



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMJRP/lf

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N° 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 N° 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 N° 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC N° 16-DF. SÚMULA N° 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

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 n° 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n° 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n° 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



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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, 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. 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

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10006DCC3A89FAE9BD.



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

de trabalho em seu benefício. 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, fls. 14 e 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**". Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. O Tribunal Regional consignou que "a



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

responsabilidade do tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos do trabalhador empregado de empresa terceirizada decorre da sua culpa *in vigilando*, diante do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da relação de trabalho da qual foi beneficiário direto”.

Agravo de instrumento **desprovido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006**, em que é Agravante **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** e são Agravados **LEANDRO VLADIMIR DA SILVA e FORÇA ESPECIAL DE SEGURANÇA LTDA**.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra o despacho da Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, às págs. 347-349, que denegou seguimento ao seu recurso de revista.

Na minuta de agravo, às págs. 353-357, o agravante sustenta, em síntese, que o despacho denegatório merece reforma, pois o apelo revisional preenche as condições de admissibilidade.

Contraminuta e contrarrazões do reclamante às págs. 373-378 e 381-385, respectivamente.

O Ministério Público do Trabalho oficia pelo prosseguimento do feito, ressaltando eventual pedido de intervenção por ocasião do julgamento da causa.

É o relatório.

V O T O

A Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do despacho às págs. 347-349, denegou seguimento ao recurso de revista do Estado do Rio Grande do Sul. Estes são os fundamentos da decisão:

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

Tempestivo o recurso.

Regular a representação processual - OJ 52/SDI-I/TST.

Isento de preparo - art. 790-A da CLT e DL 779/69.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/SUBSIDIÁRIA /
TOMADOR DE SERVIÇOS/TERCEIRIZAÇÃO / ENTE
PÚBLICO.**

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula Vinculante 10/STF.

- violação dos arts. 22, XXVII c/c 48, 37, "caput", 97, entre outros da CF.

- violação dos arts. 265 do CC; 70 e 71, §1º, da Lei 8.666/93, entre outros.

- divergência jurisprudencial.

A Turma manteve a declaração da responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, Estado do Rio Grande do Sul, tomador de serviços, pelos créditos trabalhistas reconhecidos ao autor, conforme fundamentos sintetizados na ementa: "RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A atribuição de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos decorrentes do contrato de trabalho de que foi beneficiário decorre da presença de culpa in vigilando, pois se trata de responsabilidade extracontratual com origem na inadimplência da empresa prestadora de serviços. Hipótese em que o ente público não comprovou ter fiscalizado a execução do contrato mantido com a prestadora, estando caracterizada culpa in vigilando." (Relator: Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa).

Possível o enfrentamento da alegação de contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF, pois o advento da súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio é posterior à redação do artigo 896 da CLT, além do que os termos da Lei 11.417/2006 aplicam-se a todas as decisões judiciais, conceito que sem dúvida abrange o despacho de admissibilidade de recurso de revista. Todavia, entendo por ora inviável o recebimento do recurso por tal fundamento, na linha do decidido pela SDI-I do TST no sentido de que "a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, bem como a explicitação do alcance da Súmula 331, IV, do TST pelo Supremo Tribunal Federal, (...) culmina, em última análise, por pacificar eventual discussão acerca da reserva de plenário (art. 97 da Carta Política e Súmula Vinculante 10/STF)" (RR - 69400-77.2009.5.03.0002 - Fase



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

Atual: Ag-E, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT 01/04/2011).

Ressalto, por oportuno, que a mesma SDI-I daquela Corte, também posteriormente ao julgamento da ADC 16 pelo STF, esclareceu que a referida Súmula 331 “não diz respeito à adequação constitucional do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, (...) constitucionalidade de resto reconhecida pelo Pretório excelso, em decisão que remete ao exame casuístico, tendo em vista o dever indeclinável do ente contratante de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora do serviço” (RR - 27100-54.2007.5.15.0126 - Fase Atual: E, Relator: Ministro Horácio Senna Pires, DEJT 18/02/2011), entendimento este, de resto, ratificado pela edição do item V daquela Súmula.

No mesmo sentido é a posição atualmente dominante nas Turmas do TST: AIRR - 65540-47.2001.5.15.0121; AIRR - 140140-41.2008.5.08.020; AIRR - 340740-35.2008.5.12.0050; AIRR - 3694-27.2010.5.10.0000; AIRR - 21740-68.2009.5.14.0071; AIRR - 48540-54.2009.5.23.0081; AIRR - 23040-47.2009.5.03.0079; AIRR - 5544-68.2010.5.01.0000.

De outro norte, ante à constatação da culpa in vigilando do ente público tomador dos serviços, a Turma decidiu em sintonia com a Súmula 331, V, do TST, o que inviabiliza o seguimento do recurso. Por oportuno, transcrevo o aludido verbete: 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 (...) 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. - Grifei.

CONCLUSÃO

Nego seguimento.” (págs. 347-349)



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

Na minuta de agravo, às págs. 353-357, o agravante sustenta que a decisão regional merece reforma, pois não cabe a responsabilidade subsidiária do Estado na hipótese.

Argumenta que a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas é exclusiva da empresa contratada e que a Súmula nº 331 do TST não prevalece sobre os artigos 70 e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Ressalta que o contrato foi celebrado mediante licitação regular e que não houve fraude nem cumplicidade. Diz que não há também culpa *in vigilando*, uma vez que a fiscalização prevista em lei refere-se somente ao objeto do contrato.

Entende que, diante do julgamento da ADC nº 16 pelo STF, que declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a decisão regional desrespeitou a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Alega violação dos artigos 6º, inciso II, 70 e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 5º, inciso II, 21, inciso XXIV, 37, *caput*, e 97 da Constituição Federal, 265 do Código Civil, contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF e à Súmula nº 331 do TST.

O acórdão regional assim se manifestou sobre o tema:

**“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

A sentença reconheceu a responsabilidade subsidiária do recorrente pelas parcelas deferidas ao autor em decorrência do contrato de trabalho mantido com a primeira reclamada.

O recorrente sustenta ter contratado a primeira reclamada por meio de processo licitatório, não lhe podendo ser atribuída responsabilidade subsidiária, mormente quando a obrigação legal é fiscalizar o cumprimento apenas do contrato de prestação de serviços. Aduz que a sentença afronta o disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 e nos arts. 5º, II, 22, XXVII, 37, *caput* e XXI, e 48, da CR, assim como a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Sem razão o recorrente.

O reclamante foi contratado em 24 de dezembro de 2010 pela empresa Força Especial de Segurança, primeira reclamada, para trabalhar como vigilante, tendo se afastado em 23 de abril de 2009, mediante pedido de demissão.



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

É incontroverso que o autor prestou serviços em benefício do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo reclamado, em virtude de contrato de prestação de serviços que este manteve com a primeira reclamada, vigente durante todo o período do contrato de trabalho (fls. 91/105).

A situação retratada nos autos atrai a incidência do disposto no item IV da Súmula nº 331 do TST, na medida em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi beneficiado pelo trabalho prestado pelo reclamante, caracterizando-se como tomador dos serviços.

A responsabilidade do tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos do trabalhador empregado de empresa terceirizada decorre da sua culpa *in vigilando*, diante do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da relação de trabalho da qual foi beneficiário direto.

Não fosse a responsabilização da Administração, tornar-se-ia letra morta a valorização social do trabalho, fundamento da República, restando desamparado o trabalhador, único prejudicado.

Refiro, por oportuno, que o art. 71 da Lei de Licitações - que dispõe que o contratado é o "responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato" - não tem o condão de eximir o ente público de responsabilização, quando o mesmo não exerce o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas, eis que esta, consoante já aludido, decorre de sua culpa *in vigilando* e *in eligendo*. De resto, impende esclarecer que tal entendimento baseia-se na responsabilidade assumida pelo 2ª réu quando celebrou convênio com o primeiro, na forma do art. 186 do Código Civil.

Assim, aplicável à espécie o entendimento contido na Súmula 331, IV do TST, sendo subsidiária a responsabilidade do ente público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Saliento que a adoção da Súmula nº 331 do TST, apenas encerra uma posição jurisprudencial, o que não implica, com isso, afronta a dispositivos legais e constitucionais.

Destaco, ainda, a orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula nº 11 deste TRT:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. A norma do art. 71, parágrafo 1º, da lei nº 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços".

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços alcança toda e qualquer parcela deferida na sentença e que decorra da eficácia da relação jurídica mantida entre o reclamante e a obrigada principal, incluindo-se aí o pagamento das verbas rescisórias, inclusive das multas dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT.

Tanto que a nova redação da Súmula 331, aprovada em 24.05.2011, introduziu o inciso VI, nos seguintes termos: "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação".

A propósito do tema, a Súmula nº 47, deste Tribunal:

MULTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. O tomador de serviços é subsidiariamente responsável pelas multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, inclusive se for ente público.

Por fim, considerando que o contrato de prestação de serviços vigorou por todo o contrato de trabalho e ausente prova de que não tenha o recorrente se beneficiado dos serviços do reclamante na totalidade do período, descabe a limitação pretendida pelo recorrente.

Ante os fundamentos expostos, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos." (págs. 318-321)

No tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas do contratado que lhe forneceu mão de obra terceirizada, é preciso, antes de tudo, estabelecer se, como alega o ente público reclamado, é suficiente para afastar sua condenação como responsável subsidiário por estas obrigações trabalhistas o disposto de forma expressa no *caput* e no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (na redação que lhe deu o artigo 4º da Lei nº 9.032/95), no sentido de que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato administrativo, e sua inadimplência não transfere à Administração Pública a responsabilização por seu pagamento.

Como se sabe, há muito a jurisprudência consolidada desta Corte, por meio do item IV de sua Súmula nº 331 (cuja redação atual Firmado por assinatura digital em 18/04/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

resultou do que se decidiu na Sessão do Tribunal Pleno de 11/09/2000, por ocasião do julgamento unânime do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96), consagrou o entendimento de que, apesar daquele artigo da Lei de Licitações ali expressamente citado, a responsabilidade subsidiária existirá quando houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que o ente público tenha participado da relação processual e, em consequência, tenha sido incluído no título executivo judicial.

No entanto, 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), **de considerar constitucional o referido art. 71 da Lei nº 8.666/93**, de modo a vedar, 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, a Administração Pública contratante continue a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo após regular licitação e nas terceirizações lícitas.

Com efeito, como se extrai da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão (vídeo da sessão plenária do STF, 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 e AMORIM, Helder Santos, "Terceirização - aspectos gerais - a última decisão do STF e a Súmula nº 331 - novos enfoques", LTr 75-03, p. 282-295, esp. p. 291-292), 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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.

Exatamente nesse 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”.

Dando prosseguimento ao debate da questão, 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:



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

“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 deparamos 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 incisivamente exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no 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 reclame-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).



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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, foi ainda mais claro e incisivo 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, realmente considerou 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, atribuísse, 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, ali realmente se considerou que, por força daquele dispositivo da Lei de Licitações atualmente em vigor, o puro e simples inadimplemento das obrigações



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

trabalhistas pelo empregador contratado pelo ente público não enseja a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária, sem que seja verificada a existência, em cada caso concreto, de quaisquer outros elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a existência de culpa específica e comprovada da Administração Pública.

Contudo, naquela mesma decisão, **em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, da Constituição Federal)**, também se decidiu, de forma igualmente 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 que, 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, absolutamente não foi descartado, naquele julgamento - tendo sido, na verdade, expressamente salientado - que continua perfeitamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como este 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 e como lhe era perfeitamente possível, 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

público jamais poderá, automaticamente, ser considerado o devedor principal daqueles trabalhadores.

Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais igualmente 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.

Aplicando-se tudo o que ali ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito contra todos e eficácia vinculante a casos como este, é preciso, antes de mais nada, afirmar que a decisão condenatória em que se atribui responsabilidade subsidiária ao ente público contratante pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empregadora - litisconsorte - prescinde, para sua manutenção, da aplicação da antiga redação do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior, o que ora se afasta, em direto cumprimento do que foi decidido na ADC nº 16-DF.

Como, porém, as súmulas não vinculantes como a ora referida não constituem fontes autônomas de Direito, mas sim mera consolidação do entendimento jurisprudencial predominante do Tribunal que as tenham editado a respeito da interpretação e da aplicação das normas do ordenamento jurídico aplicáveis às lides delas objeto, é forçoso concluir que continua sendo perfeitamente possível examinar o dissídio individual em questão, à luz das normas constitucionais e legais que lhe sejam pertinentes, como se fará a seguir.

Antes disso, contudo, é indispensável repelir enfaticamente a alegação, por vezes utilizada pelos entes públicos demandados em ações trabalhistas como esta, 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 (nova denominação dada pela Lei nº 12.376/2010 à Lei de introdução ao Código Civil brasileiro) e ao art. 8º, *caput, in fine*,



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

da CLT, por pretensamente privilegiar os interesses meramente 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 novamente um custo que já estaria 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, que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados (especialmente no art. 7º da Norma Fundamental em vigor) e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu caráter inquestionavelmente alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias. Por isso mesmo, portanto, devem receber uma tutela jurisdicional diferenciada e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público meramente secundário do ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas (sempre com preservação da possibilidade de se ressarcir plenamente daquele pagamento por meio da correspondente ação regressiva que poderá - e deverá - ajuizar contra o devedor principal por ela contratado).

Exatamente 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 sua sorte. 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 estes 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 dessas obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratada para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

valorização do trabalho assegurados exatamente pela Norma Fundamental de 1988.

Se se entender, como aqui se sustenta expressamente, 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”.

Nesta mesma linha também se pronuncia o Procurador do Trabalho e Professor Helder Santos Amorim (no já citado artigo que elaborou em conjunto com os Professores Márcio Túlio Viana e Gabriela Neves Delgado):

“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.” (Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST – novos enfoques, LTr 75-03/292).



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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, lhe prestar serviços a fim de confirmar se tem ela 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 contratado. O simples exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei n° 8.666/93) permite concluir em sentido afirmativo.

A princípio, os arts. 54, § 1º, e 55, inciso XIII, e 66 da Lei n° 8.666/93 estabelecem, claramente, 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 correspondente 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 conformidade com os termos 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 clara e expressamente impõem à



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi 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, evidentemente, é aplicável à hipótese do inadimplemento de suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados pelo empregador contratado pelo ente público.

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, da mesma norma, a matéria foi expressamente regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30/04/2008, do



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) nº 3/2009, do mesmo Ministério.

A esse respeito, pronuncia-se com acerto o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim, demonstrando que essas normas federais também servem de parâmetro para o dever de fiscalização dos entes públicos das demais esferas da Federação, nos seguintes termos:

“Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 2/2008 do MPOG interpreta e especifica estas regras, *instituinto um padrão fiscalizatório 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, tais como os trabalhadores terceirizados*.

Isto porque 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, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 2/2008 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 acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, 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 (Constituição, art. 37).” (grifou-se - VIANA, DELGADO e AMORIM, *op. cit*, LTr 75-03/292-293).

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:



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

- 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 trabalhista referente à mão de obra utilizada”, nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN n° 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 n° 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN n° 3/2009);
- b) **no momento de 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, § 3°, da Lei n° 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3°, da IN n° 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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”.

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 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 de: 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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 desta 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 valor da fatura 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 ser insatisfeitos pelo contratado.

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



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

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;



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

- c) a fiscalização diária, por meio da conferência, a cada 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 constituir o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, 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 a regularização imediata da situação no prazo 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”.



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

É preciso lembrar, ainda, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público contratante de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de natureza contínua a sua completa e rigorosa observância, não lhe sendo dado, discricionariamente, decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações.

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui longamente exposto, ao invés, 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.

Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, 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 das obrigações trabalhistas dele objeto, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente - afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos 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 para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o *onus probandi* de determinado fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei - prova negativa e de natureza verdadeiramente "*diabólica*", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou 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 advertir, 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, negando-se vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (o que ficou



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16-DF).

Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.

O Tribunal Regional consignou que “a responsabilidade do tomador de serviços integrante da Administração Pública frente à integralidade dos créditos do trabalhador empregado de empresa terceirizada decorre da sua culpa *in vigilando*, diante do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da relação de trabalho da qual foi beneficiário direto” (pág. 320).

Tudo o até aqui afirmado, aliás, acabou de ser consagrado pelo Pleno do 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, fls. 14 e 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**



PROCESSO Nº TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.” (destacou-se).

Desse modo, a decisão regional não merece reparos, pois aplicou, no caso, a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula nº 331, uma vez constatada a conduta culposa do ente público que não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Assim sendo, não se cogita de contrariedade ao citado verbete sumular, como alegado pelo agravante.

No que concerne à apontada de violação do artigo 97 da Carta Magna, porque não respeitado o princípio da reserva de plenário, observa-se que o Regional não fundamentou sua decisão na declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tampouco declarou sua inconstitucionalidade no caso, mas apenas o interpretou com outros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, também aplicáveis à hipótese, conforme exposto anteriormente. Nesse sentido, não há falar em afronta aos artigos 6º, inciso II, 70 e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 97 da Constituição Federal e 265 do Código Civil nem contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF.

A invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea “c” do artigo 896 da CLT, visto que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido ofensa a preceito infraconstitucional.

Pelas razões expostas, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 17 de abril de 2013.



PROCESSO N° TST-AIRR-763-64.2011.5.04.0006

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10006DCC3A89FAE9BD.