

A C Ó R D ã O
(4.ª Turma)
GMMAC/r3/wm/mri

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. A decisão do Regional, calcada na culpa *in vigilando* do ente público, coaduna-se com o entendimento consagrado na Súmula n.º 331, IV, do TST, balizada pelo recente entendimento dado pelo STF (ADC N.º 16) à matéria tratada no referido verbete. Diante quadro fático delineado no acórdão regional, não há razão para reforma da decisão agravada, firmada com espeque no art. 896, § 4.º, da CLT e na Súmula n.º 333 do TST. **Agravo improvido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º **TST-Ag-AIRR-94-95.2010.5.10.0000**, em que é Agravante **UNIÃO (PGU)** e são Agravados **ANTÔNIO LUÍS COUTO FIGUEIREDO** e **PONTAL SEGURANÇA LTDA.**

R E L A T Ó R I O

Contra a decisão monocrática do Exmo. Ministro Presidente do TST que negou provimento a Agravo de Instrumento, a União interpõe Agravo pretendendo a reforma da decisão a fim de ver processada sua Revista.

A Procuradoria-Geral do Trabalho, em sessão, opinou pelo conhecimento e provimento do Agravo de Instrumento.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

PROCESSO Nº TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **conheço** do Apelo.

II - MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - CULPA IN VIGILANDO

A decisão do eminente Ministro Presidente desta Corte encontra-se calcada nos fundamentos seguintes, *in verbis*:

“Responsabilidade subsidiária de ente público

Na inicial, requer o Reclamante a responsabilidade da primeira Reclamada para o pagamento das verbas pleiteadas e a responsabilidade subsidiária da União, tomadora de serviços. O Juízo originário julgou procedentes os pedidos e condenou a primeira Reclamada ao pagamento dos pedidos pretendidos, mas afastou a responsabilidade da União. Pelo meio ora visado, objetiva o Reclamante que seja reconhecida a responsabilidade subsidiária da União. Resta evidente que a hipótese dos autos trata de reclamatória ajuizada em desfavor de prestadoras de serviços e de órgão da administração pública (Tribunal Regional Eleitoral de Tocantins), tomador de serviços. Assim sendo é perfeitamente aplicável o inciso IV da Súmula 331 do TST, *in verbis*:

‘331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256. (...) 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 n. 8.666/93). (Alterado pela Res. N. 96, de 11/9/00, DJ 19/9/00).’

Pelo verbete sumular supracitado, o TST sedimentou entendimento de que, em caso de não cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de mão-de-obra, subsistirá a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, inclusive se ente integrante da administração pública.

PROCESSO Nº TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

O escopo de tal verbete é garantir o crédito trabalhista do hipossuficiente, em situações tais em que restar inadimplente o real empregador.

Em sendo a União, tomadora de mão-de-obra do Reclamante, a beneficiária dos serviços prestados, esta não se eximirá da responsabilidade do pagamento dos créditos do Reclamante decorrentes do vínculo de emprego com o prestador de serviços.

A responsabilidade subsidiária atribuída à UNIÃO decorre da culpa in eligendo, visto que caberia a esta ter sido cautelosa na escolha de sua contratada no que toca à idoneidade econômico-financeira ou na ocorrência de fraude aos direitos do empregado.

Assinale-se que a responsabilidade subsidiária, diferentemente da solidária - que não se presume, decorre de lei ou de acordo de vontades (art. 265 do CCB) - contém o benefício de ordem, que se traduz na possibilidade de exigir as obrigações trabalhistas da tomadora dos serviços, somente depois de verificado o inadimplemento destas ou em caso de inidoneidade financeira do prestador de mão-de-obra.

Por outro lado, não se pode entender que o comando normativo do art. 71 da Lei n. 8.666, de 21/6/93, de Licitações e Contratos, exige a administração pública da responsabilidade subsidiária pelo não cumprimento dos encargos trabalhistas quando houver inadimplemento do empregador. O aludido artigo visa a impedir a administração pública da responsabilidade principal do contrato, não permitindo a existência de vínculo de emprego de empregados de empresa interposta com órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, em desobediência ao princípio concursivo, previsto no art. 37 da Constituição.

O inadimplemento do contrato, de que alude o dispositivo legal invocado, leva à responsabilidade subsidiária da contratante, em face da culpa *in vigilando* (por parte do ente público que tem por dever fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa prestadora dos serviços e o empregado) e culpa in eligendo (porque caberia ao órgão da administração pública ter sido mais cauteloso na escolha de seu contratante no que toca à sua idoneidade econômico-financeira), conforme mencionado anteriormente.

Acerca do reconhecimento da responsabilidade objetiva da União, há de registrar-se ab initio que dentre as Teorias Publicistas está a teoria do risco, como supedâneo para a responsabilidade objetiva do Estado. Entende-se por esta teoria o dever de o Estado indenizar o prejudicado, visto que a sua atuação envolve um risco de dano. Segundo Helly Lopes Meirelles, duas são as modalidades que decorrem da aludida teoria, quais sejam: a do risco administrativo e a do risco integral, a primeira diferindo da segunda, porquanto admitidas as causas excludentes da responsabilidade do Estado, tais como: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.

Vale frisar que a presente tese tem como base a responsabilidade subsidiária da União (contratante) em razão da culpa in vigilando e in

PROCESSO N° TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

eligendo, não pretendendo qualquer pronunciamento sobre a aplicação da teoria do risco integral, como pretende induzir a Recorrente. Não restou demonstrado nos autos o alegado evento imprevisível a elidir a responsabilidade da administração pública.

Os seguintes arestos espelham a matéria:

‘RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTIDADE PÚBLICA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. O sistema da terceirização de mão de obra em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isto evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem, mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. Os arts. 27 a 67, da Lei 8.666/93, asseguram à administração pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa ‘in eligendo’ e ‘in vigilando’ da Administração pública. E, considerando o disposto no § 6.º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o 2.º do art. 71 da 8.666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpa ‘in eligendo’ e ‘in vigilando’ na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isto a conclusão no sentido de que o § 1.º do art. 71 da Lei n.º 8666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômico-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado n.º 331 do TST explicitado que "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 n.º

PROCESSO N° TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

8666/93)'. (ERR - 353430/97, Relator: Min. Vantuil Abdala, DJ 2/2/2001).

‘ILEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’ DA PETROBRAS - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O art. 71 da Lei n.º 8666/93 tem em mira exonerar a administração pública da responsabilidade principal ou primária, atribuída ao contratado, afastando a possibilidade de vinculação de emprego em desacordo com o art. 37 da Lei Maior. Não a exime, contudo, da responsabilidade subsidiária. O referido dispositivo legal, em verdade, ao isentar a Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, levou em conta a situação de normalidade e regularidade de procedimento do contratado e do próprio órgão público contratante. Assim sendo, posterior inadimplemento do contratado deve conduzir à responsabilidade subsidiária da contratante, em decorrência mesmo de culpa ‘in vigilando’. Admitir-se o contrário - como enfatiza recentemente decisão do Pleno desta Corte, por conduto de voto do eminente Ministro Moura França - "seria menosprezar todo o arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica’. (RR-632145/2000, Rel: Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 28/6/2002).

‘RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - EMPRESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. Sob o pálio dos princípios constitucionais e dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, a saber: dignidade da pessoa humana e de respeito aos valores sociais do trabalho erigiu-se a Súmula n.º 331 desta C. Corte, que atribuiu responsabilidade subsidiária ao Estado, mesmo na hipótese de licitação de prestação de serviços, uma vez verificada a inadimplência do empregador’. (RR-499730, Rel: Juiz Convocado José Pedro de Camargo, DJ 10/5/2002).

Nesse contexto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença a quo, no sentido de reconhecer a responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada (União) ao pagamento das verbas deferidas. **CONCLUSÃO** Pelo

PROCESSO N° TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

exposto, conheço do recurso do Reclamante e, no mérito, dou-lhe provimento para reconhecer a responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada (União) ao pagamento das verbas deferidas, nos termos da fundamentação.”

A União sustenta que o Recurso de Revista interposto enquadra-se nas hipóteses previstas no art. 896 da CLT. Afirma que os serviços terceirizados foram contratados de conformidade com a Lei Federal n.º 8.666/93, que trata das licitações e dos contratos administrativos, constituindo-se em atividade-meio da Recorrente. Aduz que a aplicação da Súmula 331, IV, do TST, no caso dos autos, importa em declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 em desacordo com a Súmula Vinculante n.º 10 e art. 97 da CF. Aponta, ainda, violação dos artigos 37, § 6.º, da CF e 66 da Lei n.º 8.666/93.

Sem razão.

O acórdão regional consignou que a falha do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada caracteriza culpa *in vigilando*, sendo motivo determinante à condenação subsidiária do ente público.

É entendimento desta Corte que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo que o contratante seja órgão integrante da Administração Pública, *in verbis*:

“SÚMULA N.º 331. 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, 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 n.º 8666/93).”

PROCESSO N° TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

Em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), o Supremo Tribunal Federal, apesar de declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, entendeu que a aplicação do entendimento sufragado no verbete acima é perfeitamente possível nos casos em que se constata a culpa *in vigilando*, isto é, a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos encargos sociais, gera a responsabilidade do ente contratante.

Diante desse posicionamento, para que a Administração Pública possa ser responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento dos encargos trabalhistas advindos da inadimplência da empregadora, faz-se necessário a comprovação de que o ente público omitiu-se quanto ao seu dever legal de fiscalização do cumprimento das referidas obrigações, devidas aos empregados da empresa contratada.

Ora, essa situação ficou caracterizada na hipótese dos autos, tendo o acórdão regional acima transcrito consignado que houve inobservância, por parte da Administração Pública, do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços (art. 67 da Lei n.º 8.666/93).

Logo, a decisão do Regional, calcada na culpa *in vigilando* do ente público, coaduna-se com o entendimento consagrado na Súmula n.º 331, IV, do TST, balizada pelo recente entendimento dado pelo STF (ADC N.º 16) à matéria tratada no referido verbete.

Ressalte-se que a desconstituição da conclusão do Regional acerca da existência da culpa *in vigilando* do ente público, no caso concreto, desafia o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Procedimento inviável nesta senda extraordinária, conforme os termos da Súmula n.º 126 desta Corte.

Em relação ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8666/93, é importante destacar que esta Corte, em sessão do Tribunal Pleno, entendeu que, não obstante esse comando normativo contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento de encargos trabalhistas, entre outros, resultantes da execução de contrato, há de ser ele interpretado em harmonia com outros princípios constitucionais como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, concluindo pela

PROCESSO N° TST-AIRR-94-95.2010.5.10.0000 - FASE ATUAL: Ag

responsabilização do ente público, como dá conta a atual redação do item IV da Súmula 331.

Dessarte, conforme se verifica da Súmula acima transcrita, o entendimento desta Corte Superior veio apenas a dar interpretação conforme a Constituição Federal aos termos do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/1993, não o declarando inconstitucional ou afastando a sua aplicabilidade.

Com efeito, a aplicação da Súmula n.º 331, IV, desta Corte, não macula o art. 97 da Constituição Federal, tampouco a Súmula Vinculante n.º 10, sobretudo porque as Súmulas do TST são editadas pelo Tribunal Pleno, nos exatos termos do art. 70 do RITST. Logo, não fulminaria de nulidade a decisão da Turma que utilizasse a Súmula 331, IV, do TST, como base para a sua fundamentação.

Ante os fundamentos desta decisão, afasta-se qualquer argumento de violação do art. 37, § 6.º, da CF.

Portanto, afastada a violação dos preceitos constitucionais indicados e estando o acórdão regional em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, não há razão para reforma da decisão agravada, firmada nos termos da Súmula n.º 333 do TST e do art. 896, § 4.º, da CLT.

Ante o exposto nego provimento ao Agravo

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao Agravo.

Brasília, 13 de abril de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

MARIA DE ASSIS CALSING

Ministra Relatora