



ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL

**ANTONIO JOSÉ DE SOUSA GOMES
JANNARA SILVA SOMBRA
VICENTE PAULO DA SILVA**

**CONSEQUÊNCIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MUNICIPAL NA CONTRATAÇÃO MEDIANTE A TERCEIRIZAÇÃO DE
SERVIÇOS QUANDO DA INADIMPLÊNCIA DOS CRÉDITOS
TRABALHISTAS PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS**

**ANTONIO JOSÉ DE SOUSA GOMES
JANNARA SILVA SOMBRA
VICENTE PAULO DA SILVA**

**CONSEQUÊNCIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MUNICIPAL NA CONTRATAÇÃO MEDIANTE A TERCEIRIZAÇÃO DE
SERVIÇOS QUANDO DA INADIMPLÊNCIA DOS CRÉDITOS
TRABALHISTAS PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada Universidade
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira –
UNILAB, como exigência parcial para a
obtenção do título de Especialista em Gestão
Pública Municipal, sob a orientação da Prof.
Dra. Ilana Amaral

Todos os direitos reservados. De acordo com a lei n.º 9.610, de 19/02/01998, nenhuma parte deste livro pode ser fotocopiada, gravada, reproduzida ou armazenada num sistema de recuperação de informação ou transmitida sob qualquer forma ou por meio eletrônico ou mecânico sem o prévio consentimento dos autores e dos editores.

Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-brasileira - Unilab
Sistema de Bibliotecas da Unilab - (Sibiuni)
Catalogação na fonte

Bibliotecária: **Silvana Maria Araújo Lima** – CRB-3 / 960

Gomes, Antônio José de Sousa.

G633c

Consequências para a administração pública municipal na contratação mediante a terceirização de serviços quando da inadimplência dos créditos trabalhistas pela prestadora de serviços / Jannara Silva Sombra; Vicente Paulo da Silva. – Fortaleza, 2014.
47p.

Inclui referências.

Monografia – Instituto de Ciências Sociais e Aplicadas. Especialização em Gestão Pública.
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira, Redenção, 2014.

Orientadora: Profa. Dra. Ilana Amaral

1. Terceirização. 2. Licitação pública 3. Direito do trabalho. I. Título.

CE/UF/BSCA

CDD 351

Dedicamos este trabalho aos nossos Pais pelo incentivo aos estudos, e aos companheiros e amigos que compartilham deste trabalho, Antonio José, Jannara Sombra e Vicente Paulo, pela amizade e companheirismo de sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos primeiramente a Deus pelo dom da vida e a oportunidade de alimentar um sonho, e aos nossos.

E especialmente a nossa Professora orientadora, que aceitou o desafio de desenvolvermos este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho trata a questão da Terceirização na Administração Pública, através de uma pesquisa bibliográfica sobre o instituto, com sua análise multidisciplinar e constitucional, além do confronto de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Implantado no Brasil com o escopo de promover a eficiência promovendo o trinômio agilidade, qualidade e economia, o fenômeno sofreu polemização em relação aos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados, possuindo choque frontal entre o artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações Públicas e a Súmula nº 331, V do TST, sendo que o último prevalece nos Tribunais, condenando os tomadores públicos pelos débitos das empresas terceirizadas, se utilizando de aspecto subjetivo para tanto. A matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, através de Ação Declaratória de Constitucionalidade do dispositivo legal, tornando o tema pertinente e atual. Contudo a declaração da validade do dispositivo não foi suficiente, posto que o TST reeditou a Súmula modificando um item e incluindo dois, sendo que o item V acaba por contrariar o dispositivo. É de extrema importância o estudo deste instituto, analisando as divergências jurisprudenciais e a validade constitucional do artigo, bem como as consequências para o tomador de serviços, como o ente público municipal, de forma a contribuir para um melhor esclarecimento sobre o tema e apresentar as formas de garantia dos direitos do trabalhador terceirizado.

.

Palavras-chave: Terceirização. Licitações e Contratos. Súmula nº 331. Validade Constitucional. legalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 TERCEIRIZAÇÃO EM GERAL	11
1.1 Da Evolução Histórica da Terceirização	12
1.2 Distinção entre Terceirização Lícita e Ilícita.....	15
1.3 Da Responsabilidade do ente Contratante na Terceirização em Geral.....	17
2 TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO	20
2.1 Da Necessária Observância dos Princípios da Legalidade, da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público.....	21
2.2 Da Persecução da Eficiência.....	24
2.3 Da Obediência ao Procedimento Licitatório.....	25
3 CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS	28
3.1 Choque Frontal entre a Súmula 331, IV do TST e o Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (Licitações e Contratos).....	28
3.2 Posição do Judiciário Trabalhista.....	29
3.3 Posicionamento do STF.....	33
3.4 Validade Constitucional do Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.....	36
3.5 Inobservância da Cláusula de Reserva de Plenário.....	42
3.6 Garantia dos Direitos do Trabalhador Terceirizado.....	43
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O instituto da Terceirização sofreu lento processo de implantação no Brasil, ganhando espaço no ano de 1967, com a edição do decreto Lei nº 200, que trouxe em seu corpo, a previsão da descentralização de serviços públicos. No setor privado, o fenômeno foi introduzido na realização de trabalho temporário e de serviços de vigilância.

A escassa regulamentação legal induziu o TST a editar entendimento sumular, para limitar a celebração de contratos de Terceirização aos casos previstos legalmente.

Em seguida, com a evolução do instituto o assunto ganhou espaço na legislação, doutrina e jurisprudência. Em decorrência da grande utilização da modalidade, se fez necessário distinguir Terceirização lícita e ilícita, bem como as formas de responsabilização dos tomadores de serviços.

Na Administração Pública, os contratos de Terceirização, se afiguram como úteis e necessários e são autorizados pela Constituição Federal, condicionando-os a realização de correto procedimento licitatório. O permissivo constitucional tem por objetivo promover a eficiência, economia e agilidade, observando os princípios da legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público.

O procedimento licitatório exigido deverá ocorrer de acordo com a Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre Licitações e Contratos administrativos. Tal norma traz em seu bojo todo o procedimento ao qual o poder público está adstrito para realizar contratos de Terceirização, bem como as obrigações do contratado para correta execução dos serviços, e a responsabilização pelo descumprimento do pactuado.

O tema ganhou polêmica quando o TST reformou o entendimento sumulado de nº 331, para atribuir responsabilidade de cunho subsidiário aos entes da Administração Pública pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada, contrariando frontalmente o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, que responsabiliza o contratado por tais encargos, tendo em vista a obediência do procedimento licitatório exigido constitucionalmente.

Diante de tal situação, formou-se uma dicotomia entre Lei e Súmula, que deu ensejo a formação de duas correntes, propiciando divergências na aplicação dos institutos quando da apreciação de reclamações perante a Justiça do Trabalho.

No entanto, a corrente majoritária na Justiça Laboral, é no sentido de condenar a Administração Pública de forma subsidiária, pelos créditos devidos pelo empregador natural, seguindo o entendimento do TST, que entende promover a proteção do trabalhador e a moralidade pública.

Em decorrência, formaram-se defensores da ilegalidade da Súmula, por entenderem que o entendimento em tais termos feriam os princípios informadores da atividade estatal, tais como o da legalidade e tripartição das funções do Estado, por invadir a esfera legislativa, além de violar a cláusula de reserva de plenário, pois o entendimento sumular nega vigência a ato normativo editado pelo Poder Público, recaindo, na hipótese prevista pela Súmula vinculante nº 10 do STF.

A polêmica chegou ao Supremo Tribunal Federal através de Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, buscando a declaração da validade constitucional do dispositivo legal que isenta os entes públicos da responsabilização.

O tema ganhou notoriedade com o reconhecimento de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, ajuizado pela União objetivando a anulação de decisão do TST que condenou ente da Administração Pública nos termos do verbete jurisprudencial.

Diante dessas considerações, faz-se importante o estudo e a pesquisa para um esclarecimento jurídico que possa contribuir com a correta solução quanto ao questionamento sobre a validade constitucional do dispositivo da Lei de licitações, a fim de se chegar a um consenso que proporcione a elaboração de decisões condizentes com a verdadeira função do Judiciário, respeitando, sobretudo os princípios constitucionais.

Quanto à metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho, a investigação dos questionamentos ocorre por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando apreciar a querela inerente ao tema no Judiciário

brasileiro. No tocante à abordagem, esta, é qualitativa, primando pela realidade, aprofundamento e abrangência do tema em estudo.

Tem-se, então como objetivo geral, a análise da eficácia do critério subjetivo do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, em decorrência da declaração da constitucionalidade reconhecida pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e alteração do entendimento sumular 331 do TST, buscando-se chegar a um consenso para que a controvérsia que se formou em torno dessa temática não traga prejuízo para as partes envolvidas, sempre respeitando os princípios constitucionais.

São objetivos específicos deste trabalho monográfico, identificar as formas lícitas de Terceirização para prestação de serviços; encontrar o motivo pelo qual se originou o choque entre Lei e Súmula; analisar a necessidade de realização de procedimento licitatório para celebração de contratos de natureza administrativa; verificar a violação da cláusula de reserva de plenário pelo TST e demonstrar meios garantidores dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, dispostos da seguinte forma: o primeiro – Terceirização em Geral – atuando como elemento introdutório, de forma a dar ao leitor um maior conhecimento sobre a base do estudo; o segundo – Terceirização no Setor Público – expõe a necessidade e utilidade de tais contratos na Administração pública, os princípios aplicáveis, bem como o correto procedimento para celebração; e o terceiro – Conseqüências do Inadimplemento das Obrigações Trabalhistas por parte da Prestadora de Serviços – que traz a problemática do tema, o posicionamento do Judiciário brasileiro, o questionamento sobre a validade constitucional do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, reconhecido pelo STF, bem como a apresentação de meios garantidores dos direitos do trabalhador terceirizado.

1 TERCEIRIZAÇÃO EM GERAL

A terceirização é uma espécie de contrato de natureza civil, celebrado entre pessoas jurídicas, onde há a transferência ou descentralização das atividades do ente tomador de serviços.

Vólia Bonfim Cassar conceitua o fenômeno da seguinte forma:

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão-de-obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal. (CASSAR, 2010, p. 481)

Sérgio Pinto Martins, em *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, apresenta a conceituação de terceirização nos seguintes termos:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. (MARTINS, 2003, p 23)

José Cairo Junior apresenta didático conceito com base na conceituação definida pelo dicionário Aurélio eletrônico, vejamos:

[...] procedimento adotado pela empresa que transfere a outrem a execução de uma parcela de sua atividade permanente ou esporádica, dentro ou além dos limites do seu estabelecimento, com a intenção de melhorar a sua competitividade, produtividade e capacidade lucrativa. O repasse de toda a atividade produtiva da empresa produziria o fenômeno da sucessão de empregadores e não da terceirização. (CAIRO JR, 2010, p.311)

Como se depreende das citações acima, a Terceirização é a realização de um contrato de natureza civil, que forma uma relação triangular, onde o tomador de serviços contrata uma empresa, prestadora, que por sua vez formaliza acordo com o empregado, que ficará sujeito as suas ordens e de quem receberá o pagamento.

1.1 Da Evolução Histórica da Terceirização no Brasil

Embora o Código Civil de 1916 tratasse da prestação de serviços, foi a Consolidação das leis do Trabalho - CLT ¹que primeiro cuidou da terceirização, quando ligeiramente, em seu artigo 455, regulamentou a subcontratação de serviços através da empreitada, prevista no art. 652, “a”, III.

No entanto, o fenômeno somente ganhou maior destaque em fins dos anos 60 e início dos anos 70, quando foi editado o decreto lei n°. 200/67, que em seu art. 10, previu a descentralização dos serviços públicos, que posteriormente foi regulamentado pelo art. 3º, parágrafo único da lei 5.645/70, vejamos:

Art. 3º. Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

(...)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10 § 7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

¹ A **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** é, indubitavelmente, a principal norma legislativa brasileira referente ao Direito material e processual do trabalho. Ela foi criada através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943 e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo, unificando toda legislação trabalhista então existente no Brasil.

A partir de então, a terceirização ganhou espaço, estendendo-se ao setor privado, por meio das leis 6.019/74, regulando o trabalho temporário e posteriormente a lei 7.102/83, que permitia a terceirização dos serviços de vigilância bancária.

Em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho - TST² editou o Enunciado de jurisprudência uniforme de nº. 256, que questionava a legalidade do contrato de prestação de serviços, nos seguintes termos:

Súmula 256 do TST: CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (cancelada)

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas leis nº 6.019, de 03/01/1974, e 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

A Constituição de 1988 também foi marcante no tratamento da matéria, quando em seu art. 37,II limitou-se ao reconhecimento do vínculo de emprego com a Administração pública apenas com a prévia aprovação em concurso público, ressalvada a hipótese de o trabalhador ter sido contratado antes da vigente Carta Política.

Posteriormente, várias leis, ao tratarem de diferentes institutos trabalhistas, cuidaram de levar em consideração, o regime da Terceirização, por exemplo, a lei 8.036/90, que equiparou o empregado formal ao tomador de serviços para fins de depósito de FGTS, (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

Em 1993, por meio da lei 8.666/93, lei de licitações e contratos, o legislador estabeleceu normas a serem observadas quando da celebração de contratos

² O TST tem sede em Brasília-DF e jurisdição em todo o território nacional, sua principal função é uniformizar a jurisprudência trabalhista. Sua composição está descrita no artigo 111-A, do Estatuto Fundamental: "O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal". Ele Julga recursos de revista, recursos ordinários e agravos de instrumento contra decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e dissídios coletivos de categorias organizadas em nível nacional, além de mandados de segurança, embargos opostos a suas decisões e ações rescisórias.

administrativos, incluindo dentre outros, aqueles pertinentes à realização de obras e serviços.

Ainda em 1993, o TST editou a Súmula nº 331 que substituiu o antigo Enunciado nº 256, ampliou as hipóteses de prestação de serviços por meio da terceirização e cuidou de tratar da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

No ano de 1997, o Ministro de Estado de Trabalho, Paulo Paiva, baixou a Instrução normativa nº 03, que dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho, por meio de tal ato, além de conceitos foram estabelecidas instruções acerca das formas de contratação, execução dos serviços e fiscalização dos mesmos pelos órgãos de Fiscalização do Trabalho, dentre outras informações a serem seguidas.

A resolução 96/2000, alterou o inciso IV da súmula 331 do TST, incluindo expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta, pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

(...)

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

Ainda em 2000, o tema terceirização ganhou espaço no direito administrativo, quando a lei complementar 101/2000, (lei da responsabilidade fiscal) no artigo 18 § 1º, inseriu os valores dos contratos de terceirização de mão de obra para substituição de servidores e empregados públicos, aos contabilizados como 'outras despesas de pessoal', alargando os limites impostos com despesas com pessoal previstas no artigo 169 da Constituição Federal.

Recentemente a Seção de Dissídios Individuais I, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 383, entendeu haver isonomia entre empregados terceirizados e empregados contratados pelo tomador de serviços, nos seguintes termos:

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DJe divulgado em 19, 20 e 22.04.2010).

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, **não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços**, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.

A última manifestação acerca do tema é justamente o cerne da querela ora em estudo, visto que após a declaração de constitucionalidade do dispositivo da lei de licitações retromencionado, o TST, alterou o entendimento sumular expresso no inciso IV anteriormente reproduzido e incluiu um novo item, acrescentando a possibilidade de responsabilização mediante um critério subjetivo.

Observa-se, que o tema proposto, continua em constante construção normativa e jurisprudencial, e a inexistência de legislação específica acerca do assunto, conduz a uma discricionária formação sumular.

1.2 Distinção entre Terceirização Lícita e Ilícita

O Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula nº 331, firmou entendimento, quanto as hipóteses de terceirização consideradas lícitas e ilícitas, por meio de tal enunciado o Tribunal ressaltou a legalidade da terceirização de trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/74 e os serviços de vigilância de que trata a Lei nº 7.102/83, bem como os de conservação e limpeza e ainda aqueles

especializados ligados à **atividade-meio** do tomador, desde que descaracterizados os requisitos da pessoalidade e subordinação direta.

Assim, podemos observar que lícitas são as hipóteses de terceirização que estejam previstas em lei ou quando a atividade terceirizada seja especializada e não esteja ligada a atividade fim do tomador de serviços.

Para melhor compreensão do último caso, faz-se necessário distinguir **atividade-meio** e **atividade-fim** do tomador de serviços.

Atividade-fim é aquela permanente e correlata à finalidade econômica perseguida pelo ente tomador de serviços, ou seja, àquelas concernentes ao núcleo das atividades do contratante.

De modo diverso, as **atividades-meio** não estão ligadas à finalidade econômica do ente, sendo aquelas instrumentais e que apenas dão suporte para a realização do empreendimento.

A Instrução Normativa nº 03/97 conceitua as empresas de prestação de serviços a terceiros como “*pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última*”. Tal conceito visa eliminar dúvidas quanto as pessoas e serviços que podem se objeto de contrato de terceirização e que estarão sujeitos às normas fiscalizadoras do Ministério do Trabalho.

A Lei nº 9.472, de 1997 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, autoriza em seu art. 94, que no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Portanto, o Enunciado nº 331 do TST estabelece as formas legais de terceirização, configurando-se como lícitas apenas as que lhe forem adequadas, sendo ilícitas aquelas taxativamente consideradas pelo Tribunal e todas as que forem contrárias ao entendimento sumular.

Vólia³, contrapondo Maurício Godinho e Alice Monteiro, classifica as Terceirizações como regulares e irregulares, fazendo-o nos seguintes termos:

Na verdade, as terceirizações devem ser classificadas como regulares e irregulares, porque não há lei que as proíba e nem todos se enquadram nos contornos apontados pelos autores acima, bastando analisar o caso das subcontratações de atividades-fim que não geram o vínculo por ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. Neste caso, a terceirização não infringiu nenhuma lei nem fraudou nenhum direito, mas é irregular, por ser de atividade-fim. (CASSAR, 2010, p. 487)

Contudo, percebe-se, que afora a classificação, o entendimento é basicamente o mesmo, sendo levados em consideração os mesmos aspectos para diferenciação das situações contrapostas.

1.3 Da Responsabilidade do Ente Contratante na Terceirização em Geral⁴

De acordo com Venosa (2007: 1-2), responsabilidade consiste no dever de reparar prejuízos decorrentes de uma atividade, ato, fato ou evento danoso.

Segundo Venosa (2007: 445-446) a responsabilidade contratual tratada no Código Civil exige para que ocorra sua configuração, a existência de um contrato válido e um descumprimento de uma obrigação prevista no mesmo, ocasionando ao outro contratante um prejuízo.

³ A Obra da Magistrada Fluminense é leitura indispensável para quem deseja aprofundar o estudo sobre o tema, que, no caso, ainda discorre análise na seara do Direito Comparado e os estudos de casos das terceirizações mais comuns no Direito Laboral Pátrio.

⁴ A **Responsabilidade Solidária** é aquela que é compartilhada entre diversas pessoas no mesmo grau de abrangência, não se confundindo com a **Responsabilidade Subsidiária** que, de fato, é estendida a outrem.

Os contratos administrativos seguem a mesma regra, somente sendo possível a responsabilização, mesmo que subsidiária, se houver o descumprimento da obrigação, neste sentido vejamos o que expõe Sérgio Cavalieri Filho:

Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente. (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 26)

A terceirização, como explicado anteriormente, é formada através de contrato administrativo, firmado entre os entes, prestador e tomador de serviços. No entanto, a legislação trabalhista não cuidou de forma consistente da responsabilização do ente tomador de serviços quando ocorrer o inadimplemento da empresa terceirizada.

A Lei nº 6.019 de 1974 que regulamenta o trabalho temporário, previu a responsabilização solidária do tomador de serviços quando houver falência da prestadora de serviços.

Neste caso, como se observa, trata-se de responsabilidade solidária, onde os contratantes respondem conjuntamente pelas obrigações estabelecidas no contrato de terceirização.

O Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, posicionou-se, através de entendimento jurisprudencial sumulado, admitindo a responsabilidade subsidiária do ente contratante, em relação as obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

Como se observa, o Tribunal alargou as possibilidades de responsabilização pelas obrigações contraídas entre obreiro e prestadora de serviços, ultrapassando a previsão da lei do trabalho temporário.

Portanto, entende o tribunal, que em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador natural, o tomador de serviços será alcançado para cumprir as obrigações decorrentes da relação trabalhista.

Tal entendimento tem como fundamento as teorias da “*culpa in eligendo*”, onde o contratante não dispõe de diligência necessária na escolha da empresa terceirizada, e a teoria da “*culpa in vigilando*”, que associa-se a inobservância de fiscalização do tomador para com o ente prestador em relação as obrigações trabalhistas firmadas com o trabalhador.

Importante esclarecer que para a ocorrência da responsabilidade subsidiária, deverá o tomador de serviços figurar no pólo passivo da demanda, em litisconsórcio com o real empregador, bem como constar na qualidade de responsável subsidiário no título executivo judicial⁵.

Para melhor esclarecimento vejamos a explicação de Vicente Paulo:

[...] **não pode** o trabalhador ingressar com a ação somente contra a prestadora, com quem mantém seu contrato de trabalho, e **só na fase de execução apontar o tomador dos serviços como responsável**. Para que reste caracterizada a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços ele já deverá constar da relação jurídica desde a fase de conhecimento, para que seu nome e sua responsabilidade, enfim, sua condenação, **constem da sentença judicial** (que é o título executivo) (ALEXANDRINO, Marcelo & Vicente Paulo, 2006, p. 76)(grifos no original).

Outro fator a ser observado, é que não poderá a reclamação ser proposta somente contra o tomador dos serviços, devendo o reclamante indicar como reclamado o seu real empregador e o ente que pretende responsabilizá-lo subsidiariamente como litisconsorte passivo da demanda.

Em relação à terceirização concernente a empreitada de obra, o TST entende, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 191, da SDI -1, que o dono da obra não poderá ser responsabilizado pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, excepcionando neste caso, o disposto na Súmula 331, anteriormente reproduzido.

⁵ O Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária à Legislação Processual Trabalhista, dispõe no Art. 584 - São títulos executivos judiciais: I - a sentença condenatória proferida no processo civil(...)

2 TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

Em geral, o setor privado utiliza-se da Terceirização, com o fito de baixar custos e aumentar a produtividade, na esfera pública, diferentemente não se busca concorrência e lucratividade, mas tornar o serviço público mais eficiente, se utilizando de maior economia e agilidade no desempenho de suas atividades, transferindo as atividades que não são afetas ao objeto da atuação dos entes públicos, denominadas atividades-fim, para empresas terceirizadas.

A terceirização no âmbito da Administração Pública teve como marco legal, o Decreto nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, referido decreto intitulava a modalidade como de *execução indireta dos serviços*, autorizando-a no meio público por meio do artigo 10, §7º, nos termos seguintes:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

O artigo nº 175 da Constituição Federal versa sobre a prestação de serviços públicos, incumbindo estes a Administração Pública, autorizando a Terceirização destes serviços por meio de concessão⁶ e permissão⁷, realizadas através de licitação e regulamentadas pela Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre tais regimes.

⁶ É o instituto pelo qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio. MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 690.

A Carta Maior, ainda, autoriza em seu artigo 37, inciso XXI, a celebração de contratos de Terceirização, pela Administração pública, para realização de obras, serviços e fornecimento, desde que obedecidos o procedimento licitatório.

Percebe-se que a Terceirização constitui modalidade de contrato útil e necessário, no entanto deverá tal contrato seguir as formalidades previstas para sua celebração, bem como a correta execução do mesmo, para que não ocorra desvirtuamento de sua finalidade.

2.1 Da Necessária Observância dos Princípios da Legalidade, da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público.

Princípios são as linhas de pensamento que orientam a interpretação e aplicação das normas, favorecendo uma correta compreensão dos institutos e normas que integram o sistema normativo.

Para Vólia, os princípios constitucionais foram elevados, pela Constituição da República de 1988, à categoria de norma, explanando sobre o assunto da seguinte forma:

Por este novo paradigma, embora não se deva abandonar as regras (texto legal), ou seja, o positivismo (norma posta, imposta), pois ordenam a sociedade e conferem paz social, o direito caminha no sentido de não encarar os princípios constitucionais como fontes secundárias, preponderando, assim, as cláusulas abertas, que são mais plásticas e menos concretas, e que permitem ao direito solucionar maior número de questões e acompanhar as novas necessidades sociais, fruto da evolução de nossa história. (CASSAR, 2010, p. 159)

⁷ Considerada ato unilateral, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

A partir do entendimento citado, percebe-se a importância dos princípios constitucionalmente previstos, que saem do plano subjetivo e ganham força normativa.

A Constituição Federal vinculou as atividades da Administração Pública à obediência aos princípios elencados no artigo 37, *caput*. Para realização da terceirização, deverá ocorrer a observância de tais princípios, bem como aqueles considerados basilares a realização da atividade estatal.

Para um claro entendimento acerca do assunto, destacam-se aqueles correlatos ao tema em comento e que incidem de forma basilar para a realização de um correto desempenho do poder estatal.

Como princípio fundamental encontra-se a submissão do Estado à legalidade, que consiste na limitação da Administração em fazer somente o que a lei permite ou autoriza, ou seja, os atos e medidas praticados pelo Estado exigem a preexistência de base legal.

A observância da legalidade pelo Poder Público, é exigência constitucional expressa no artigo 37, *caput*, limitando-o estritamente ao conteúdo legal, diferentemente dos particulares que tudo podem fazer, desde que a lei não os proíba, como dispõe o artigo 5º, II da Lei Excelsa.

Alexandre de Moraes, (2008: 41) explica que tal princípio aplica-se na Administração Pública, de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público fica adstrito ao que estiver expressamente autorizado em Lei e demais espécies normativas, sem incidência de sua vontade subjetiva, reforçando o autor que tal princípio está ligado à própria função administrativa de executar o direito, atuando sem finalidade própria, mas em respeito ao fim imposto pela Lei, e com a necessidade de preservar a ordem jurídica do Estado.

Outro princípio a ser destacado é o da Supremacia do Interesse Público, também conhecido como da finalidade pública, onde o interesse da coletividade se sobrepõe ao do interesse particular.

Bandeira de Melo, discorrendo sobre os princípios constitucionais aplicáveis à Administração, destaca a supremacia do interesse público, nos seguintes termos:

[...] a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social- que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce “função”, instituto – como visto – que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta á da autonomia da vontade, típica do direito privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apetecem, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contato que não viole alguma lei. (MELLO, 2008, p. 98)

Portanto, não pode a Administração Pública agir arbitrariamente, pois possui a qualidade de curadora dos interesses públicos, tanto os primários, como os secundários.

Nesse tocante, observa-se também o princípio da indisponibilidade do interesse público, expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispondo que a autoridade administrativa não pode renunciar ao interesse público, sendo este resguardado por lei.

Sabendo que a Administração Pública possui caráter instrumental, ou seja, conduzir as atividades de interesse coletivo, aspirando à finalidade pública, conclui-se que esta não poderá dispor de algum desses interesses.

José dos Santos Carvalho Filho, (2007: 27-28) explica que à Administração é atribuído o dever de gerir, conservar e velar os interesses da coletividade, sendo esta a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos, enfatiza, ainda, que tais cuidados trazem benefícios para a própria coletividade.

2.2 Da Persecução da Eficiência

A terceirização de serviços que compõem a atividade-meio da Administração Pública, busca alcançar a finalidade do princípio da eficiência, ou seja, atrelar qualidade, agilidade e economia na prestação dos serviços públicos.

O princípio da eficiência merece destaque quanto à terceirização, impende frisar que este é o mais moderno aplicável na realização de referidas atividades pela Administração Pública, e foi introduzido por meio do artigo 37, *caput* da Carta Política, através da Emenda Constitucional de nº 19/1998, que dentre outras disposições, modificou o regime sobre princípios e normas da Administração Pública.

O objetivo de tal princípio é a obtenção do resultado, atingindo a qualidade, celeridade e menor custo, observando os outros princípios, previstos constitucionalmente, não podendo sobrepor-se a nenhum deles.

Acerca da inclusão expressa do princípio da eficiência na Constituição, vejamos os comentários de José dos Santos Carvalho Filho:

Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. [...] (CARVALHO, 2007, p. 23)

Dessa forma sabendo, que a terceirização de atividade-meio, realizada mediante o procedimento de licitação previsto na Lei nº 8.666/93, anteriormente previsto pelo Decreto nº 2.300, de 1986, além de perseguir o princípio da supremacia do interesse público e atender ao princípio da indisponibilidade do interesse público, promove o princípio da eficiência, visto que a atividade possui finalidade coletiva.

Os demais princípios são observados, quando da ocorrência do procedimento licitatório, que requer a observância dos mesmos, na forma prevista pela lei de licitações e contratos.

2.3 Da Obediência ao Procedimento Licitatório

Como anteriormente preconizado, para a realização de contrato de terceirização pelo poder público, por ser de natureza administrativa, deverá ser observado o procedimento licitatório, regulado pela Lei nº 8.666/93, Estatuto de licitações e contratos, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstos em lei, posto que tal obrigatoriedade é imposta em sede constitucional, através dos artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal.

Para melhor compreensão acerca do instituto, vejamos a conceituação estabelecida por Celso de Mello, em sua obra Curso de Direito Administrativo:

Licitação – em síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2008, p. 514)

As modalidades de licitações estão previstas no artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, sendo a concorrência a modalidade utilizada para a realização da contratação de terceirização. Tal modalidade exige que na fase inicial de habilitação preliminar, os interessados, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução do objeto do contrato, de acordo com o § 2º do mesmo artigo. A referida habilitação é a fase onde os concorrentes apresentam o preenchimento dos requisitos necessários para a realização do contrato, nos moldes do artigo 27 da mesma lei.

O poder público está adstrito a previsão legal, devendo obedecer às formalidades exigidas legalmente, homenageando o princípio da legalidade, não podendo extrapolar os limites da lei, exigindo dos interessados o preenchimento de condições além daquelas previstas.

Ademais o artigo 37, XXI da Constituição brasileira versa que quaisquer restrições à competitividade entre os concorrentes, só serão admitidas se forem indispensáveis à garantia do posterior cumprimento das obrigações.

Destarte, não há que se falar em “*culpa in eligendo*” da Administração Pública, quando da ocorrência de descumprimento das prestadoras para com seus empregados, tendo em vista que a empresa terceirizada sagrou-se vencedora em regular procedimento licitatório, com rígidos critérios legais, contidos nos editais, inexistindo subjetividade por parte da Administração Pública direta ou indireta.

Quanto à “*culpa in vigilando*”, segundo as regras de responsabilidade civil, caracteriza-se pela falta de diligência, atenção, fiscalização, enfim pela inobservância dos devidos cuidados em relação ao comportamento de outrem por cujo ilícito deva responder.

Neste sentido, há que se observarem as disposições preconizadas pela Lei nº 8.666/1993, acerca da realização dos contratos administrativos que exige o estabelecimento de cláusulas garantidoras da correta execução do contrato, é o que se deflui do artigo 55, XIII, a saber:

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.

Dessa forma, conclui-se, que a Administração não descumpre o dever de fiscalização e vigilância, tendo em vista que na realização do contrato a empresa terceirizada assume a correta execução das exigências estabelecidas no mesmo.

Reforçando o preceito legal acima reproduzido o artigo 70 também da Lei de licitações e contratos, versa que a fiscalização do ente público não isenta a responsabilidade do contratado pelos danos decorrentes de sua culpa e dolo na execução do contrato.

Mesmo antes do julgamento da ADC 16, que reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região entendeu em julgamento de recurso ordinário interposto por ente da Administração Pública indireta, que o legítimo procedimento licitatório seria suficiente para afastar a responsabilidade de cunho subsidiário, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO: 0133200-50.2007.5.01.0020

DATA DE JULGAMENTO: 18/01/2010

TURMA: 3ª

RELATOR: JORGE F. GONÇALVES DA FONTE

EMENTA: Responsabilidade subsidiária de ente público. Prevalência do que dispõe o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em contraposição à orientação jurisprudencial do C. TST contida na Súmula nº 331, item IV. Não comunga esta turma do C. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região com a tese de inconstitucionalidade do citado dispositivo de lei federal que dispõe sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Pública. Sentença de primeiro grau reformada neste particular, para julgar improcedente o pedido de responsabilização subsidiária da empresa pública federal.

(...)

Ora, se o citado dispositivo da lei federal que dispõe sobre licitações e contratos administrativos claramente exime a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelos créditos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas pelo Poder Público em legítimo procedimento licitatório, não se pode evidentemente, contrariar seu expresso comando.

O Tribunal, na citada decisão, prestigiou o princípio da legalidade observado pela Administração na realização do contrato de prestação de serviços, nos termos da legislação específica.

3 CONSEQUÊNCIAS AO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS

Em regra, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizada, enseja, de forma subsidiária, a responsabilização do tomador de serviços, em decorrência da caracterização de culpa “*in eligendo*” ou “*culpa in vigilando*”.

No tocante à responsabilização dos Entes de natureza Pública, nestes inserido o Município, a lei que institui as formalidades, a serem observadas para realização do contrato de prestação de serviços, estabelece as hipóteses e formas de responsabilidade. No entanto a aplicabilidade da norma é pouco utilizada na Justiça do Trabalho.

3.1 Choque Frontal entre a antiga redação da Súmula 331, IV do TST e o Artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 (Licitações e Contratos)

Há anos, doutrina e jurisprudência, divergem quanto à aplicabilidade ou não da Lei de Licitações aos contratos de Terceirização trabalhista.

A matéria em questão tornou-se entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, através do enunciado nº 331, editado pela Seção de Dissídios Individuais – I (SDI – I), dispondo da seguinte forma:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (...)

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

Como se depreende da citação, o Tribunal havia atribuído à Administração Pública, a responsabilidade subsidiária pelos créditos inadimplidos pelo prestador de serviços. No entanto, referida atribuição contrariou frontalmente o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que versa da seguinte maneira:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Portanto existia um choque frontal entre o inciso IV do entendimento sumulado de nº 331 do TST, e o artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, pois o enunciado responsabilizava a Administração pelo descumprimento das obrigações trabalhistas das empresas terceirizadas, opondo-se totalmente ao dispositivo legal, que isenta o Poder Público de qualquer responsabilidade, na hipótese de descumprimento das obrigações pelo ente contratado mediante regular procedimento licitatório.

3.2 Posição do Judiciário Trabalhista.

A doutrina majoritária e a jurisprudência predominante na maioria dos Tribunais Regionais seguiam fielmente o entendimento orientado no verbete 331, IV editado pelo Colendo Tribunal superior do Trabalho, que aplicava a responsabilidade de caráter subsidiário à Administração Pública, pelo descumprimento das obrigações trabalhistas por parte do empregador natural, ignorando, portanto, a tese esposada na Lei de Licitações que exclui referida responsabilidade.

Este entendimento sempre foi compartilhado por Delgado, que defende a aplicação do enunciado do TST em detrimento do artigo da lei de licitação. O autor demonstra sua tese nos seguintes termos:

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete “*culpa in eligendo*” (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de procedimento licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa “*in vigilando*” (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (inciso IV da súmula 331, TST). (DELGADO, 2009, p.434) (grifos nossos)

A apreciação da matéria nos tribunais inferiores e no Tribunal Superior do Trabalho condenava os Entes Públicos, alegando para tanto, variadas teses e fatos, como a ocorrência de culpa “*in eligendo*” e/ou “*in vigilando*” e muitas vezes o simples fato de inadimplemento da empresa prestadora de serviços.

Vejamos ementa de julgado do TST, que imputa a responsabilidade de caráter subsidiário a ente da Administração pública indireta.

NÚMERO ÚNICO PROC: TST-AIRR - 273240-56.2003.5.02.0065

PUBLICAÇÃO: DJ – 13/06/2008

DATA DE JULGAMENTO: 11/06/2008

TURMA: 6ª

MINISTRO RELATOR: HORÁCIO RAYMUNDO DE SENNA PIRES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, IV, TST. Em se tratando de típica terceirização, **evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária.** Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (culpa in vigilando), a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar, quando causar danos a terceiro. Inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (grifos nossos)

O TST, em julgamento de Recurso de Revista interposto por Ente Público (TST - RR – 25100-88.2006.5.18.0011) publicado em 18/12/2009, defendeu o

enunciado 331, IV, dizendo “*que o escopo da orientação sumular foi evitar que o empregado fosse prejudicado com a inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador, independentemente de quem figure como tomador dos serviços, ente público ou privado*”. Como se observa, a Colenda Corte entendeu nesse caso que o simples inadimplemento da empresa terceirizada enseja a responsabilização do tomador público.

Alguns Tribunais já possuem entendimento, intitulado por eles de Súmula acerca do assunto, como o verbete nº 11 do Tribunal da 4ª Região, vejamos:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8.666/93. A norma do art. 71, par. 01, da L 8666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços.

Como se extrai, o enunciado editado pelo Regional do Rio Grande do Sul, nada inova com relação ao Enunciado nº 331 do TST, e se formou através de precedentes jurisprudenciais fundamentados neste verbete, declarando os julgadores que a Lei de Licitações e Contratos não possui o condão de afastar a aplicabilidade do entendimento jurisprudencial firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁸

O Tribunal Regional da 1ª Região editou a por eles chamada, Súmula nº 1, que atribui a responsabilidade da Administração Pública em contratos firmados com cooperativas, vejamos:

COOPERATIVA – FRAUDE – VÍNCULO DE EMPREGO
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
Quando arregimenta, de forma fraudulenta, associados para prestar serviços a terceiros, a cooperativa distancia-se de seu escopo, transmutando a relação jurídica mantida com o pseudocooperado em autêntico contrato de emprego, implicando a responsabilidade subsidiária

⁸ *Data vênia*, o posicionamento em liça não deve prosperar, ante o entendimento prevalente em nosso Sistema Jurídico que privilegia a lei em detrimento de outras fontes do direito, *via gratia*, como sói acontece no cotejo da lei em face da jurisprudência.

da administração Pública, beneficiária direta pela prestação laboral do trabalhador, ainda que a contratação haja ocorrido com base na Lei de Licitações.

No entanto, o Colendo TST, julgando Recurso de Revista contra decisão do Tribunal Regional da 8ª Região, isentou o município de Belém de responsabilidade, por verbas inadimplidas por cooperativa de saúde, por entender descaracterizada a terceirização quando tratar-se de atividade assistencial subsidiada pela União em convênio com associação de natureza civil.

Para nível de informação, vejamos o teor da Ementa:

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 575/2006-002-08-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 01/11/2007

MINISTRO RELATOR: VANTUIL ABDALA

EMENTA

RECURSO DE REVISTA. MUNICÍPIO DE BELÉM. CONVÊNIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém - CBB não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de Revista conhecido e provido. (fl. 238).

Embora, existam entendimentos sumulados, pelo TST e Tribunais Regionais, o tema não encontrou pacificação, sendo objeto de ataques por correntes doutrinárias e posições divergentes dentro da própria Justiça do Trabalho, onde Juízes e Tribunais discordam da aplicabilidade da Súmula nº 331, em detrimento da Lei 8.666/1993.

Porém, o entendimento majoritário na Justiça do Trabalho, é o de condenação da Administração Pública em caráter subsidiário, pelos débitos dos entes contratados, utilizando-se da supracitada súmula, que se uniformizou sob as alegações de garantir o princípio da proteção do trabalhador e promover o princípio da moralidade pública.

3.3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal mantinha posicionamento majoritário no sentido de que a discussão acerca da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, por débitos trabalhistas, ocasionada pelo choque frontal entre a Lei 8.666/1993 e o Verbete Jurisprudencial nº 331 do TST, situava-se no âmbito infraconstitucional, não podendo, portanto ser resolvida na instância extraordinária.

Neste sentido vejamos o posicionamento da Corte Suprema em trechos do Acórdão que julgou o Agravo regimental interposto no Agravo de Instrumento 751.078-4, (São Paulo).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

NÚMERO: 751.078-4

PUBLICAÇÃO: DJe nº 195 - 16/10/2009

MINISTRO RELATOR: JOAQUIM BARBOSA

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA POR DÉBITOS TRABALHISTAS.

Alegação de violação direta e frontal dos arts. 5º, II, LV e XXXVI: e 93, IX, da Constituição Federal.

Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade a Constituição.

Caracterização de ofensa reflexa ou indireta.

O acórdão recorrido está devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde a parte ora agravante.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

(...)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): sem razão a parte agravante.

A decisão agravada está em conformidade com a orientação firmada na corte no sentido de que **a questão relativa à responsabilidade**

subsidiária por débitos trabalhistas encontra-se no âmbito infraconstitucional. (grifos nossos)

(...)

Ademais de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, quando se fizer necessário o exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade à Constituição federal, estará caracterizada ofensa reflexa ou indireta à Carta Magna.

(...)

Por fim, esta Corte já firmou entendimento no sentido de que *“em regra, as alegações de desrespeito aos **postulados** da legalidade, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, do devido processo legal, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional **podem** configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente **reflexa** ao texto da constituição, **hipóteses** em que também **não se revelará cabível** o recurso extraordinário”* (AI 477.645 – AgR, rel. min. Celso de Mello). (grifos no original).

Do exposto, nego provimento ao presente agravo.

Em 2007, o Governador do Distrito Federal, por meio da Procuradoria Geral da referida Unidade Federada, ajuizou Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC), registrada sob o nº 16, buscando a declaração da validade constitucional do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

O pedido liminar de suspensão dos processos em curso, onde se questiona a validade do dispositivo, foi indeferido, contudo a Ação Declaratória de Constitucionalidade obteve seguimento para apreciação e julgamento.

Após o conhecimento da Ação pela Corte Suprema, através do seguimento votado pela maioria absoluta, o Tribunal reconheceu a existência de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário registrado sob o nº 603. 397, interposto pela União.

Para título de informação vejamos os principais trechos do pronunciamento do STF acerca do Extraordinário:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

NÚMERO: 603.397

PUBLICAÇÃO: DJe nº 67 - 15/04/2010

MINISTRA RELATORA: ELLEN GRACIE

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Cezar Peluso. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.

(...)

Verifico que a definição da constitucionalidade do art. 71, § 1, da Lei 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento da empresa prestadora de serviço, questão de amplo alcance versada neste apelo extremo, **possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico**, nos termos do § 1º do art. 543 – A do Código de Processo Civil. É que o assunto alcança, certamente, grande número de interessados, **sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.** (grifos nossos)

Ademais, constato que a ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso, também trata do mesmo assunto.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral.

Como se observa, o conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, proporcionou entendimento diverso daquele que a Corte vinha seguindo, ensejando o reconhecimento de relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico em relação à controvérsia, caracterizando a existência de repercussão geral para fins de apreciação do recurso Extraordinário, e conseqüente pacificação da matéria.

Diversos entes da Administração Pública, Direta e Indireta, peticionaram ao Supremo requerendo o ingresso no Recurso na condição de “*Amicus curiae*” (amigo da corte)⁹, dentre tais entes, encontram-se os Estados da Federação, o Distrito Federal e diversos Municípios.

⁹ *Amicus curiae* – deriva do latim e significa amigo da corte; alguém que dá informação à corte em alguma matéria de direito, em relação à qual ela esteja em dúvida. A função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para algum tema que possa, de outro modo, escapar-lhe à atenção. Um *Amicus Curiae Brief* ou *Amicus Briel* (isto é, o Sumário ou Resumo do *Amicus Curiae*) é submetido, por quem não seja parte, ao *law-suit* (ou seja, ao processo, feito ou ação judicial) para ajudar a corte em obter informação de que necessite para proferir decisão apropriada ou para impedir um resultado particular no interesse público ou um interesse privado de terceiros (de partes terceiras) que seria afetado pela decisão (solução ou resolução) da disputa.

Tal instituto admite a intervenção de terceiro, permitindo a participação de entidades e de instituições que representem interesses gerais da coletividade ou de valores que expressem relevância de grupos ou classes sociais, para que possam contribuir com a prestação jurisdicional, homenageando o princípio do contraditório perante a Corte suprema.

Em novembro de 2010, sobreveio o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, reconhecendo a validade constitucional do dispositivo inserto na Lei de Licitações e afastou a responsabilidade da Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada, vejamos o teor da ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(STF - ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001)

Diante do julgamento acima transcrito, o Tribunal Superior do Trabalho, reformulou o teor da Súmula 331, até então questionada, modificando o item IV e incluindo os itens V e VI, restando disposta nos seguintes termos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da

Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Dessa forma, observa-se que ao editar o novo enunciado o Tribunal Superior do Trabalho inseriu um requisito subjetivo com fins de aferir a responsabilidade dos entes públicos pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, desconsiderando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

3.4 Validade Constitucional do artigo 71 § 1º da Lei nº 8.666/1993.

A Lei 8.666/1993 regulamenta o artigo, 37 inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos. Importa anotar, que referida norma foi editada pela União, no uso de suas atribuições, seguindo para tanto as formalidades concernentes ao processo legislativo.

Ao tratar da execução dos contratos, formalizados de acordo com as regras licitatórias estabelecidas, o legislador, através do artigo 71, § 1º, responsabilizou o contratado, resguardando a Administração Pública, que depois de obedecer os ditames legais, no que concerne a qualificação e a regularidade da empresa a ser contratada, não pode ser imputada a responder pelo dano, que diligentemente tentou evitar.

Tem-se, pois, que referida norma possui caráter formal e materialmente constitucional, tendo em vista a obediência aos ritos estabelecidos para a produção legislativa, e guarda em sua matéria estrita harmonia com a Carta Magna, prestigiando, os princípios da Legalidade, previsto no artigo 5º, II, e da Ampla Acessibilidade nas Licitações Públicas, com previsão no artigo 37, caput, XXI, princípio este, que resultou na elaboração da Lei de Licitações e Contratos.

Como destacado, em outro momento, a Administração Pública deverá obedecer ao princípio da legalidade, nos moldes do artigo 37 caput da vigente Carta Política, que deverá ser utilizado como norte e se restringir condicionalmente o que se encontre previsto em Lei.

O Poder Público não pode inovar quanto às regras impostas no procedimento licitatório, pois é obrigado a resguardar a ampla acessibilidade das licitações públicas, prevista no artigo 37, XXI, da Constituição Republicana.

Nesse sentido, vale apresentar trecho de sentença da lavra do ilustre Juiz da 1ª Vara do Trabalho de Fortaleza – CE, Dr. Judicael Sudário de Pinho, que julgando a Reclamação Trabalhista de nº 0108700-38-2009-5-07-001, fez questão de analisar a validade constitucional do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993:

(...)

A VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 71, § 1º, DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93

(...)

Trata-se portanto de norma formal e materialmente constitucional, uma vez que prestigiadora dos princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações públicas e da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (CF/88, arts. 5º, inciso II, e 37, caput, inciso XXI e § 6º).

Dentre os pilares do Estado de Direito, encontra-se a submissão da Administração Pública à legalidade e, nesse sentido, a subordinação da Administração ao Princípio da tripartição de funções estatais. Nessa linha, imprescindível lembrar M. Seabra Fagundes, para quem 'administrar é aplicar a lei, de ofício', no que é corroborado pelos mais conhecidos doutrinadores do Direito administrativo Brasileiro. Em face disso, verifica-se a impossibilidade de se exigir do Poder Público uma atuação diferente, no que concerne aos requisitos a serem cumpridos pelas empresas quando estas forem participar das licitações e contratações com a Administração. Por mais diligente e operante que seja o Poder Público, encontra limites de atuação nas previsões legais. Por total falta de disposição normativa, o Poder Público não pode exigir documentação diversa da longa lista prevista nos artigos 27 e seguintes, da Lei N.º 8.666/93, nem antes, nem depois da contratação. Não pode, por exemplo, exigir certidão negativa da fiscalização do trabalho, certidão negativa de débitos trabalhistas e tantos outros documentos quantos forem necessários para comprovar a idoneidade da empresa em relação aos encargos trabalhistas, por absoluta falta de previsão legal.

Percebe-se, portanto, que o dispositivo também encontra guarida constitucional, ao promover o princípio da ampla acessibilidade das licitações públicas, preconizado no artigo 37, XXI, da Constituição do Brasil.

Há que se destacar, ainda, que a isenção de responsabilidade subsidiária da Administração Pública não colide com o artigo 37, § 6º, do Texto Maior, que trata da responsabilidade estatal por meio do risco administrativo.

O artigo trata das situações em que os agentes públicos, nesta qualidade, causem danos a terceiros, ocasionando a responsabilização objetiva da Administração. Ocorre que as prestadoras de serviços, não agem na qualidade de ente público, restando descaracterizada a hipótese legal.

Vólia, que defende a responsabilização estatal, em caráter subsidiário, entende não haver afronta a norma constitucional, compartilhando neste ponto com corrente defensora da ilegalidade da Súmula, vejamos:

Razão parcial assiste a esta vertente, já que aquela norma foi dirigida para os casos de danos causados a terceiros por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que prestam serviço público, isto quer dizer que a administração pública só responde de forma objetiva quando, utilizando de seu *ius imperii*, para prestar serviço público e nesta qualidade, causar danos a terceiros.

Contratar empresa prestadora de serviço não se caracteriza em serviço público e nem se enquadra no poder de império da Administração Pública. É mero ato de gestão. (CASSAR, 2010, p. 511).

Ainda em relação ao dispositivo constitucional, observa-se que uma leitura superficial leva o leitor equivocadamente, a enxergar um choque frontal com o artigo da Lei de licitações, no entanto não há qualquer colisão, como ensina o Juiz do Trabalho do TRT da 1ª Região, Fábio Rodrigues Gomes, em artigo sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, vejamos:

Existe um consenso teórico e jurisprudencial sobre o conteúdo desta norma constitucional: ela dispõe sobre a responsabilidade objetiva da

Administração Pública direta e indireta, bem como dos particulares prestadores de serviços públicos. Logo, saber se ela se aplica ou não no contexto da nossa discussão é de crucial importância, eis que, na medida em que fala de responsabilização, o choque frontal com o art. 71 da Lei nº 8.666/93 o jogará ladeira abaixo, haja vista a maior hierarquia normativa daquele outro dispositivo.

(...)

Como devedor primário da obrigação era o empregador, penso que não há maiores dificuldades em se concluir que foi ele quem praticou imediatamente, diretamente ou originariamente o ato (inadimplemento) causador dano ao empregado terceirizado. Para mim, tão somente este fato já é suficiente para afastar o art. 37, § 6º, da CF/88 do problema. É claro que muitos ainda não desistirão e irão repisar a situação da culpa in vigilando da Administração Pública.

Ocorre que, depois do que foi dito, este argumento pode ser rebatido, pelo menos, de duas formas. Uma, quando se recorda que a norma constitucional cuida de responsabilidade sem culpa, não sendo lógico, portanto, trazer este elemento subjetivo para a sua aplicação. Outra, quando se destaca o fato de que, para ter havido negligência na vigilância é porque, antes disso, já aconteceu a lesão ao patrimônio do empregado, o que, por sua vez, nos remete ao início de toda a argumentação: o ato direto foi do empregador. Ou seja **é inadequada a aplicação do art. 37, § 6º, da CF/88**, uma vez que o caso em análise está fora do seu âmbito de proteção.(grifos nossos)

Extrai-se da citação, que não há que se cogitar de responsabilização em decorrência do dispositivo constitucional, pois o ato ilegal não foi praticado em decorrência da atividade administrativa.

Ademais, a Administração ao realizar contrato de terceirização, age estritamente dentro dos limites da legalidade, afastando totalmente a responsabilidade objetiva.

Nesse sentido vejamos posicionamento do Tribunal Regional da 12ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO

NÚMERO: 00661-2006-053-12-00-9

JULGAMENTO: 13/01/2010

PUBLICAÇÃO: TRTSC/DOE de 02/02/2010

RELATOR: MARCOS VENICIO ZANCHETTA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 'O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas ... *omissis* ... resultantes da execução do contrato' (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21. 06.93).

(...)

Um outro argumento que deve ser rebatido é o consistente em que a legislação ordinária já invocada ofenderia a norma constitucional insculpida no artigo 37, parágrafo 6º. Ocorre, porém, que o Texto Maior pressupõe que o 'ato' do seu 'agente' tenha sido 'ilegal' (vide Pinto Ferreira, 'Comentários à Constituição Brasileira', Saraiva, 2º vol, p. 404. Ora, se a Administração Pública, através de seu servidor, contrata a empresa prestadora de serviços obedecendo as normas inseridas da Lei das Licitações certamente não está praticando ato ilegal. Caberia, então, proceder-se a uma alteração na legislação ordinária para que passasse a ser uma exigência legal a verificação periódica, pela Entidade contratante, do cumprimento regular das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada (alteração legal essa que ainda não ocorreu). Logo, não há afronta ao citado texto constitucional.(grifos no original)

As citações reproduzidas demonstram a inexistência de qualquer afronta ao princípio da responsabilização estatal por risco administrativo em decorrência dos contratos de terceirização, visto que a ilegalidade é cometida pelo ente contratado no cumprimento de suas obrigações contratuais, de natureza privada, e não na qualidade de agente público.

Observa-se, portanto, que a Súmula nº 331 do TST, continua tentando revogar o art. 71 § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, no entanto a construção jurisprudencial do Tribunal não pode se sobrepor a Lei em plena vigência.

Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º versa que "*não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*".

O conflito existente entre o Verbete Jurisprudencial e o dispositivo da Lei Federal, mencionado alhures, é apenas aparente, tendo em vista que trata-se de confronto entre Lei, fonte direta e imediata do Direito, e entendimento jurisprudencial, fonte indireta e mediata.

Importante destacar, que o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, faculta ao Juiz quando inexistir disposições legais, utilizar-se de outros meios para garantir a prestação jurisdicional, restando claro, que existindo Lei deverá aplicá-la, ficando impedido de inovar contrariando texto legal vigente, sob pena de atentar contra a separação dos poderes, insculpida no artigo 2º da Constituição Federal.

No mesmo sentido, versa o artigo 126 do Código de Processo Civil, que no julgamento da lide, caberá ao juiz aplicar as normas legais, devendo recorrer a outros meios somente quando inexistentes aquelas.

Ao tratar do tema proposto, o ínclito Juiz da 1ª Vara do Trabalho de Fortaleza, Dr. Judicael Sudário de Pinho, em julgado aqui já mencionado, esclarece a impossibilidade de aplicação de Súmulas em detrimento de fontes formais e materiais do direito, vejamos:

A SUMULA N.º 331, INCISO IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (FONTE MEDIATA DO DIREITO) EM CONFRONTO COM O ART. 71, § 1º, DA LEI N.º 8.666/93 (FONTE IMEDIATA DO DIREITO).

(...)

A situação que se apresenta e que constitui objeto de análise no presente ensaio é a de **uma Súmula prevalecendo sobre um dispositivo legal ainda não declarado inconstitucional**. Ao invés de realizar o controle difuso de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8666/93, declarando incidentalmente sua inconstitucionalidade, se entendesse ser o caso, realizou o Tribunal Superior do Trabalho **verdadeira ‘criação’ de uma nova ordem jurídica**, sem ter legitimidade para tanto, já que cabe ao Poder Legislativo a tarefa de legislar.

(...)

A atribuição da responsabilidade subsidiária aos entes integrantes da Administração Pública, fundamentada na Súmula N.º 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho, **representa ofensa direta e literal a dispositivo de lei vigente**, o art. 71§ 1º, da Lei N.º 8.666/93. E por ser a Súmula uma expressão da jurisprudência dominante do tribunal Superior do Trabalho, **não pode prevalecer sobre a legislação em vigor**, pois afronta o sistema romano-germânico adotado pelo Brasil. (grifos nossos)

Como vislumbra o douto julgador acima mencionado, é ilegal a condenação da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos pelos entes contratados por Licitação Pública, por inexistir previsão legal para tanto, pelo contrário, existe norma isentando tal responsabilização, seja solidária ou subsidiária.

3.5 Inobservância da Cláusula de Reserva¹⁰ de Plenário.

Ainda que entendessem os Tribunais que o dispositivo legal em apreço fosse eivado de inconstitucionalidade, deveriam fazer menção expressa sobre tal vício, pois ao afastar a aplicabilidade do artigo, de forma silenciosa, violam a Súmula Vinculante nº 10, editada pela Corte Suprema, com o escopo de garantir a reserva de plenário estatuída no artigo 97, da vigente Carta Magna.

A cláusula de reserva de plenário condiciona a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo Poder Público à observância do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do respectivo órgão especial.

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência, que acrescentou a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração em caso de culpa, não declarou expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo.

Dessa forma ao afastar a aplicabilidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mesmo sem declará-lo inconstitucional, os tribunais violam a cláusula de reserva de plenário, tendo em vista o teor da Súmula Vinculante nº 10¹¹.

3.6 Garantia dos Direitos do Trabalhador Terceirizado.

O Tribunal superior do Trabalho ao acrescentar a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração, utilizou como principais argumentos a proteção ao empregado e o respeito ao princípio da moralidade pública.

¹⁰ O princípio da reserva de plenário está assegurado no art. 97, da CF/88, ele determina que "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Desta forma, é indispensável a presença da maioria absoluta no Tribunal Pleno ou no órgão especial que lhe fizer às vezes. Tal regra é excepcionada, unicamente, quando se tratar do disposto no artigo 481, CPC.

¹¹ Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte. Publicada no *DOU* de 27-06-2008.

No entanto, a correta aplicação da Lei não significa afronta ao princípio da proteção do trabalhador, nem tão pouco o abandono dos empregados, pois, além de desprestigiar a legislação em vigor, o enunciado não conseguiu promover a proteção aludida.

O Verbete Jurisprudencial abre margem para a utilização de meios fraudulentos pelas empresas contratadas pelo Poder Público, que além de receberem da Administração pela prestação de serviços, não se veem obrigadas a adimplir os empregados, pois os Tomadores Públicos são responsabilizados pelos encargos que a elas deveriam incidir.

Há que se observar, que o erário público é que sofre as consequências, pois acaba sendo onerado duplamente, tendo em vista que, paga pelo contrato com a empresa prestadora de serviços e ainda arca com os débitos trabalhistas da mesma. Importa anotar ainda, que é toda a sociedade que suporta tal ônus. A título de ilustração, a ADC 16, informou que no ano de 2006, as condenações subsidiárias, imputadas ao Distrito Federal, resultaram em R\$ 1. 123.752,36 (um milhão, cento e vinte e três mil setecentos e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos).

Importante anotar que referidos valores poderiam ter sido aplicados em programas que atingissem toda a sociedade, mas ao contrário foram utilizados para adimplir débitos de determinadas empresas.

.A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 71, caput, ao atribuir a empresa a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, de fato prestigiou o princípio da proteção do trabalhador, bem como o princípio da dignidade humana, pois não condicionou a satisfação dos direitos do empregado a uma eventual interposição de Reclamação Trabalhista, como fez o entendimento sumular.

O disposto na Lei Federal deverá ser observado, também, para pedagogicamente educar os empregadores, que não terão amparo para burlar suas obrigações e fazer os trabalhadores se verem obrigados a procurar a Justiça do Trabalho para terem seus direitos atendidos, passando por toda a morosidade do judiciário e a pressão moral e psicológica sofrida em decorrência do processo. Tal medida, portanto, promoverá o princípio da dignidade humana.

Porém, em uma eventual Reclamação Trabalhista interposta em decorrência de insuficiência de patrimônio da empresa para adimplir seus débitos trabalhistas, deverá ocorrer à desconsideração da personalidade jurídica¹² para atingir o patrimônio dos sócios da empresa, pois comprovada a ação dolosa ou maculada de má fé, através de meios fraudulentos, a desconsideração para beneficiar o empregado lesado, além de ser permitida, implica na mais lúdima justiça.

CONCLUSÃO

Conforme nos foi possível anotar durante a exposição deste trabalho acadêmico, a Terceirização é espécie de contrato que enseja uma relação trilateral, onde determinado tomador realiza acordo com um ente prestador de serviços, que por sua vez contrata a força de trabalho.

No âmbito da Administração Pública, os contratos de Terceirização, são permitidos pela Constituição Republicana e possuem regramento específico, que deverão ser observados, tendo em vista que o Poder Público está adstrito às regras legais.

Ainda em relação à Administração Pública, observa-se a querela construída acerca do inadimplemento do contratado para com as verbas do trabalhador, tendo em vista, que a lei regulamentadora de tais contratos, imputa a empresa terceirizada a responsabilização pelos créditos resultantes da execução do contrato, isentando o Poder Público de qualquer responsabilização, enquanto que o TST editou entendimento, na Súmula nº 331, V, contrariando o dispositivo legal.

O referido Verbete Jurisprudencial serve de parâmetro para decisões nos Tribunais Trabalhistas, formando entendimento majoritário neste sentido, contudo, a Súmula ocasionou uma construção divergente no campo doutrinário e judicial, ensejando julgados de diferentes naturezas, responsabilizando ou não os entes estatais.

¹² O TST ao julgar o processo Nº TST-AIRR-34440-02.2004.5.02.0034 C/J PROC. Nº TST-AIRR-34441-84.2004.5.02.0034, entendeu ser necessário a desconsideração da personalidade jurídica, justificada pela tentativa de fraude.

Embora existam Juízes e Tribunais, isentando o Poder Público de Responsabilidade, o Tribunal Superior do Trabalho quando da análise da matéria em sede de Recurso, tem sido intransigente e taxativo aplicando o que dispõe o entendimento por ele editado, condenando constantemente os entes da Administração Pública.

Observa-se, portanto, que o dispositivo sofre constante negativa de vigência pelos Tribunais do Trabalho, no entanto, ao afastar a aplicação do mesmo não o declaram inconstitucional, violando dessa forma a cláusula de reserva de plenário.

Diante de tais fatos, o Governador do Distrito Federal, ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, objetivando a confirmação da validade constitucional do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, que diz serem intransferíveis os encargos imputados ao contratado para a Administração Pública, levando ao Supremo a responsabilidade de pôr fim à polêmica.

Com base na análise realizada, verificou-se que o dispositivo legal em questão não confronta o texto constitucional, por outro lado o enunciado nº 331 do TST, afronta o princípio da legalidade e a separação das funções estatais, além de violar a cláusula de reserva de plenário, se configurando desta forma inconstitucional.

Conclui-se, desse modo, que o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, não deve ser afastado, sendo aplicável de forma plena e indiscutível aos contratos de terceirização celebrados pela Administração Pública, pois do contrário os entes públicos municipais sofrerão prejuízos irreparáveis.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 1ª. edição. Niterói: Impetus, 2007.

_____. **Manual de Direito do Trabalho**. 9ª edição. Niterói: Impetus, 2006.

BRITO JUNIOR, Willian de Almeida. **A Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho frente à Lei de Licitações e Contratos**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6591/a-sumula-no-331-iv-do-tribunal-superior-do-trabalho-frente-a-lei-de-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em: 18/04/ 2014.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4ª edição, Niterói: Impetus, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: Ltr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública: perguntas e respostas sobre a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93**. Revista do TRT/EMATRA – 1ª Região. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/REVISTA%20DO%20TRT-ESCOLA%20JUDICIAL%20N%2046/RESPONSABILIDADE%20SUBSIDI%3%81RIA%20DA%20ADMINISTRA%3%87%3%83O%20P%3%9ABLICA.PDF>. Acesso em: 10/05/ 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELES, Livia Maria Silva. **Aplicabilidade Do Inciso Iv Do Enunciado 331 Do Tst Aos Contratos De Terceirização Da Administração Pública**. NetSaber Artigos. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_1273/artigo_sobre_aplicabilidade_do_inciso_iv_do_enunciado_331_do_tst_aos_contratos_de_terceirizacao_da_administracao_publica>. Acesso em: 26/04/ 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAIS, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 23ª edição, São Paulo: Atlas 2003.

PIMENTEL, Desireé de Araújo. **O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5187/o-enunciado-no-331-iv-do-tst-e-o-regime-proprio-da-administracao-publica>>. Acesso em: 13/04/ 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V. IV. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. . V, IV. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.