PROCESSO Nº TST-AIRR-104000-40.2011.5.21.0007

A C Ó R D Ã O
(4.ª Turma)
GMMAC/r3/lpd/g/ri

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONVÊNIO COM ENTIDADE FILANTRÓPICA. CULPA "IN VIGILANDO". CONFIGURAÇÃO. É irrelevante a alegação de que, por se tratar de celebração de convênio entre os Reclamados, e não de contrato de prestação de serviços, estaria afastada a responsabilidade subsidiária, porque, segundo a jurisprudência desta Corte, cabe a responsabilidade subsidiária quanto aos convênios celebrados pelos entes públicos. Precedentes. De acordo com a nova redação conferida à Súmula n.º 331 do TST, os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada ação e omissão culposa no cumprimento das obrigações legais e contratuais; a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Tendo o Regional identificado expressamente que o Reclamado foi omisso quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da Prestadora de Serviços, incorrendo em culpa "in vigilando", há de se reconhecer que a decisão regional está de acordo com a atual e iterativa jurisprudência desta Corte, aplicando-se o óbice do art. 896, § 4.º, da CLT. **Agravo de Instrumento não provido.**

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º **TST-AIRR-104000-40.2011.5.21.0007**, em que é Agravante **ESTADO DO RIO**

Firmado por assinatura eletrônica em 28/11/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.

PROCESSO N° TST-AIRR-104000-40.2011.5.21.0007

GRANDE DO NORTE e são Agravados **MARIA JOSÉ DA SILVA** e **MOVIMENTO DE INTEGRAÇÃO E ORIENTAÇÃO SOCIAL - MEIOS.**

R E L A T Ó R I O

Inconformado com o teor do despacho, a fls. 334/335, o qual denegou seguimento ao Recurso de Revista com fundamento na Súmula n.° 333 do TST, interpõe o segundo Reclamado Agravo de Instrumento a fls. 208/217, a fim de ver processado seu Recurso.

A Reclamante apresentou contraminuta ao Agravo de Instrumento, em conjunto com as contrarrazões ao Recurso de Revista, a fls. a fls. 359/365.

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Agravo de Instrumento, pois preenchidos os seus pressupostos extrínsecos.

MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO

O Regional negou provimento ao Recurso Ordinário do segundo Reclamado, quanto à responsabilidade subsidiária que lhe fora imposta, aos seguintes fundamentos (a fls. 272/287):

> "O tema tratado na ação envolve os efeitos do convênio firmado entre o Estado do Rio Grande do Norte e o MEIOS.
>
> Nos autos, há convênio firmado entre o Estado e a organização não governamental, constando na cláusula primeira (fl. 92) que o convênio tem como objetivo o projeto 'Apoio Financeiro ao Projeto de Restaurantes Populares e Café do Trabalhador, para Execução do objeto pactuado, em que

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

os partícipes obrigam-se a cumprir fielmente o plano de trabalho constante dos anexos apresentados pela convenente e aprovado pela concedente. Conforme anexo I (fl. 98). Na contestação, o MEIOS qualificou-se como pessoa jurídica de direito privado, dependente integralmente de recursos firmados com o Governo do Estado do RN.

Vislumbra-se, portanto, a existência de convênio e, por meio dele, a terceirização de serviços, que é o 'fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação juslaboralista que lhe seria correspondente', nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho, LTr, 5.ª Edição, pág. 428).

As novas modalidades das relações entre empresas não ficaram restritas a elas, seguindo para ter pertinência no terceiro setor. Daí que, em ambas as esferas, ocorreram alterações nas relações trabalhistas, entre elas as relativas ao destinatário direto da prestação de serviços. Na terceirização, o trabalhador no processo produtivo ou na atividade realizada pelo tomador de serviços sem que a ele sejam estendidos os laços justrabalhistas, que permanecem com a entidade interveniente. Forma-se uma relação trilateral em que o trabalhador, como prestador de serviços, realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que o contrata e é sua empregadora; e a empresa tomadora de serviços recebe a prestação de labor, sem ter a posição de empregadora.

A reclamante afirmou, na inicial, ter celebrado contrato de trabalho com a Reclamada, nos períodos ali apontados, para exercer a função de auxiliar de educadora.

É incontroversa nos autos a realização de convênio pactuado pelos reclamados, sobretudo por seu reconhecimento pelas reclamadas em contestação; tal instrumento, sobreleva a circunstância de, por meio dele, ter-se operado espécime de terceirização.

A realização desse convênio, segundo o Recorrente, visou à execução de projetos como do restaurante popular e creches, como forma de cooperar com o poder público em busca de benefícios para a sociedade.

Em razão da 'questão social' causada pela suspensão do repasse pelo Estado e a consequente demissão em massa dos trabalhadores contratados é que busquei debruçar-me melhor sobre o tema de forma a dirimir a questão de forma Justa, pautada na Justiça social.

Primeiro se diga que há semelhanças e diferenças entre Convênio e Contrato administrativo. Esses instrumentos trazem em si três aspectos essenciais, todos relacionados aos interesses entre as partes: Primeiro, no convênio os interesses entre os partícipes são comuns e recíprocos, já no contrato os interesses não coincidem, ou seja, são opostos, na medida em que um quer a prestação e o outro almeja a contraprestação (valor), sendo esta a principal diferença. No convênio existe uma mútua colaboração, mas jamais se cogita de preço e remuneração, sendo que esta última é essencial para o contrato; e no convênio é possível que o partícipe se desvincule a qualquer tempo, sem qualquer sanção, o que não ocorre na contratação, que é uma

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

obrigação do contratado, o qual poderá receber sérias sanções na hipótese de rescisão.

Nessa altura, deve ser salientado que o Estado não tem o direito de usar seres humanos como peças descartáveis do sistema, cidadãos comuns cuja fonte de renda é só uma. Basta isso, para o Estado se responsabilizar pelo objeto do contrato, ou talvez, sua matéria prima, na expressão exata do termo, sim porque os ser humano não é um simples objeto que pode ser suspenso pelo Governante de expediente.

Para melhor compreensão do assunto, acrescenta-se que face ao conteúdo do art. 116 a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 8.666/93), aplica-se também aos convênios, *verbis*:

.....

Abstraídas as críticas, a lei prevê a possibilidade de denunciação, rescisão ou extinção do convênio, mas e o dinheiro do repasse? Onde está?

Pela Lei, **obrigatoriament**e, deve estar em **caderneta de poupança** (§ 4.º do art. 116) e se está em caderneta de poupança deve ser destinado a pagar os trabalhadores que emprestaram sua força de trabalho em benefício do Estado. É notório pelos meios de comunicações do Estado que esse pessoal que - do dia para noite - perderam seus empregos e não receberam sequer as verbas rescisórias devem ser imediatamente ressarcidos.

Ora, os convênios são firmados para atender interesses comuns do convenente e do concedente, interesses esses que durante a execução do plano de trabalho poderão demandar ajustes, de forma que o objeto previsto seja cumprido da maneira mais eficiente possível. Assim como ocorre nos contratos administrativos, muitas vezes situações imponderáveis ou não previsíveis se apresentam nos convênios, que, se não forem ajustados, poderão comprometer a própria execução do objeto. Para tanto, muitas vezes se faz necessária a realização de acréscimos ou supressões ao inicialmente firmado. Repita-se, é de interesse de ambos os partícipes a busca pelo sucesso do convênio.

Por isso que, em verdade, a responsabilidade do Estado é solidária e não só subsidiária porque esse pessoal existia em função e para execução de sua atividade fim que é o de bem estar social. Essa é uma discussão em que há verdadeira zona cinzenta. Contudo, atenho-me ao pedido.

O fundamento básico da responsabilidade civil é o dano causado ao trabalhador e não adianta culpar governos A ou B porque o governante da vez é responsável político do Estado e portanto deve assumir a responsabilidade legal.

O objeto contratual abrange prestação de serviços amplos e contínuos, o que desfigura a existência de empreitada, afastando qualquer alegação de ser a empresa tomadora dos serviços dona da obra e consequente incidência do artigo 455 da CLT e da Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SBDI-1 do TST.

A analogia a terceirização não é leviana porque o cerne da terceirização é a utilização, por outra pessoa jurídica, que não é a

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

empregadora, dos serviços prestados pelo trabalhador, existindo um vínculo entre os contratantes, ou convenentes para ser mais fiel.

É preciso estar atento às novas modalidades da contratação de serviços, nas quais exsurge tal situação. Tenho me debatido se a intenção moralizadora do constituinte de 1988 em exigir concurso público para ingresso na administração pública tem sido utilizada para precarizar o emprego. É mais fácil empregar pessoas de forma transversa e desrespeitosa a dignidade humana do que fazer valer a Carta Cidadã.

Se fosse levar para o campo estritamente privado, a contratada Meios seria uma empresa de fachada para encobrir verdadeira relação de emprego. A dependência econômica, é a mais delicada das dependências, saliente-se. Assim, uma vez havida a inadimplência das obrigações trabalhistas, tornou inidônea a contratada, logo, o tomador, deve ser responsabilizado subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas.

O dever de indenizar do ente público decorre, também, da previsão expressa no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, que apregoa a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros; trata-se de responsabilidade objetiva que tem guarida no texto constitucional e está calcada no risco administrativo.

Indubitável, portanto, a responsabilidade subsidiária do Estado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas a que foi condenado o MEIOS, em virtude do convênio firmado entre si e o Poder Público. Neste sentido, tem decidido o TST, conforme ementa de acórdão adiante transcrito, *verbis*:

.....

Acresça-se a isso que, não houve mero inadimplemento por parte da Reclamada principal, mas sim falta de cumprimento de obrigações trabalhistas estabelecidas em Lei, em detrimento de inúmeros trabalhadores, o que acabou por gerar diversas reclamações trabalhistas. Com efeito, a inclusão das verbas trabalhistas, no alcance da responsabilidade do tomador de serviço, decorre do fato de que a responsabilização não comporta distinção entre as verbas reconhecidas ao empregado, haja vista que ela tem por origem o convênio entre tomador e prestador de serviços e a inadimplência deste. Nessa perspectiva, a abrangência da responsabilidade do tomador dos serviços leva a que ele responda subsidiariamente por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, nos termos da Súmula n.º 331, item VI (acrescentado em maio de 2011), do C. TST.

Tem-se, portanto, ante o inovador mecanismo da terceirização que modificou a relação direta de trabalho, introduzindo, nela, o destinatário dos serviços como pessoa distinta do empregador, o imperativo de carrear a responsabilidade àquele que obteve o proveito, e assim, conduzir à efetividade dos preceitos legais e constitucionais de proteção ao trabalhador.

De mais a mais, o reconhecimento da responsabilidade do Estado como tomador de serviços, sem esforço, sobressai o respeito as normas

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

constitucionais como o ápice, e nelas há o expresso prestígio do trabalho e da atividade privada, encimadas pela regra da função social do contrato, da qual decorre que todos os que se vinculam ao contrato estão igualmente vinculados aos seus efeitos e, portanto, às obrigações que dele surgem. Deve-se observar a distinção entre a responsabilidade pela prestação contratual resultante da licitação e consequente assunção direta das obrigações pelo empregador e a assunção pelo tomador, de forma subsidiária ou complementar, ou de reforço, das obrigações inadimplidas.

Deve ser ressaltado também, que o ente público não comprovou a efetiva fiscalização do contrato, ônus que lhe cabe, pelo princípio da aptidão para a prova, conforme determina o caput do artigo 67 e § 1.º da Lei 8.666/93 *in verbis*:

.....

Portanto, trata-se da situação em que se configura a responsabilidade subsidiária do Estado, por sua conduta culposa no cumprimento das obrigações impostas pela Lei n.º 8.666/1993, nos moldes da Súmula 331, V, do TST, na qual, ademais, interpreta-se a Lei de licitações, segundo os fundamentos do Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais de proteção ao trabalhador, norteadores do Direito do Trabalho. Com efeito, cabia ao Estado a diligência devida no sentido de fiscalizar o contrato e se havia nele desvios de finalidade, também solicitar, à empresa contratada documentação relativa à comprovação do adimplemento de suas obrigações trabalhistas, inclusive as contribuições sociais de seus empregados, no entanto, manteve-se inerte. Percebe-se, pois, que a litisconsorte recorrente detinha meios de acompanhar a realização das metas a serem alcançadas no convênio e se de fato havia o fim social destinado, mas não o fez, como não o está fazendo ora, despedindo, sem critérios, empregados e deixando pais de família sem emprego e sem condições de alimentarem seus filhos. Não é esse o Estado que quer.

Também, não há cogitar de qualquer violação do disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal, porquanto, a ofensa aos direitos trabalhistas dos reclamantes operou-se em face de relação empregatícia com a prestadora de serviços, sobre a qual a tomadora tinha, por força de disposições contratuais e legais, o dever de fiscalizar e coibir as infrações e inadimplementos contratuais, sob pena de responder pelas consequências decorrentes de sua omissão, afinal o Estado recorrente foi o maior beneficiário dos serviços prestados pelos trabalhadores espoliados em seus direitos.

Ressalta-se, que o sistema jurídico deve ser compreendido como uma rede hierarquizada de normas e valores jurídicos, cuja função é dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. E mais. O princípio da proteção do trabalhador e a teoria do risco fundamentam a aplicação da responsabilidade, no sentido de não deixar o empregado sem a contraprestação pela força de trabalho despendida. O Estado foi o beneficiário direto do serviço prestado, o que lhe atraiu a responsabilidade obrigacional como garantia patrimonial indireta, cujos efeitos exsurgem apenas quando, no processo, se constatar a

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

inadimplência da empregadora; é o entendimento sobre a responsabilidade subsidiária.

Por outra, não se olvida de recentemente decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16/DF, que entendeu pela constitucionalidade do § 1.º do art. 71 da Lei n.º 8.666/1993 (Lei de Licitações), todavia, este não é o debate na Justiça do Trabalho, pois a constitucionalidade do dispositivo não é questionada.

Como asseverado pelo Relator da ADC, ministro Cezar Peluso, a Justiça Laboral aplica outros princípios constitucionais para considerar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, como já demonstrado retro.

Portanto, o STF não questionou a validade do inciso IV da Súmula 331 do TST, mas sim sua aplicação indiscriminada, uma vez que o mero inadimplemento não causaria a responsabilização da tomadora.

Como ressaltado alhures, não houve mero inadimplemento por parte da Reclamada principal, mas sim falta de cumprimento de obrigações trabalhistas estabelecidas em Lei, em detrimento dos trabalhadores, operando o descumprimento de direitos garantidos constitucionalmente.

Com efeito, a inclusão das verbas trabalhistas, no alcance da responsabilidade do tomador de serviço, decorre do fato de que a responsabilização não comporta distinção entre as verbas reconhecidas ao empregado, haja vista que ela tem por origem o contrato entre tomador e prestador de serviços e a inadimplência deste. Nessa perspectiva, a abrangência da responsabilidade do tomador dos serviços leva a que ele responda subsidiariamente por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, nos termos da Súmula n.º 331, item VI (acrescentado em maio de 2011), do C. TST.

Ressalta-se por fim, que a qualidade de responsável subsidiária pelo débito trabalhista é abrangente de todas as obrigações que não foram adimplidas pelo empregador, pois não tem em vista a relação empregatícia, em si, mas o vínculo entre as empresas. A esse respeito, o TST editou o item VI de sua Súmula 331, que se transcreve: VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Assim não há de se falar em afastamento da condenação subsidiária da litisconsorte."

Inconformado, o segundo Reclamado argumenta, em suas razões de Recurso de Revista, que firmou tão somente contrato de cooperação com a Organização não governamental "Movimento de Integração e Orientação Social (MEIOS)", entidade sem fins lucrativos, para execução de três projetos de sua autoria (Restaurante Popular, Café do Trabalhador e Unidade Produtiva de Pães), obedecendo a critérios estabelecidos na Lei de Licitações, de acordo com o art. 116 da Lei n.° 8.666/93, não

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

ensejando a aplicação da Súmula n.° 331, IV, do TST. Ressalta que a prerrogativa da fiscalização diz respeito tão somente à execução dos contratos administrativos, motivo pelo qual não há falar em culpa *in vigilando*. Aponta violação dos arts. 37, *caput*, II,e § 6.°, e 102, § 2.°, da Constituição Federal; 818 da CLT; 333, I, do CPC; 43, V, 50, 55, XIII, 58, III, 67, § 1.°, 68, 69 71, § 1.°, da Lei n.° 8.666/93; além de contrariedade à Súmula n.° 331, IV, do TST. Transcreve arestos para configurar divergência de julgados.

Nas razões de Agravo de Instrumento, renova os argumentos expendidos no Recurso de Revista tão somente quanto às alegações de violação de dispositivos legal e constitucional, sem fazer nenhuma referência à divergência jurisprudencial colacionada no Recurso de Revista, motivo pelo qual essa não será apreciada.

Não lhe assiste razão.

É irrelevante a alegação de que, por se tratar de celebração de convênio entre os Reclamados, e não de contrato de prestação de serviços, estaria afastada a responsabilidade subsidiária, porque, segundo a jurisprudência desta Corte, cabe a responsabilidade subsidiária quanto aos convênios celebrados pelos entes públicos, conforme precedentes a seguir transcritos:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONVÊNIO FIRMADO. PROGRAMAS DE ALFABETIZAÇÃO. ADC N.º 16 DO STF. CULPA *IN VIGILANDO*. A celebração de convênio de prestação de serviços na área de educação, em razão de interesse comum às partes, implica a responsabilização da Administração Pública pelas consequências jurídicas dele decorrentes, devendo, pois, a autarquia 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 vigilando*, nos exatos termos do entendimento consagrado pela Súmula n.º 331, V, do TST. Não há como se afastar a responsabilidade subsidiária do ente Público que assume o risco de responder por subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na Lei de Licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

omissão. Precedentes da SDI-1. Agravo de Instrumento não provido." (AIRR - 59700-67.2009.5.20.0014, Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, 8.ª Turma, DEJT: 10/6/2011.)

"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. 7.º 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 descumpre 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, delineia 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." (TST - E-RR - 309300-67.2005.5.12.0004, Data de Julgamento: 23/9/2010, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 1.º/10/2010.)

"RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. É entendimento pacífico desta Corte Superior aquele segundo o qual a circunstância de ter sido celebrado convênio - e não contrato de prestação de serviços - entre o ente público e a empregadora do Reclamante não exclui a aplicação da Súmula n.º 331, IV, uma vez comprovado que aquele foi o beneficiário da mão de obra do trabalhador, como ocorreu na espécie. DEPÓSITOS DO FGTS. SÚMULA N.º 363 DO TST. O entendimento consubstanciado na Súmula n.º 363 do TST refere-se aos recolhimentos do Fundo de Garantia de todo o período contratual, bem como

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

não faz nenhuma distinção entre a ocorrência ou não dos depósitos do FGTS durante a relação, não havendo de se falar em contrariedade ao aludido verbete sumular. [...].” (TST: RR - 29300-55.2009.5.10.0012, Data de Julgamento: 8/9/2010, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, 4.ª Turma, DEJT 16/9/2010.)

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - LEGALIDADE DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E ENTIDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS - PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA DO MUNICÍPIO - SÚMULA 331, IV, DO TST - APLICABILIDADE. 1. Os convênios são instrumentos celebrados entre entidades e órgãos estatais de espécies diferentes ou entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas, para realização de objetivos de interesse comum entre as partes celebrantes e sem previsão de obrigações recíprocas, sendo certo que a manutenção de creches por parte do poder público, em parceria com entidade de direito privado, apenas garante efetividade às normas contidas nos arts. 7.º, XXV, e 208, IV, da CF, que preveem esse benefício aos trabalhadores e à população em geral. Distinguem-se dos contratos de prestação de serviços, pois os objetivos destes são diversos e opostos entre os participantes. 2. Sendo incontroversa a celebração de convênio entre os Reclamados, e não contrato de prestação de serviços, visando a interesses convergentes, que consistem no desenvolvimento de atividades destinadas à execução de Programa de Saúde de Família do Município, com amparo na Lei 8.666/93 (art. 116), conclui-se que é inaplicável na espécie a diretriz da súmula supramencionada. 3. No entanto, entende esta Turma, seguindo a atual e dominante posição da SBDI-1 desta Corte, que, na maior parte dos casos, os convênios são firmados sem critérios de escolha das entidades prestadoras de serviços, nem realização de processo licitatório para se aferir a melhor proposta para a Administração Pública, de forma que são escolhidas prestadoras de serviços (associações, fundações ou sociedades, por exemplo) que nem sempre têm estrutura ou condições de prestá-los satisfatoriamente, e acabam por deixar os trabalhadores desamparados quanto aos direitos trabalhistas, razão pela qual deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do Município. Ademais, ao chancelar a tese de que é inaplicável a diretriz da Súmula 331, IV, do TST nesses casos, haveria um estímulo à realização dessa forma de contratação, permitindo a ocorrência de fraude à legislação trabalhista. Agravo de instrumento desprovido.” (TST - AIRR - 136940-55.2006.5.01.0471, Relatora: Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 7.ª Turma, DEJT 10/12/2010.)

Nesse sentido, verifica-se que seria cabível o reconhecimento de responsabilidade subsidiária do Estado, que celebra convênio com entidade filantrópica, a qual venha a descumprir suas obrigações trabalhistas.

Firmado por assinatura eletrônica em 28/11/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

Fixada tal premissa, verifica-se que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público não se contrapõe aos termos do art. 71 da Lei n.° 8.666/93, devendo ser considerada a existência de culpa *in vigilando*, identificada pelo Regional, sendo certo que o reconhecimento da referida responsabilidade termina por afastar qualquer possibilidade de violação dos termos do *caput* do referido artigo.

Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.°, da Lei n.° 8.666/93, asseverou que, constatada a culpa *in vigilando*, isto é, a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos encargos sociais por empresas contratadas, gera-se a responsabilidade do ente público.

Por outro lado, há de se considerar que a decisão do Regional acerca da responsabilidade subsidiária encontra-se em perfeita consonância com os termos da Súmula n.° 331 do TST, que recebeu nova redação quanto às questões relativas à responsabilidade subsidiária, nos seguintes termos:

> "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 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. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
>
> VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação, referentes ao período da prestação laboral."

Registre-se que o acréscimo do item V da referida súmula veio a confirmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.

como já registrado, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei n.° 8.666/93, ressaltou a necessidade de o ente público efetivamente fiscalizar o cumprimento das obrigações legais e contratuais por parte da prestadora de serviços, devendo ser considerada a existência de culpa *in vigilando*, nos casos em que se trata da responsabilidade subsidiária de entes públicos.

Verifica-se que o Regional registrou: "Deve ser ressaltado também, que o ente público não comprovou a efetiva fiscalização do contrato, ônus que lhe cabe, pelo princípio da aptidão para a prova, conforme determina o *caput* do artigo 67 e § 1.° da Lei 8.666/93. (...) Com efeito, cabia ao Estado a diligência devida no sentido de fiscalizar o contrato e se havia nele desvios de finalidade, também solicitar, à empresa contratada documentação relativa à comprovação do adimplemento de suas obrigações trabalhistas, inclusive as contribuições sociais de seus empregados, no entanto, manteve-se inerte".

Assim, tendo o Regional identificado expressamente que o Agravante foi omisso quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da Prestadora de Serviços prevista no art. 67 da Lei n.° 8.666/93, deve ser mantido o despacho agravado, que aplicou os óbices da Súmula n.° 333 do TST e do art. 896, § 4.°, da CLT.

Diante do exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Agravo de Instrumento, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 28 de Novembro de 2012.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)
MARIA DE ASSIS CALSING
Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10005CC42F831CCCF2.