também alterava a lei do trabalho temporário, travaram-se longos e frutíferos debates sobre o tema, tanto nesta Casa quanto no Senado Federal, que muito enriqueceram a proposta original.

O Projeto de Lei que ora apresentamos exclui os dispositivos que tratavam do trabalho temporário, limitando-se à prestação de serviços a terceiros, e incorpora as contribuições oferecidas por todos os que participaram dos debates do Projeto de Lei nº 4.302, de 1998.

A nossa proposição regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes. O prestador de serviços que se submete à norma é, portanto, a sociedade empresária, conforme a nomenclatura do novo Código Civil, que contrata empregados ou subcontrata outra empresa para a prestação de serviços.

Deve ser destacada a definição da empresa prestadora de serviços como aquela que presta serviços determinados e específicos para a empresa contratante. É a prestadora responsável pela contratação, remuneração e direção do trabalho de seus empregados, podendo, ainda, subcontratar outras empresas para realizar os serviços contratados.

Não há, obviamente, vínculo empregatício entre a tomadora de serviços e os trabalhadores contratados pela prestadora ou seus sócios.

São estabelecidos requisitos para o funcionamento das empresas prestadoras de serviço que visam a garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. O capital social mínimo estipulado em função do número de empregados é um exemplo.

É prevista, ainda, a possibilidade de ser exigida a imobilização de até 50% do capital social da prestadora de serviços mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A nossa proposição define também a figura do contratante que pode ser pessoa física ou jurídica. A inclusão de pessoa física justifica-se pela necessidade de permitir a contratação de prestadoras de serviço por profissionais liberais.

Vários dispositivos estipulam limitações contratuais que protegem o trabalhador, como a vedação de sua utilização, pela empresa contratante, em atividades diversas das estipuladas em contrato com a empresa prestadora de serviços.

O objeto da contratação deve ser especificado. É, no entanto, amplo, podendo versar sobre atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Uma das situações que muito nos preocupou foi a possibilidade de um trabalhador continuar prestando serviços a uma empresa contratante, ainda que se sucedam várias empresas prestadoras de serviço. Optamos por abordar o tema no art. 5º, permitindo a continuidade do trabalho para a mesma empresa contratante.

A empresa contratante é diretamente responsável pelas condições de segurança e saúde do ambiente de trabalho.

Além disso, caso seja necessário treinamento específico para a realização do trabalho, a empresa contratante pode exigir da prestadora o certificado de capacitação do trabalhador ou pode fornecer o treinamento adequado.

Uma das maiores críticas que se faz à terceirização é a precarização das relações de trabalho dela decorrentes, apresentando altos índices de acidentes do trabalho. Atribuir a responsabilidade à contratante por esse aspecto ligado às condições de trabalho representa uma garantia ao trabalhador e, certamente, contribui para a melhoria do ambiente laboral.

É prevista a responsabilidade subsidiária da contratante quanto às obrigações trabalhistas, sendo-lhe assegurado, obviamente, o direito de ação regressiva contra a prestadora de serviços / devedora.

O projeto inova ao assegurar mediante a ação regressiva, além do ressarcimento dos valores pagos pela contratante, o pagamento de uma indenização equivalente ao valor pago ao trabalhador.

Há, ainda, previsão de responsabilidade solidária quanto às obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços que subcontratar outra empresa.

No caso de contratação com a Administração Pública, o projeto remete à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Isso significa que a Administração Pública é solidariamente responsável quanto aos encargos previdenciários, mas não quanto às dívidas trabalhistas.

O contrato de prestação de serviços deve conter a especificação do serviço a ser prestado e o prazo para a sua realização. Deve, além disso, prever a apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas, o que possibilitará a fiscalização por parte da empresa contratante.

Outro aspecto relevante da proposição é que o recolhimento da contribuição sindical compulsória deve ser feito à entidade representante da categoria profissional correspondente à atividade terceirizada. Aumenta-se, dessa forma, o poder de negociação com as entidades patronais, bem como é favorecida a fiscalização quanto à utilização correta da prestação de serviços.

São excluídas da aplicação da lei as atividades de empregado doméstico, e ainda as atividades de vigilância e transporte de valores, que já possuem legislação específica.

É estabelecida multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado em caso de descumprimento da norma.

É concedida anistia aos débitos, penalidades e multas impostas com base em normas não compatíveis com a lei.

A proposição concede prazo de cento e vinte dias para a adequação dos contratos vigentes aos termos da nova lei, sendo que a vigência ocorrerá trinta dias após a publicação.

Tal prazo, acreditamos, é suficiente para que as partes interessadas tenham ciência das alterações e adequem seus contratos.

Destacamos, ainda, que a proposição é fruto de discussão com vários segmentos da sociedade. Tal discussão não está encerrada. Deve, outrossim, ser ampliada, a fim de aprimorar o texto da norma. Colocamo-nos, desde já, à disposição daqueles que queiram contribuir para a regulação dessa matéria, tão relevante para as relações de trabalho no Brasil.

Por considerarmos de alta relevância a regulamentação da terceirização, rogamos aos nobres Colegas pela aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em de de 2004.

Deputado Sandro Mabel

2004.12234.999

Precedentes Normativos

SÚMULAS do TST

128 DEPÓSITO RECURSAL (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 139, 189 e 190 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso. (ex-Súmula nº 128 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.03, que incorporou a OJ nº 139 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

II - Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo. (ex-OJ nº 189 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III - Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide. (ex-OJ nº 190 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

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

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem

como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

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

OJs SDI 1 TST

185. CONTRATO DE TRABALHO COM A ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MESTRES - APM. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador.

191 CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil 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.

225 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA (nova redação) - DJ 20.04.2005

Celebrado contrato de concessão de serviço público em que uma empresa (primeira concessionária) outorga a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, mediante arrendamento, ou qualquer outra forma contratual, a

título transitório, bens de sua propriedade:

I - em caso de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão;

II - no tocante ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora.

382 JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494, DE 10.09.1997. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CON-DENADA SUBSIDIARIAMENTE (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010)

A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei n.º 9.494, de 10.09.1997.

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

OJ SDI I do TST - TRANSITÓRIA

66 SPTRANS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)

A atividade da São Paulo Transportes S/A - SPTrans de gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se confunde com a terceirização de mão-de-obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária.

Bibliografia



A Biblioteca do TRT informa os livros e artigos de periódico sobre o tema da Terceirização, disponíveis para consulta em seu acervo.

[IP: 7096 ou e-mail biblioteca@trt9.jus.br]

LIVROS

CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. 96 p.

330.831:331 C361n

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. A terceirização das relações laborais. São Paulo: LTr, 1996. 183 p.

331:338.46 C376t

CAMPOS, José Ribeiro de. A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços. São Paulo: Thomson, 2006. 188 p. ISBN 85-7647-562-6.

331:338.46 C198t 2006

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003. 201 p. ISBN 85-361-0430-9.

331:338.46 D352t 2003

FERRAZ, Fernando Basto. Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho. São Paulo: LTr, 2006. 287 p. ISBN 85-361-0787-1.

331:338.46 F381t 2006

GIRAUDEAU, Michel Olivier. Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços. São Paulo: LTr, 2010. 160 p. ISBN 978-85-361-1633-4.

331:338.46 G522t

GONÇALVES, Nilton Oliveira. Terceirização de mão de obra. São Paulo: LTr, 2005. 144 p. ISBN 85-361-0637-9.

331:338.46 G635t 2005

LIMA, Denise Hollanda Costa. Terceirização na Administração Pública: as cooperativas de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 109 p. ISBN 978-85-7700-039-5.

35:338.46 L732t

LIMA, Rusinete Dantas de. Aspectos teóricos e práticos da terceirização do trabalho rural. São Paulo: LTr, 1999. 124p.

331:338.46:63 L732a

MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o direito do trabalho. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. 185 p. ISBN 978-85-224-5891-2.

331:338.46 M386t

PINTO, Airton Pereira. Direito do trabalho rural e a terceirização. São Paulo: LTr, 1999. 152 p.

331:63:338.46 P659d

POCHMANN, Marcio (organizador). Debates contemporâneos: economia social e do trabalho, a superterceirização do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. 119 p. ; 3. ISBN 978-85-361-1077-6.

331:33(81) P739d

POLONIO, Wilson Alves. Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000. 214 p.

331:338.46 P778t

PRUNES, José Luiz Ferreira. Contratos triangulares de trabalho: terceirização. Curitiba: Juruá, 1993. 284 p.

331.106.2 P972c

PRUNES, Jose Luiz Ferreira. Terceirização do trabalho: intermediação de mão de obra, trabalho temporário, trabalho em favor de terceiros, empreitadas e subempreitadas, trabalho rural intermediado. Curitiba: Juruá, 1995. 383 p.

331:338.46(81) P972t

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001. 175 p.

35:338.46 R175t

SILVA, Leda Maria Messias da. Cooperativas de trabalho: terceirização sem intermediação. São Paulo: LTr, 2005. 150p.;23cm. ISBN 85-361-0740-5.

334 S586p 2005

SILVA, Ciro Pereira da. A terceirização responsável: modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997. 134 p.

331:338.46 S586d

ARTIGOS DE PERIÓDICOS - 2011-2012

BOHNERT, Luciana Neves. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16: nova visão para a responsabilização da Administração Pública nos encargos trabalhistas de contratos de terceirização. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 13, n. 69, p. 291-303, set./out. 2011.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Terceirização de atividades de instituições financeiras e enquadramento sindical das empresas prestadoras de serviço. Jornal trabalhista. Brasília, v. 28, n. 1358, p. 4-12, jan. 2011.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula n. 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Revista trabalhista: direito e processo. São Paulo, v. 9, n. 37, p. 93-114, jan./mar. 2011.

CAFFARO, Leonardo de Mello. A terceirização na Administração Pública e as consequências do atual posicionamento do STF sobre a matéria - a ética administrativa e a possível atuação da advocacia pública. Revista Zênite de licitações e contratos - ILC. Curitiba v. 18, n. 214, p. 1190-1210, dez. 2011.

CARMO, Júlio Bernardo do. Terceirização ilícita no âmbito das empresas de telecomunicações e a liminar concedida na Reclamação Trabalhista STF nº 10.132-Paraná. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-31, jan./mar. 2011.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco

Ferreira. Terceirização na Administração Pública: breves notas. Revista jurídica consulex. Brasília, v. 15, n. 335, p. 30-31, 1ª quinzenal/jan. 2011.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Artigo 71 da Lei 8666/93 e a terceirização de atividade essencial do Estado. Trabalho em revista - Encarte. Curitiba, n. 175, p. 6336-6337, set. 2011.

COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs; ALMEIDA, Victor Hugo de. Empregado terceirizado: consequências do acidente de trabalho e da doença profissional. Revista trabalhista: direito e processo. São Paulo, v. 10, n. 38, p. 142-161, abr./jun. 2011.

COURA, Solange Barbosa de Castro. O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista. Justiça do trabalho. São Paulo, v. 28, n. 333, p. 7-35, set. 2011.

CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 131-138, jan./mar. 2011.

FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Considerações sobre as atividades terceirizáveis. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, v. 25, n. 9, cd. 2, p. 267-270, 1ª quinzenal maio. 2011.

GIGLIO, Wagner D. Terceirização. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 4, ex. 1, p. 391-394, abr. 2011.

GOMES NETO, Indalécio. Aspectos jurídicos da terceirização. Revista jurídica consulex. Brasília, v. 16, n. 359, p. 19-23, 1ª quinzenal/jan. 2012.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Enunciado da súmula nº 331 do TST. Uma desconcertante tentativa de atualização jurisprudencial. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, v. 25, n. 3, cd. 2, p. 88-91, 1ª quinzenal/fev. 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública continua em debate. Revista jurídica consulex. Brasília, v. 16, n. 359, p. 34-37, 1ª quinzenal/jan. 2012.

LOBATO NETO, Lucival Lage. A obrigação de estabelecer uma equipe mínima de funcionários em editais para a contratação de serviços de limpeza de prédios públicos. BLC: boletim de licitações e contratos. São Paulo, v. 24, n. 10, p. 994-1003, out. 2011.

MACHADO, Marcel Lopes. Responsabilidade da administração pública direta e indireta na terceirização de serviços. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 48, n. 20, p. 89-94, mar. 2012.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; ROCHA, Ana Marques. As novas perspectivas da terceirização trabalhista no Brasil: análise dos mecanismos jurídico-retificadores sob a ótica da jurisprudência do TST. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. [S.l.], v. 23, n. 266, p. 35-49, ago. 2011.

MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo, n. 7, p. 43-47, jan./abr. 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 11, ex. 1, p. 1287-1295, nov. 2011.

NASCIMENTO, Marcelo C. Mascaro. Terceirização de serviços no direito do trabalho. Revista jurídica consulex. Brasília, v. 16, n. 359, p. 16-18, 1ª quinz./jan. 2012.

OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo, n. 7, p. 29-33, jan./abr. 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública Federal nos contratos de terceirização: uma releitura sob a ótica do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Ciência Jurídica do Trabalho. Belo Horizonte, v. 14, n. 87, p. 187-212, maio/jun. 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Por que ter medo da terceirização brasileira? Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 11, p. 1304-1311, nov. 2011.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Administração Pública - terceirização e limites. Revista jurídica consulex. Brasília, v. 16, n. 359, p. 30-31, 1ª quinz./jan. 2012.

REIS, Jair Teixeira dos. A terceirização vista pela Auditoria Fiscal do Trabalho. Revista jurídica consulex. Brasília, v. 16, n. 359, p. 12-15, 1ª quinz./jan. 2012.

RIBEIRO, Eduardo. Terceirização - ponto controverso da lei trabalhista - discussão sobre atividade-meio e atividade-fim - composição dos interesses das categorias econômicas e profissionais. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 48, n. 54, p. 265-267, maio. 2012.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Cenário normativo do reajuste de preços em contratos de prestação de serviços contínuos com alocação exclusiva de mão de obra firmados por órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Revista Zênite de licitações e contratos - ILC. Curitiba, v. 18, n. 208, p. 566-578, jun. 2011.

SANTOS, Ciamara dos. Considerações acerca da terceirização no Direito do Trabalho. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v. 37, n. 141, p. 89-97, jan./mar. 2011.

SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região. São Paulo, n. 7, p. 59-66, jan./abr. 2011.

SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar; SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na terceirização. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 1, p. 66-79, jan. 2011.

SILVA, Antônio Álvares da. Responsabilidade da administração pública nas terceirizações. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 3, ex. 1, p. 271-275, mar. 2011.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 95-130, jan./mar. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A ilicitude da terceirização Revista jurídica consulex. Brasília, v. 16, n. 359, p. 52-57, 1ª quinz./jan. 2012.

TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. Interesse Público. Porto Alegre, v. 13, n. 66, p. 21-41, mar./abr. 2011.

VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização - aspectos gerais - a última decisão do STF e a súmula n. 331 do TST - novos enfoques. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 3, p. 282-295, mar. 2011.

VIEIRA, Rívia Karime de Novaes Mourão. Terceirização na administração pública e o impacto das ações trabalhistas. BDA: boletim de direito administrativo. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 182-191, fev. 2011.

VILLELA, Fábio Goulart. Os limites da terceirização nos serviços de telecomunicações - a constitucionalidade dos artigos 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 e 94 da Lei nº 9.472/97. Trabalho em revista - Encarte. Curitiba, n. 181, p. 6613-6624, mar. 2012.

DVD

JUSTIÇA EM MOVIMENTO COMEMORAÇÃO DOS 30 ANOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA. Justiça em Movimento: disco 4, terceirização na atividade-fim. Criciúma, SC: Lages, SC: TRT 12ª Região, 2008. 1 DVD (30 min) NTSC : son., color.; 4 3/4 pol.

Audiência Pública do TST



Audiência-Pública-Terceirização-Abertura-Parte-1



Audiência-Pública-Terceirização-Abertura-Parte-2



Audiência-Pública-Terceirização-Serviços-Parte-1



Audiência-Pública-Terceirização-Serviços-Parte-2



Audiência-Pública-Terceirização-Setor Bancário - Financeiro-Parte-1



Audiência-Pública-Terceirização-Setor Bancário - Financeiro-Parte-2



Audiência-Pública-Terceirização-Setor Elétrico



Audiência-Pública-Terceirização-Tecnologia da Informação



Audiência-Pública-Terceirização em Geral - Parte 1



Audiência-Pública-Terceirização em Geral - Parte 2



Audiência-Pública-Terceirização em Geral - Parte 3



Audiência-Pública-Terceirização em Geral - Parte 4



Audiência-Pública-Terceirização em Geral - Parte 5



Audiência-Pública-Terceirização em Geral - Parte 6



Pleno-Responsabilidade dos órgãos públicos com encargos trabalhistas de terceirizados



TV-TST-apresenta os melhores momentos da audiência pública sobre terceirização

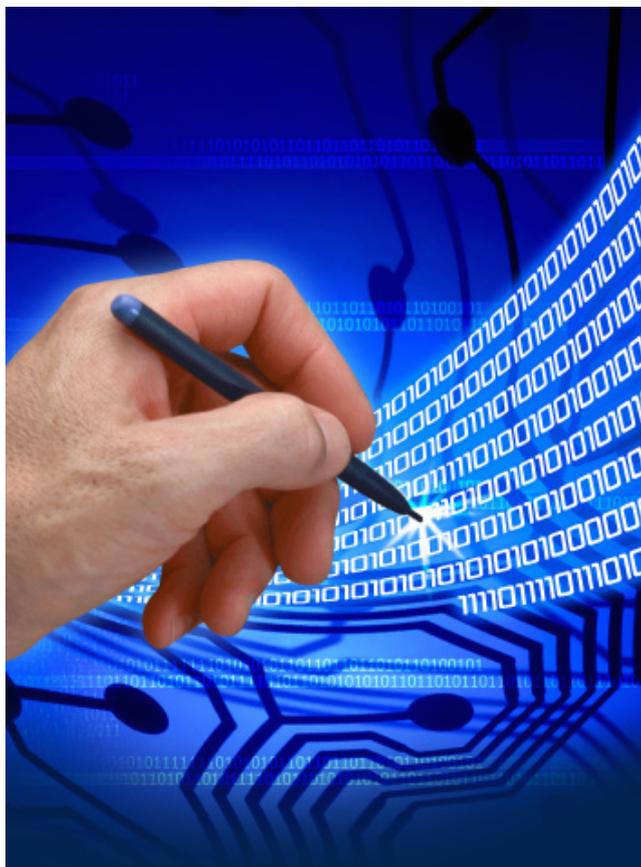


TV-TST-faz um balanço da audiência pública sobre terceirização

Os vídeos podem ser consultados por meio da página:

http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/home

Todos os direitos reservados à - SECOM - TST



Envie sua contribuição (artigos, sentenças ou acórdãos) para
o e-mail escolajudicial@trt9.jus.br