

O efeito da ADC 16 no caso típico de inadimplemento dos pagamentos rescisórios trabalhistas pela empresa que presta serviços ao ente público

WESTFAHL, Daniela Villas Boas *

O ordenamento jurídico não é, pois, formado por uma série de normas ideais, em função das quais os fatos vão valorativamente se desenvolvendo, mas sim uma realidade concreta de três dimensões que desde o início se correlacionam em unidade plural.

Miguel Reale

How can long term goals be pursued in an economy devoted to short term? How can mutual loyalties and commitments be sustained in institutions, which are constantly breaking apart or continuously being redesigned? These are the questions about character posed by the new, flexible capitalism.

Richard Sennet

A realidade acachapante do trabalho terceirizado inunda, há muito, as Varas e Tribunais do trabalho sem que haja uma legislação que contemple, de forma específica, o drama social subjacente. A reclamação trabalhista típica de terceirização – vivenciada diariamente pelos que atuam na área – é a do empregado que deixa de receber seus pagamentos rescisórios após o fim do contrato entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora de serviços. O problema individual dos empregados dispensados sem pagamento se intensifica se considerarmos o contingente estimado de 8 milhões de empregados terceirizados (1). Mais ainda, se considerarmos que a categoria carece de uma representação sindical unificada – como ilustra o debate entre o Siemaco e o Sinddeepres (2). E que o principal fator de escolha de uma empresa prestadora é o preço, o que acarreta uma constante pressão para achatamento dos salários e agravamento das condições de trabalho.(3)

Não há artigo de lei que atribua especificamente responsabilidades sobre os pagamentos frustrados ao empregado quando seu empregador direto “desaparece do cenário jurídico, ou mesmo do mundo fático” (4). Os dispositivos legais que disciplinaram as diversas formas de trabalho por empresa interposta – artigos 442 e 455 da CLT, Leis n. 6.019/1974 e n. 7.102/1983 – não foram

capazes de elencar todas as modalidades daquilo que o art. 9º da CLT expressa de forma clara: serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. Cumprindo a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, a jurisprudência trabalhista – fiel à tridimensionalidade do Direito – consolidou-se no verbete da Súmula n. 331, do C. TST.

Trava-se um intenso debate ideológico em torno do tema, desde o seu surgimento. De um lado, estão os adeptos da desoneração do Estado e enxugamento da máquina estatal, que vêem na terceirização um instrumento essencial e não admitem que os cofres públicos paguem duas vezes, uma pelo contrato e outra pelas verbas trabalhistas. Para Brito Junior,

[...] não deve prevalecer o entendimento que favoreça o interesse particular do empregado em detrimento do Poder Público como um todo, sob pena da Justiça Trabalhista causar danos indevidos ao erário e ao interesse público. (...) O Estado não tem meios de evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas, podendo apenas aplicar sanções ao contratado, uma vez verificado o desrespeito às mesmas. (5)

De outro lado, estão os defensores da ampliação da responsabilidade do tomador, a fim de se evitar a precarização e o aviltamento do trabalho. Souto Maior entende que: uma terceirização, ou seja, a transferência de atividade que é indispensável à realização empresarial, de forma permanente – seja ela considerada meio ou fim, pouco importa, – não pode, simplesmente, se transferir a terceiro, sem que se aplique a tal negócio jurídico a regra de definição do empregador fincada no art. 2º, da CLT, isto é, a consideração de que aquele que se utiliza de trabalhador subordinado e que assume os riscos da atividade econômica é o real empregador, sendo este, no caso, evidentemente, a empresa tomadora dos serviços.(6)

Adotando o que Godinho Delgado chama de “controle civilizatório da terceirização” (7), a Súmula n. 331 do

C. TST optou pelo caminho do meio, prevendo a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, desde que demonstrada sua culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Na raiz do entendimento sumulado, encontram-se o art. 9º da CLT e o art. 927 do Código Civil: não se admite a fraude aos direitos do trabalhador; e aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, deve repará-lo. Mais profundamente ainda, encontra-se o princípio da dignidade humana.

Em confronto com o disposto no art. 71 da Lei de Licitações, o entendimento sumulado se manteve intacto, tendo o C. TST estabelecido que a norma não exclui, de forma absoluta, a responsabilidade do ente público. As razões deste entendimento estão elencadas no IUIJ-RR-297.751/1996:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ENUNCIADO N. 331, IV, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71 DA LEI N. 8.666/1993. Embora o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. 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, estabele-

cendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. (IUIJ-RR-297.751/1996, Tribunal Pleno, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 20.10.2000). (grifei).

No trecho grifado delinea-se a espinha dorsal do antigo item IV da Súmula n. 331 e de todas as decisões que a seguiram: o inadimplemento **revela** a culpa *in vigilando* da tomadora. Ou seja: o inadimplemento dos encargos trabalhistas, por parte da prestadora, **por si só**, indica a culpa *in vigilando*. Esta tem sido a orientação dos tribunais trabalhistas, por longo tempo, a ponto de constituir óbice ao prosseguimento de recurso a adoção de tese contrária.

Este pressuposto, contudo, foi duramente atacado com a Declaração de Constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, julgada em 24.11.2010 e cujo Acórdão foi publicado apenas em 09.09.2011, com a seguinte 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. Conseqüência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 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 n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 09.09.2011).

Embora o efeito imediato da ADC 16 se limite à declaração de constitucionalidade da norma, a fundamentação do voto dos Exmos. Ministros aponta para um efeito mais amplo e poderá dar margem a uma série de reclamações perante o Supremo. Para pacificar o direito, é necessário que sejam acolhidos os fundamentos trazidos pelo Excelso Pretório, sob pena de o tema converter-se em uma série interminável de recursos.

O Exmo. Ministro Relator da ADC 16, Cezar Peluso, originalmente opinava pelo não conhecimento da ação, sob o seguinte argumento: se a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações não foi o fundamento da Súmula n. 331, então não há interesse na declaração de constitucionalidade da norma. Foi vencido, contudo, pela maioria, que considerou que a Súmula n. 331 havia declarado, de forma oblíqua, a inconstitucionalidade do art. 71. Defendendo a cognoscibilidade e relevância da Declaração, disse o Exmo. Ministro Marco Aurélio:

(...) A meu ver, quando se declarou, sem se assentar a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, a responsabilidade, se afas-

tou esse preceito, sem se cogitar da pecha de inconstitucionalidade. (...)“Temos inúmeras reclamações apontando que, em última análise, os Tribunais do Trabalho (...) acabam driblando, no bom sentido, o art. 71, da Lei 8.666/93, deixando de observá-lo e sem que declarem o conflito desse dispositivo com a carta da república. Daí a conveniência de nós adentrarmos o tema e pacificarmos a matéria.

E, ao adentrarem o mérito da Ação, instaurou-se um debate que revela a oposição do Supremo a alguns dos fundamentos da Súmula n. 331, IV, do C. TST (em sua antiga redação). O debate pode ser visto em <http://www.youtube.com/stf#p/search/2/9dOcrEJQK3U> (canal oficial do STF) e, dele, extraem-se os seguintes trechos emblemáticos:

Relator Min. Cezar Peluso:

- Se o Tribunal (STF) reconhecer a constitucionalidade, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça do Trabalho, com base em outras normas e outros princípios, e à luz dos fatos de cada causa, reconhecer a responsabilidade da Administração.

- O que o Tribunal (TST) fez? E fez com acerto. Ele reconheceu que a mera inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas não transfere a responsabilidade para a Administração. (...) Isto não significa que eventual omissão da Administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à Administração. É outra matéria a ser examinada sob a luz de outras normas constitucionais.

Min. Cármen Lúcia

- (...) lê o IUJ: ‘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 sempre que cause danos a terceiro.’ - Esta frase é rigorosamente, fragorosamente, exemplarmente, contrária à constituição, porque o artigo 37, § 6º trata de responsabilidade objetiva extrapatrimonial e extracontratual, e aqui a responsabilidade é contratual. Na verdade contrariando a constituição.

- A Administração licita, contrata, a lei diz que ‘não assumirá’, e aí ela assume duas vezes. Ela pagou este contratado, que ela contratou de maneira equivocada - a licitação então não valeu de nada - e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por este trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada.

Min. Marco Aurélio:

- O problema maior é que, na verdade, o § 1º, artigo 71, da Lei 8.666/93 é categórico: a inadimplência (...) não transfere à Adminis-

tração pública a responsabilidade (...). Então o que ocorreu, em última análise: se fechou a Lei 8666/93 e se decidiu a partir do disposto no 37, § 6º, da CF e do artigo 2º da CLT, mas sem se afastar do cenário jurídico o preceito. O que é isso, senão algo glosado pelo verbete vinculante nº 10?

- A Justiça do Trabalho tem batido o carimbo com o 331 da Súmula.

- (sobre artigo 37, § 6º, da CF): não encerra esse dispositivo a obrigação solidária do poder público quando arregimenta mão de obra mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços.

- O que preceitua o § 2º do artigo 2º da CLT - a solidariedade - mas qual é a premissa dessa solidariedade? A direção, controle ou administração de outra. O poder público não tem a direção e não tem também o controle da empresa prestadora de serviços.

- Então creio que sobra unicamente o parágrafo único do artigo 71, no que exclui (...) a responsabilidade pela inadimplência do contratado, isso quanto ao poder público que licita, formaliza o contrato (...) e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais. A entender-se que o poder público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva, nós teríamos que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza o serviço. Por isso que, a meu ver, deu-se um alcance, primeiro ao § 6º, do artigo 37, da CF, que ele não tem, decididamente não tem. Não há o ato do agente público, causando prejuízo a terceiros, que são os prestadores de serviços.

Min. Gilmar Mendes

- O que está acontecendo, Sr. Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando de forma irrestrita a responsabilidade do ente Estatal.

- Gostaria de pontuar que, a rigor, ao afirmarmos a constitucionalidade do artigo 71, nós estamos a fazer uma severa revisão da jurisprudência do TST quanto aos recursos extraordinários, temos que mudar nossa postura em relação à não admissibilidade dos recursos. Até pode ocorrer, um caso de culpa *in vigilando*, patente, flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada, porque não tomou as cautelas de estilo, mas não é o caso da rotina dos Acórdãos que nós temos visto do TST, de modo que temos que rever o **entendimento** que então vinha sendo praticado no Tribunal.

Inicialmente, após a análise dos debates acima transcritos e do inteiro teor dos votos proferidos na ADC 16, observa-se ter ocorrido ligeira impropriedade na elaboração da ementa da ADC. Com todas as vênias devidas, o título principal da ementa - “responsabilidade contratual” - é

alheio ao conceito de responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, que sempre foi fundamentada na responsabilidade aquiliana do ente público, pois a relação relevante se dá entre o trabalhador e a Administração, os quais não estão vinculados pelo contrato de licitação. Além disso, a impossibilidade jurídica, incluída isoladamente no corpo da ementa do Acórdão da ADC 16, não chegou a ser discutida pelo STF e tampouco foi objeto da ação, pelo que se infere do relatório do Exmo. Min. Cezar Peluso. Foi considerado admissível o reconhecimento de culpa “flagrante” do ente público, o que, evidentemente, ultrapassa a questão preliminar da impossibilidade jurídica do pedido. Assim, a inserção dos termos “responsabilidade contratual” e “impossibilidade jurídica” na ementa da ADC não reflete a matéria efetivamente decidida pelo E. STF naquela Ação.

Em segundo lugar, constata-se que o caráter dúbio da decisão proferida na ADC 16 – já evidenciado, de plano, no texto da ementa – gerou uma cisão entre as manifestações do próprio Excelso Pretório nas Reclamações subsequentes. Como exemplo, mencionam-se as decisões monocráticas proferidas nas Reclamações 11308, 11855, 12937, 12950 (Min. Celso de Mello), 11487 (Min. Ricardo Lewandowski) e 11698 (Min. Ayres Britto), admitindo a responsabilização decorrente da culpa da administração; e as decisões monocráticas proferidas nas reclamações 12558, 12963 (Min. Cármen Lúcia) e 12919 (Min. Gilmar Mendes), em sentido diametralmente oposto, defendendo a inadmissibilidade da responsabilização subsidiária por omissão da administração. Por isso, o que se discutirá aqui não é a aplicação isolada dos diversos silogismos adotados no Acórdão da ADC 16, mas sim a interpretação dessa decisão de uma forma que possa manter coerência com o ordenamento jurídico pátrio e com a realidade fática que se discute.

Não há dúvidas de que prevaleceu no STF o entendimento de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora não enseja a responsabilidade da tomadora, pois há lei válida e eficaz prevendo o oposto. Analisando-se o conteúdo dos votos da ADC e os trechos acima transcritos, observa-se que os Exmos. Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia, acompanhados pela maioria, declararam enfaticamente que: 1) a responsabilidade objetiva do ente público, fixada no art. 37, § 6º, da CF, não é aplicável aos contratos de licitação e 2) a isenção de responsabilidade, segundo esses Ministros, é a regra, constituindo exceção os casos em que se demonstre a “culpa *in vigilando* flagrante”. Nesses termos, sempre que a responsabilidade decorrer do “mero inadimplemento” da prestadora, a decisão do TST será desafiada perante o STF. É necessário, portanto, fugir do “mero inadimplemento” e inquirir, caso a caso, a culpa *in vigilando* do ente público.

O ônus de comprovar a “culpa flagrante” do ente público não pode ser imputado ao empregado. Trata-se de prova injusta e fora de sua esfera de possibilidades, não tendo o trabalhador hipossuficiente condições de embrenhar-se nos contratos e comprovantes referentes ao procedimento licitatório e à vigilância do contrato. O critério dinâmico de distribuição do ônus da prova, enunciado por Ada Pellegrina Grinover, no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos (art. 10, §1º), afigura-se mais adequado:

[...] sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Inadmissível, também, o argumento de que o Estado não teria o poder de fiscalizar, um a um, seus contratos, ou de que não há lei que o obrigue a tal fiscalização (8). Primeiro, a lei existe: o art. 67 da Lei de Licitações impõe o acompanhamento e fiscalização do contrato pela Administração. Havendo este dever, é evidente que a Administração tem possibilidades materiais de cumpri-lo. E, à vista do resultado negativo – da sonegação dos pagamentos rescisórios do trabalhador – infere-se a omissão do dever legal de fiscalizar.

Na lição de Maria Helena Diniz (9), no caso do dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, **embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável** na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. Este entendimento, de que a omissão genérica traz em si a conduta culposa, já foi adotado diversas vezes pelo E. STF, nos casos de “falta do serviço”. No RE 372.472, decidiu-se: a responsabilidade do Estado por ato omissivo é subjetiva. Todavia, não é necessário, em casos como o que está sendo tratado, que essa culpa seja individualizada, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. Assim, a omissão no cumprimento do dever de fiscalizar, contido no art. 67 da Lei n. 8.666/1993, enseja o reconhecimento da culpa – e consequentemente, da responsabilidade – da Administração. O instituto da responsabilidade do Estado por ato omissivo – há muito reconhecido pela doutrina e jurisprudência – supre a inaplicabilidade do art. 37, § 6º, da CF, acolhida pelo E. STF na ADC 16.

Nunca é demais ressaltar que a Súmula n. 331 – ao contrário do inferido nos debates da ADC 16 – não é um mero carimbo, alheio à realidade fática dos autos. Trata-se, antes, de um critério construído após anos de análise dessa situação fática e da reiteração da conduta omissa e deletéria da Administração pública. Infelizmente, a culpa flagrante da Administração não é um fato excepcional, mas sim um fato notório nos tribunais trabalhistas. Novamente, adequando-se à dinâmica dos fatos e ao posicionamento do E. STF, o C. TST reformulou o verbete da Súmula n. 331, excluindo a afirmação de que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas implica a responsabilidade subsidiária” e incluindo uma nova construção lógica, segundo a qual a culpa da administração passa a ser condição imprescindível para a responsabilização do ente público, tal como fixado pelo STF na ADC 16. Eis o verbete do item V da Súmula n. 331, em sua nova redação:

Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, es-

pecialmente 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.

Ocorre que a culpa flagrante, a que se referiu o STF, e que passou a constituir elemento essencial da responsabilidade subsidiária do Estado, é tema pertinente apenas aos fatos do caso concreto, portanto insuscetível de reapreciação pelas cortes superiores (Súmulas n. 126 do C. TST e n. 279 do E. STF). Assim, de maneira geral, caberá ao Tribunal Regional a palavra final acerca da responsabilização do ente público, desde que esta tenha sido apreciada sob a ótica da culpa da Administração. E esta análise só pode ser profunda – não restrita ao manto formal da licitação – já que a mera adoção de procedimento licitatório tem se revelado pífia para a garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados. A primazia da realidade sempre pautou a interpretação do Direito do Trabalho.

O caso específico da prestadora que “desaparece” ao fim do contrato com a Administração Pública, sem quitar as verbas rescisórias de seus empregados já foi apreciado algumas vezes pelo C. TST, não havendo ainda consenso sobre o tema. Há julgados considerando que o não pagamento das verbas rescisórias é insuficiente para caracterizar, por si só, a culpa *in vigilando*. Nesse sentido:

Processo RR 146400-92.2008.5.15.0055. Data de Julgamento: 30.11.2011, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02.12.2011:

O E. Regional consignou: ‘a tese do Recorrente de que não teria culpa pelo inadimplemento das verbas rescisórias não vinga. Cumpria ao recorrente ter fiscalizado de perto a conduta da prestadora de serviços, inclusive no que tange aos acertos rescisórios de seus empregados (culpa *in vigilando*); não tendo assim agido, é de se manter a condenação originária na multa por atraso nesse pagamento.’

A decisão foi **reformada** pelo C. TST, pelos seguintes fundamentos: ‘Assim, não tendo o Regional identificado concretamente, mas apenas de forma genérica, que o Agravante foi omissivo quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da prestadora de serviços, incorrendo em culpa *in vigilando*, não há falar em responsabilidade subsidiária, sendo certo que o reconhecimento de tal responsabilidade afronta o disposto no art. 71, § 1.º, da Lei n. 8.666/93.’

Contudo, o entendimento prevalente tem sido no sentido oposto, qual seja, o de que a ausência de pagamento das verbas rescisórias, especialmente quando aliada à revelia da prestadora de serviços, demonstra culpa *in vigilando*, justificando a responsabilização subsidiária do ente público. Nesse sentido:

Processo AIRR 658-09.2010.5.03.0020, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento 30.11.2011, 1ª Turma, Data de Publicação 02.12.2011

O E. Regional consignou: ‘Do mesmo modo, cabe à Administração acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, zelando pelo seu fiel cumprimento, nos termos dos arts. 66 e 67, da Lei n. 8.666/1993. Se não toma tais precauções e descumpra a prestadora de serviços suas obrigações de empregadora, como *in casu*, em que se discute pagamento de verbas rescisórias, restam caracterizadas a culpa *in eligendo* e *in vigilando*- ou seja, comete a tomadora um ato ilícito, aflorando, assim a sua responsabilidade, nos termos dos arts. 186 e 927, do CC/2002’.

A decisão foi **mantida** pelo C. TST, nos seguintes termos: AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR CULPA *-IN VIGILANDO-*. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DOS ARTS. 67 E 71 DA LEI N. 8.666/1993. INCIDÊNCIA DO ITEM V DA SÚMULA N. 331 DO TST. NOVA REDAÇÃO. Esta Corte Superior, diante da declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC-16, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 24.05.2011, veio a promover a alteração do item IV da Súmula n. 331 do TST e a ela acrescentar os itens V e VI, para explicitar o alcance da responsabilidade subsidiária do ente público sempre que evidenciada a conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/1993, especialmente na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Esse entendimento objetiva dar efetividade à decisão da Suprema Corte, na medida em que a responsabilidade subsidiária dos entes da administração pública resulta de expressa disposição do art. 67 da Lei n. 8.666/1993, em conjunto com as regras da responsabilidade civil - da qual o ente público não está excepcionado - e os princípios expressos na Constituição Federal que consagram a valorização do trabalho, cuja interpretação sistêmica impõe à Administração Pública o dever de velar pela adequada e correta execução do contrato administrativo, que se estende à observância dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada. Deve ser mantida, portanto, a decisão agravada. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

O posicionamento acima também foi adotado pela E. SDI I, do C. TST, no julgado abaixo:

E-RR 155500-93.2007.5.21.0005, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamen-

to. 29.09.2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 07.10.2011.

RECURSO DE EMBARGOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PETROBRAS. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO ADMINISTRATIVO. CULPA *IN VIGILANDO*. ADC 16. REVELIA DO EMPREGADOR. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. Decisão da c. Turma em consonância com o item V da Súmula n. 331 do c. TST, na medida em que destaca a culpa *in vigilando* da Petrobras, porque houve inadimplência das obrigações trabalhistas das obrigações decorrentes do vínculo empregatício da empresa prestadora de serviços com a reclamante, constatado que não fiscalizado o contrato de trabalho, porque não pagas verbas pelo empregador verbas salariais como salários, verbas rescisórias, férias vencidas, 13º salário, dentre outras parcelas de natureza alimentar, nos exatos termos da decisão do E. STF no julgamento da ADC 16. Embargos não conhecidos. 'No caso, o v. acórdão regional mantém a responsabilidade subsidiária reconhecida pela r. sentença, uma vez que evidenciada a culpa *in vigilando* da tomadora dos serviços por ter se omitido de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, que era regularmente contratada pela Petrobras e que a empregada teve seus direitos trabalhistas -escamoteados- pela ex-empregadora, conforme a inicial em que a autora pleiteia inclusive salários, verbas rescisórias, férias vencidas, 13º salário, dentre outras parcelas de natureza alimentar. A manutenção da responsabilidade subsidiária se impõe, pois evidenciada a culpa *in vigilando* do tomador, inclusive pela revelia da empresa por ela contratada.'

Este último posicionamento – que, por enquanto, tem se revelado dominante no C. TST – respeita o critério de integração da norma pelo fato social e o valor subjacente: uma empresa inidônea, capaz de desaparecer sem pagar salários e verbas rescisórias, não nasce de um dia para o outro, não se torna inidônea sem o conhecimento e o acompanhamento daquele que a contratou. Para tanto, ela há que ter se constituído sem o capital necessário, contando exclusivamente com os pagamentos da tomadora e sem reservar provisões para o término do contrato. E o término do contrato com o ente público é fato não só previsível, como predeterminado. O inadimplemento das verbas rescisórias dos trabalhadores ao fim do contrato público só pode significar, no mínimo, imprevidência do prestador e da tomadora.

Em suma, a responsabilização subsidiária do ente público pelas verbas rescisórias inadimplidas pela prestadora de serviços decorre da análise sistemática da Lei de Licitações – em cotejo com a legislação trabalhista e seus princípios protetivos. Sendo o fim do contrato de trabalho um fato perfeitamente previsível – tanto para a prestadora como para a tomadora – o descumprimento da obrigação legal de quitação dos haveres rescisórios decorre necessariamente da culpa de ambas e não pode ser tido como “mero inadimplemento” para o efeito de aplicação da Súmula n. 331, V, do C. TST. Não se está negando vigência ao preceito legal. Se o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 é constitucional, o art. 67, do mesmo diploma, também o é; e o art. 9º da CLT; e o art. 927 do CC. O art. 71, vigente e eficaz, por limitar o direito do trabalhador, deve ser interpretado de forma restritiva, sem escusar os casos de culpa ou dolo da Administração. E de forma harmônica com a legislação trabalhista. Daí, resta infundado o receio do Exmo. Min. Marco Aurélio, de que a transferência de responsabilidades trabalhistas se estenda também às dívidas comerciais e tributárias. Permanece intacto o critério oferecido pelo Exmo. Min. Cezar Peluso: o mero inadimplemento não transfere responsabilidades trabalhistas à Administração; mas o inadimplemento por culpa da Administração, transfere.

Notas

- (1) Pesquisa Setorial Sindeprestem/Asserttem (2009/2010). Disponível em: http://www.funtrab.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=106&id_comp=349&id_reg=133120&voltar=lista&site_reg=106&id_comp_orig=349
- (2) TST E ED RR 110400-52.2005.5.02.0058
- (3) **Os trabalhadores frente à terceirização**. Série Pesquisas DIEESE, n. 7, maio/1993. São Paulo, 1993.
- (4) Expressão utilizada pelo Exmo. Min. Ricardo Lewandowski ao manifestar-se na ADC 16, 17min10s da sessão.
- (5) **A Súmula nº 331, do TST frente à Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6591>
- (6) Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**; Num. 9, julio-diciembre de 2009, p. 159-174.
- (7) **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, p. 450.
- (8) RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001. p. 146.
- (9) **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. p. 435.

(*)Graduada em direito pela PUCAMP. Pós-graduação em Trabalho e Relações Industriais pela Universidade de Illinois em Urbana-Champaign/EUA. Assessora de Desembargador no TRT da 15ª Região