

A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização: a repercussão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

Viviane Miranda da Câmara¹

Resumo: Aborda-se, através da utilização do método dialógico, a responsabilidade subsidiária, com ênfase nas relações terceirizadas entre os entes da Administração Pública direta e indireta e a prestadora de serviços, no caso de comprovada culpa in vigilando, por parte do poder público, no que tange à sua fiscalização no cumprimento contratual e legal em relação à empresa contratada. Utiliza-se como base o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e seus reflexos na Súmula nº 331 do TST para demonstrar quando o ente público será responsabilizado pelo inadimplemento nos contratos terceirizados e a sua responsabilidade do tipo subjetiva.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade. Fiscalização. Súmula nº 331 do TST. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Sumário: 1 Introdução – 2 A terceirização na Administração Pública – 3 Responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização – 4 A constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16) 5 A jurisprudência da justiça do Tribunal Superior do Trabalho – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

O presente estudo objetiva a análise da terceirização de serviços na seara da Administração Pública, com enfoque na possível responsabilização desta, ainda que de forma subsidiária, no que diz respeito ao pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes da execução de contrato administrativo de prestação de serviços, quando da inadimplência por parte da empresa contratada.

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional S.A. Advogada. E-mail: vivi_camara88@yahoo.com.br

Terceirizar é um modo de gestão que, apesar de não ser uma modalidade recente, pois o fenômeno teve início no final dos anos 60, com o advento do Decreto-Lei nº 200/1967, é um assunto que está em meio a discussões no âmbito do judiciário brasileiro, tendo em vista o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, no sentido de declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, ao decidir que não serão transferidos para a Administração Pública os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais em virtude da mera inadimplência do contratado para prestar os serviços terceirizados.

As novidades introduzidas pelo julgamento da ADC nº 16 serão explanadas com o intuito de esclarecer que a Administração Pública será responsabilizada de forma subsidiária, no momento em que a inexecução contratual tiver, como causa principal, a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços, ou seja, quando este incorrer em culpa in vigilando.

Contudo, será demonstrado que não pode haver generalização na interpretação do caso concreto, pois nem sempre haverá responsabilidade por parte do tomador de serviços, em virtude de, hoje, tal responsabilidade ser do tipo subjetiva, que depende de comprovada fiscalização, conforme entendimento fixado na ADC nº 16.

O tema objeto da pesquisa possui grande importância em razão da dimensão da quantidade de demandas judiciais em que o ente público foi vencido, tendo como fundamento a efetiva aplicação da Súmula nº 331, do TST, violando preceitos constitucionais, de forma a acarretar grande prejuízo aos cofres públicos em decorrência da inadimplência de terceiro, gerando, assim, dupla penalização do ente público contratante.

Por fim, será apresentada a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como escopo demonstrar o seu posicionamento quanto à questão em análise.

2 A terceirização na Administração Pública

2.1 Vantagens e desvantagens da terceirização na Administração Pública

Em busca de um mecanismo para desenvolver a sua atividade-fim com mais eficiência e de forma especializada, a Administração Pública encontrou na terceirização um meio que lhe assegurasse que, transferindo a um terceiro uma função que não fizesse parte da sua linha principal de atuação, estivesse dentro da legalidade.

Dessa forma, o Decreto-lei nº 200/1967 (BRASIL, 2011a), prevê que o Poder Público, através de contrato administrativo, possa deslocar alguns serviços que fogem

aos objetivos principais de suas atividades. Esses serviços passam a ser executados por uma via indireta, de modo a garantir um bom desempenho de um determinado segmento da Administração Pública no seu âmbito de atuação, tendo em vista que passa a direcionar a sua força produtiva à sua atividade-fim, ao seu serviço principal. Com isso, pode-se observar que o incentivo à utilização do fenômeno da terceirização não é recente.

A terceirização focaliza na qualidade do serviço e na redução de custos, produzindo um resultado maior em virtude de propiciar mais eficiência no desempenho da atividade. Assim, aplicada como um meio de gestão, apresenta-se como ideal para o melhoramento do serviço, na opinião de Giosa (2003).

Terceirizar, na esfera pública, é transferir para um terceiro, estranho aos quadros da administração, atividades acessórias, ou seja, atividades-meio, de forma a tornar mais eficiente tanto esta atividade – realizada por uma equipe especializada na área – quanto a própria função finalística da administração, pois esta se voltará exclusivamente para desempenhar a função essencial daquela entidade, como preleciona a professora Anadrieca Vieira de Almeida (2010).

Como já dito, esse fenômeno poderá ser efetivado através de contrato administrativo. Entretanto, faz-se necessário o processo de licitação, como bem preceitua o art. 37, XXI, da Carta Magna:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Cabe ressaltar que a Constituição Republicana assegura a contratação de serviços, e não a contratação de mão de obra, por meio de contrato administrativo, tendo em vista que este tipo de contratação só será permitido via concurso público; ou seja, para fazer parte dos quadros efetivos da administração, é preciso participar de um certame oficial, com o intuito de preencher um lugar, conforme o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (BRASIL, 1988)

Este mecanismo de gestão, mais especificamente a contratação de serviços por empresas privadas terceirizadas, para o desenvolvimento da atividade-meio, na esfera pública, encontra disciplinamento no Decreto-Lei nº 200/1967, no Decreto nº 2.271/97, e na Instrução Normativa nº 02/2008 da SLTI/MPOG, que sofreu alterações pelas IN nºs 03, 04 e 05.

Essas normas trazem regras e diretrizes quanto à forma de contratar e tratam dos instrumentos convocatórios de licitação, da necessidade e da forma de fiscalização da execução dos contratos pelos órgãos e entidades da Administração Pública no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Esse regramento visa à contratação de empresas legalmente constituídas, direcionadas para a realização de serviços específicos e que estarão sujeitas a constante acompanhamento por parte da Administração Pública, com o objetivo de assegurar o perfeito cumprimento do contrato, de forma a evitar que se coloque em risco o bom funcionamento da máquina administrativa. Dentre os diversos serviços passíveis de contratação, encontram-se a limpeza, vigilância, a copa e a portaria.

A contratação desses serviços terceirizados, em regra, não gera vínculo de emprego com o tomador de serviços, de acordo com a delimitação feita pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que se considerará lícita a prestação de serviços que desempenha a atividade não principal da empresa contratante e que não exista subordinação direta, nem pessoalidade entre a tomadora e o trabalhador.

Confirmando tal entendimento, o inciso III, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho:

SUM-331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

(...)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. (BRASIL, 2011g)

O legislador permitiu ao poder público terceirizar, mas o incumbiu do dever de fiscalizar e fazer o acompanhamento da atividade prestada, no sentido de garantir o cumprimento contratual, inclusive exigindo comprovante de adimplemento dos

direitos trabalhistas dos funcionários constantes no contrato, de modo a evitar futuras demandas judiciais e eventuais penalidades à Administração Pública.

O dever de fiscalizar os contratos, sua execução e a possível responsabilidade da entidade contratante, no caso de comprovada ausência de fiscalização, serão abordados mais adiante.

Inserir a terceirização na seara da Administração Pública demonstra o interesse desta em aperfeiçoar a função pública, no sentido de que este tipo de gestão contribui para a produtividade e eficiência do serviço, além de evitar um aumento excessivo da máquina administrativa, tendo em vista que a tomadora de serviços, em regra, não tem qualquer vínculo jurídico com os terceirizados.

Neste sentido, confirma Di Pietro (2002): “os terceirizados não têm qualquer vínculo com as entidades em que prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos”.

Segundo Giosa (2003), terceirizar permite a qualidade nos serviços, aperfeiçoamento do sistema de custeio, de modo a comparar com o custo dos serviços prestados pela terceirizada, e redução dos gastos, em virtude da otimização dos serviços adaptados pela prestadora.

Pedro Henrique Vita (2010), em artigo publicado na rede mundial de computadores, ressalta algumas vantagens dessa espécie de gestão, a saber: direcionar seu pessoal próprio para executar a tarefa-fim, diminuição do comprometimento do quadro próprio de servidores em atividades secundárias e progresso na produção e qualidade no desempenho da atividade de forma a ter maior eficiência com gasto reduzido.

Contudo, essa prática não apresenta apenas fatores positivos.

Conforme Giosa (2003), os fatores negativos são representados pelas restrições à inserção da terceirização, cabendo mostrar, dentre eles, a ignorância quanto aos assuntos específicos da administração, a oposição ao que é novo, obstáculo na procura de prestadora qualificada para desempenhar determinada tarefa com eficiência, dificuldade de gerir tarefas de terceiro, podendo acarretar privação na execução e ausência de parâmetros no interior da administração, de forma a impedir a comparação em relação aos preços contratados.

Ademais, a administração deve agir com cautela no momento da contratação para não acarretar uma má escolha, ou seja, contratar prestadora de serviços que não tenha idoneidade financeira ou a qualificação exigida para a execução do serviço, havendo, desta forma, possibilidade do ente contratante responder subsidiariamente pelos créditos previdenciários e trabalhistas dos trabalhadores constantes no contrato de terceirização.

3 Responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização

3.1 Responsabilidade pelos encargos trabalhistas

Uma rápida leitura do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 torna possível constatar que inexistente responsabilidade do poder público em relação aos encargos e dívidas pessoais da prestadora de serviços:

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. (BRASIL, 2011b)

Contudo, a justiça do trabalho não vinha seguindo este disciplinamento, motivo pelo qual foi editado por sua corte maior o verbete sumular nº 331, neste sentido:

SUM-331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (...)
IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (BRASIL, 2011h)

Tal entendimento vinha sendo aplicado corriqueiramente nas demandas trabalhistas, no sentido de responsabilizar a Administração Pública pelos débitos trabalhistas relacionados à prestação de serviços terceirizados ao poder público, ou seja, a mera inadimplência do particular tendo poder de gerar responsabilidade à Administração Pública.

O desentendimento foi causa de disputas envolvendo a Justiça do Trabalho e a Administração. Contudo, decisão recente do Supremo Tribunal Federal provocou mudança neste contexto.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 resultou na adequação constitucional do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ou seja, afastando-se, em regra, a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais quando do inadimplemento da contratada. Entretanto, essa decisão não proíbe a aplicação da Súmula nº 331, do TST, podendo a justiça trabalhista reconhecer

a responsabilidade da Administração Pública a depender do caso concreto, isto é, quando ocorrer a omissão desta na fiscalização dos contratos de prestação de serviços.

Com base nisso, para que o ente contratante não incorra em eventual responsabilidade subsidiária quanto aos encargos, faz-se necessária uma efetiva fiscalização do contrato por parte do ente contratante, caso contrário, estará configurada a culpa in vigilando de forma a acarretar a responsabilização. Essa fiscalização pode ser feita “ao condicionar os pagamentos mensais às comprovações da efetiva realização dos dispêndios concernentes aos salários e às obrigações trabalhistas do mês anterior”, conforme exposto no Acórdão nº 112/2007 do Tribunal de Contas da União, que teve como relator o Ministro Ubiratan Aguiar.

Portanto, é possível observar que a administração não está livre do risco de ser responsabilizada na esfera trabalhista, pois a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações não afastou esta eventualidade; em todos os sentidos, dependerá da análise de caso concreto.

Sendo assim, é cabido à administração se resguardar de eventual imputação de responsabilidade. Nestes termos, apresenta Marçal Justen Filho:

Isso envolve a desclassificação de propostas que não comportem o cumprimento adequado e satisfatório dos encargos trabalhistas, a fiscalização exata e precisa sobre o cumprimento das obrigações laborais e a identificação antecipada de riscos nesse setor. Caberá exigir que o contratado comprove a absoluta regularidade no pagamento da remuneração devida aos próprios empregados e o cumprimento de outras obrigações acessórias eventualmente incidentes. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 787).

Por fim, constata-se que a busca pela fiscalização é um meio de atenuar a condenação do ente público e diminuir imputações na seara da justiça do trabalho.

3.2 Responsabilidade pelos encargos previdenciários

No âmbito previdenciário, apesar da responsabilidade da Administração Pública pelos encargos de natureza previdenciária ser aparentemente igual àquela decorrente dos de espécie trabalhista, diferencia-se pelo fato da aplicabilidade dos princípios e regras de Direito Previdenciário à responsabilidade em tela. Contudo, o tomador de serviços está obrigado a fiscalizar, no sentido de reclamar o cumprimento das obrigações previdenciárias e o seu respectivo comprovante, ficando adstrita a exigência ao objeto do contrato, ou seja, apenas quanto àqueles trabalhadores constantes do ajuste de terceirização.

Cabe ressaltar que só haverá responsabilidade solidária quanto às contribuições previdenciárias, pelo poder público, àquelas oriundas da execução do contrato

após a edição da Lei nº 9.032/1995, tendo em vista que, antes desta data, o encargo ficava restrito ao contratado, de acordo com entendimento constante do REsp nº 506.647/2007, que teve como relator o Ministro Castro Meira.

Ademais, cumpre esclarecer que a responsabilidade constante no §2º do art. 71 da Lei de Licitações, “a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212”, tem caráter de solidariedade, mas sua natureza é subsidiária, conforme Justen Filho (2009).

Frise-se que se trata de responsabilidade solidária e não obrigação solidária. Nesta, existem vários coobrigados em igualdade de condições, ou seja, poderá ser chamado pelo credor a responder pela obrigação: todos, parte ou um dos codevedores de forma integral ou parcial, tendo em vista que todos são titulares da obrigação. Neste caso, não existe terceiro estranho à relação para se responsabilizar. Naquela, a responsabilização será atribuída a terceiro não titular da obrigação, em caso de ocorrência de inadimplemento do devedor principal (titular da obrigação).

Assim, a princípio, a obrigação de pagar a prestação tributária (obrigação principal) é do prestador de serviços em virtude da inexistência de pluralidade de coobrigados, restando responsável solidária a Administração Pública quando da falta de cumprimento daquele.

Neste contexto, Justen Filho (2009) argumenta que existe uma sujeição, ainda que de forma passiva indireta, da Administração Pública quanto à responsabilidade previdenciária, pois aquela, apesar de não concorrer diretamente para formar a hipótese de incidência que produzirá o fato gerador, tem condições de reclamar o comprovante de adimplemento tributário ao sujeito passivo direto (prestadora de serviços).

Para tanto, o tomador de serviço somente responderá pelos encargos previdenciários por desfrutar de capacidade de averiguar e fiscalizar ato do responsável passivo direto pela obrigação tributária, ficando este obrigado a fornecer as informações essenciais para viabilizar a fiscalização. Além disso, aquele só será responsabilizado se gerou algum defeito ou agiu com omissão, de modo que, se foi exigido comprovante e a prestadora apresentou certidão negativa de débitos tributários, a Administração não poderá ser responsabilizada por débito descoberto posteriormente.

Segundo Justen Filho (2009), em caso de constatação de dívida previdenciária, o ente contratante tem o dever de reservar o quantum suficiente para efetuar o pagamento aos trabalhadores terceirizados, fazendo a retenção do valor devido à previdência. Entretanto, a Administração Pública, detectando situação de irregularidade estranha ao contrato terceirizado, diante da seguridade social, não pode optar pela retenção dos pagamentos; neste caso, deverá informar ao órgão de controle previdenciário sobre a inadimplência e, se não for regularizada a situação, é aconselhável providenciar a consignação do pagamento em juízo.

Portanto, conclui-se que a Administração Pública responderá de forma solidária quando a prestadora incorrer em inadimplência, e somente ao tempo da constituição da obrigação tributária, fruto do não pagamento dos encargos objeto de análise.

4 A constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 (ADC nº 16)

4.1 Os efeitos vinculantes da Ação Declaratória de Constitucionalidade

De acordo com o art. 102, I, a, da Carta Maior (BRASIL, 1988), a Ação Declaratória de Constitucionalidade, para a qual têm legitimidade ativa as pessoas listadas no art. 103 do mesmo diploma legal, tem por objetivo decretar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal sujeito à controvérsia judicial, com decisões desfavoráveis nas instâncias inferiores. É nesse momento que será realizada uma comparação entre o dispositivo impugnado e a Constituição, sendo, aquele, passível de invalidação e retirado do ordenamento jurídico, caso esteja em desacordo com a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade pode ser concentrado quando feito por um único órgão; e difuso quando exercido por um juiz ou tribunal, ao julgar um caso real, no âmbito de sua jurisdição. No primeiro caso, pode ser feito in abstrato, com efeitos erga omnes e fazem coisa julgada normativa-abstrata; e in concreto, com força de coisa julgada material na situação concreta. Contudo, no segundo caso, apenas pode ser in concreto, com efeitos inter partes, resultando na coisa julgada no caso concreto, conforme Ivani Bramante (2011).

O art. 102, §2º, da Lei Maior (BRASIL, 1988) e o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 2011c) tratam dos efeitos resultantes do controle de constitucionalidade, quais sejam: erga omnes (eficácia contra todos), vinculante (exigido dos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual e municipal), e ex tunc, como menciona Oliveira (2011).

Diante do exposto, fica claro que nenhum órgão ou ente atingido pelo efeito vinculante poderá ir de encontro à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade de uma norma, sob o risco de infringir o art. 102, §2º da CF. O referido efeito não é oponível ao próprio STF e nem ao Poder Legislativo, segundo Ivani Bramante (2011).

Registre-se, conforme o art. 26 da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 2011c), que não é passível de recurso, nem de ação rescisória, a decisão que declara a lei ou o ato normativo (in)constitucional, garantida a interposição de embargos declaratórios.

No julgamento da ADC nº 16, foi feita uma análise in abstrato da norma, ou seja, a Suprema Corte não estava tratando de um processo em concreto, não existiam

partes interessadas em dirimir um conflito quanto à fixação de responsabilidade em virtude de inadimplemento contratual, fruto de um procedimento licitatório. O STF se pronunciou sobre a responsabilização da Administração Pública em casos de contratos de prestação de serviços terceirizados, para que, assim, fosse garantida a segurança jurídica, em detrimento do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho ao aplicar a Súmula nº 331 de forma a negar vigência ao art. 71, §1º, da Lei de Licitações (NOTÍCIAS STF, 2011).

A Egrégia Corte Suprema declarou a constitucionalidade do dispositivo que estava tendo a sua aplicabilidade negada, isto é, afastou a imposição de responsabilidade objetiva ao Estado quando da inadimplência dos encargos trabalhistas pela empresa licitante vencedora. Assim, não poderá mais, a Justiça Obreira, generalizar os casos, no sentido em que deverá analisar o caso concreto para verificar qual o motivo principal que originou o inadimplemento – ato culposo omissivo na fiscalização da execução contratual pela Administração Pública – e, a depender disso, fixará ou não a responsabilidade subsidiária da Administração Pública contratante.

Embora declarada a constitucionalidade do dispositivo, esta ocorreu in abstrato, podendo, desta forma, ser considerado inconstitucional, conforme o resultado do estudo do caso concreto, como dito ao longo desse trabalho, originando, assim, a responsabilização do poder público contratante, com o objetivo de assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, gravados no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, como informa Ivani Bramante (2011).

Nesse sentido, a Colenda Corte, julgando a ADC nº 16, deixou claro que, ao decidir pela constitucionalidade da norma, não significa impedir o TST de reconhecer a responsabilidade quando os fatos concretos da causa exigir. (NOTÍCIAS STF, 2011).

Com base na decisão proferida pelo STF na ADC nº 16, vem sendo reconhecida a procedência de algumas Reclamações contra julgados do TST e Tribunais Regionais do Trabalho, que tinham como fundamento a aplicação da Súmula nº 331, do TST, no sentido de anular o acórdão impugnado e determinar novo julgamento, agora, com sustentáculo no entendimento da Suprema Corte.

Reveste-se da maior importância trazer o teor de uma dessas decisões, a Reclamação nº 11.263, que teve origem no Estado de Minas Gerais, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, julgada em 21/09/2011:

Despacho: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela União contra acórdão proferido pela Turma Recursal de Juiz de Fora-MG do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no processo 00067.2010.052.03.00-7, em que se alega desrespeito à Súmula Vinculante 10 deste Supremo Tribunal Federal. O reclamante alega que a adoção da Súmula 331, IV, do TST no julgamento do recurso ordinário pela Corte Regional resultou, por via transversa, na declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem a observância

do art. 97 da CF/88. Requereu a concessão de liminar para suspender a decisão reclamada. E, no mérito, a procedência do pedido. No dia 14 de fevereiro de 2011, deferi a medida liminar para suspender a decisão reclamada, até o julgamento final da presente reclamação. Informações prestadas através da petição 19.804/2011. O procurador-geral da República manifesta-se pela procedência do pedido (petição 38.023/2011). É o relatório. Decido.

Na sessão do dia 24 de novembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 16, afirmou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Na mesma assentada, a Corte deu provimento a diversos agravos regimentais em reclamações (v.g. RCL 8.150 e RCL 7.517) em que se discutia a ofensa à Súmula Vinculante 10, decorrente da aplicação do Enunciado 331, IV do TST, pelo Tribunal Superior do Trabalho e por Tribunais Regionais do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal afirmou que a decisão de órgão fracionário que aplica o Enunciado 331, IV do TST nega vigência ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 e, portanto, ofende a Súmula Vinculante 10. Assim, na linha do entendimento firmado por esta Corte, julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação, para anular o acórdão impugnado e determinar que seja realizado novo julgamento do feito, observando-se a orientação firmada pelo STF no julgamento da ADC 16, rel. min. Cezar Peluso. Publique-se. Comunique-se. Arquive-se. Brasília, 19 de setembro de 2011. Ministro Joaquim Barbosa. Relator. (Rcl 11263. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJe-182 21/09/2011). (BRASIL, 2011e)

4.2 A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e a Súmula nº 331 do TST

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cumulada com pedido de providência cautelar, foi ajuizada no ano de 2007, pelo governador do Distrito Federal, que objetivou a declaração de constitucionalidade do artigo nº 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei Federal nº 9.032/1995.

O dispositivo objeto da referida ação foi alvo de retaliação por parte do Poder Judiciário, principalmente do Tribunal Superior do Trabalho, que, por diversas vezes, negou vigência ao comando normativo do mencionado artigo, responsabilizando, de forma subsidiária, a Administração Pública direta e indireta por débitos trabalhistas dos trabalhadores das empresas terceirizadas contratadas pelo ente público. Tal entendimento foi firmado com a edição do enunciado 331 do TST, mostrando-se totalmente contrário ao preceituado no art. 71, §1º, da Lei de Licitações, o qual assegura a não transferência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais à Administração Pública (BRASIL, 2011b).

Dessa forma, com a presunção de constitucionalidade enfraquecida em decorrência de várias negativas de vigência, baseadas na Súmula nº 331 do TST, foi demonstrada a necessidade de interpor tal ação.

Em sede de preliminar, foi alegada a legitimação ativa para ajuizar a ADC, com base no art. 103, V, CF; pertinência temática em virtude dos sucessivos questionamentos que eram feitos em relação à eficácia do dispositivo em tela, causando insegurança jurídica e produzindo decisões judiciais diversas; e o cabimento da ADC, quando trata de lei ou ato normativo federal, decorre do art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988.

A ADC funciona como uma ação autônoma, nos padrões das demais ações diretas sujeitas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, para provocar a jurisdição constitucional abstrata e concentrada em relação à Corte Maior, diferenciando-se das outras em consequência de julgar matéria controvertida a ponto de precisar da apreciação do judiciário para dirimir a dúvida quanto à constitucionalidade da norma.

Para tanto, a ADC nº 16 veio invocar a Corte Maior a declarar a compatibilidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93, para garantir a segurança jurídica, de modo a evitar decisões diferentes quanto à mesma matéria.

No mérito, discutindo-se a constitucionalidade do dispositivo, foi alegada a intenção da Súmula nº 331 da TST de aplicar uma responsabilidade objetiva ao poder público, pois, independente da Administração ter tomado todos os cuidados necessários, realizando uma fiscalização efetiva, tanto antes quanto durante a execução contratual, era responsabilizada, bastando existir apenas o dano, violando, desta forma, dispositivos constitucionais, a saber, o art. 5º, II e o art. 37, caput, XXI, §6º, ambos da Constituição Federal.

Foi mencionada a impossibilidade de um enunciado de súmula de jurisprudência dominante criar um dever para o erário, ainda mais considerando a obrigação desmesurada e desproporcional criada para a Administração Pública no tocante à conferência exaustiva e detalhada quanto ao adimplemento de todos os direitos trabalhistas, de todos os empregados da empresa contratada.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho foi visto como sem propósito, sem fundamentação, quando da responsabilização de forma subsidiária do ente público, tendo em vista que, ao invés de proteger o trabalhador, conferiu proteção às empresas fraudulentas, de forma a recair sobre o Estado o ônus, como se fosse o Segurador Universal da Humanidade.

Outro fundamento baseou-se no procedimento de formação de um enunciado, que foge literalmente da regra de que a criação de uma norma se legitima por haver sido votada pelos representantes do povo. Um enunciado não expressa a vontade geral, tendo em vista ser uma simples decisão, transformada em enunciado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Em sede de cautelar, foi requerida a suspensão de todos os processos que invocavam a aplicação do Enunciado 331, do TST, para que juízes e Tribunais ficassem proibidos de proferir qualquer decisão que pudesse impedir ou afastar validade

do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, como também a suspensão dos efeitos das decisões que tiveram como base o Enunciado ora mencionado ou afastaram a aplicação do dispositivo objeto da ADC.

A liminar não foi concedida em virtude da complexidade da causa de pedir, sendo considerado precipitado, caso fosse deferido o pedido reservado a suspender o julgamento dos processos que envolvam a aplicação do dispositivo federal sujeito a análise constitucional.

Como pedido principal, foi requerido o julgamento procedente da ação no sentido de declarar constitucionalidade em caráter definitivo à norma federal objeto da ação, com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

É possível constatar que, ao tempo em que o Tribunal Superior do Trabalho decide suas demandas, tomando como base a Súmula nº 331 deste mesmo tribunal, mais especificamente o seu inciso IV, está negando vigência ao dispositivo federal, qual seja, o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/1993.

Ressalte-se, por oportuno, que em nenhum momento o TST demonstrou, nem muito menos apontou, qualquer vício de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo para justificar tal posicionamento, caracterizando, desta forma, violação a preceitos constitucionais, ou seja, inobservância da cláusula de reserva de plenário esculpida no artigo 97, da Carta Magna, e, conseqüentemente, a não aplicação das diretrizes da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, o TST, ao responsabilizar a Administração Pública indiscriminadamente nos contratos de terceirização, afastou a aplicação de lei federal usando uma fonte abstrata do direito, ao editar uma Súmula sem qualquer lastro legal ou constitucional, utilizando-se apenas de sua jurisprudência.

Nesse pensamento, faz-se oportuno reproduzir a lição de Rodrigues (2011):

(...) Por mais que o Direito do Trabalho seja eminentemente protetivo, a segurança do trabalhador hipossuficiente não pode ser promovida ao arrepio da legislação federal. (...) As súmulas de orientação jurisprudencial são instrumentos eficazes para traçar nortes aos operadores do Direito por demonstrarem a estes a forma com que determinado tribunal interpreta dispositivos legais. Contudo, jamais se pode admitir a utilização de súmulas com o intuito de negar aplicabilidade de dispositivo legal que se encontra plenamente em vigor.

Ao agir desta forma, o Poder Judiciário acaba por subtrair a função de um dos outros três poderes da república, qual seja o Legislativo, a quem cabe precipuamente a função de editar normas gerais e abstratas de conduta, as leis.

A Resolução do TST nº 96/2000 configura evidente menoscabo a dois dos mais basilares princípios não só da República Federativa do Brasil como de qualquer Estado Democrático de Direito: o da legalidade, consoante já exposto alhures, e o da tripartição harmônica dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, por meio da consagrada fórmula de

freios e contrapesos nascida em meio ao iluminado pensamento de Montesquieu.

Assim, foi esclarecida a violação do Enunciado nº 331 do TST aos princípios constitucionais da legalidade e da independência harmônica dos poderes da União elencados nos artigos 5º, II, 37, caput, e 2º, ambos da Carta Magna.

Analisando-se a verdadeira atribuição das súmulas elaboradas pelos tribunais superiores, com exclusão da Súmula Vinculante – competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme EC nº 45/2004 – verifica-se que elas têm função interpretativa do direito, tendo em vista que são frutos da jurisprudência desses tribunais.

Como bem ensinou Reale (1988, p. 169), “em tese, os tribunais são chamados a aplicar a lei e a revelar o Direito sempre através de lei”. Para tanto, os tribunais não estão autorizados a afastar a aplicação de uma lei sem demonstrar a presença de vícios insanáveis, com o fundamento de utilizar uma súmula como fonte interpretativa do direito.

Nesse diapasão, o fato do TST ter posicionamento jurisprudencial contrário ao que é assegurado no artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, não justifica a recusa de conferir vigência a tal dispositivo, pois isso só será possível em caso de vícios formais e/ou materiais, situação em que a norma será retirada do ordenamento jurídico através do controle de constitucionalidade.

Nesse aspecto, é de bom alvitre reproduzir crítica à utilização das súmulas pelos tribunais, feita por Streck, citado por Mancuso:

Na prática, porém, as Súmulas passaram a ter valor superior às próprias leis, sendo que, em muitos casos, muito além de serem interpretativas das normas vigentes, passam a ser (...) fontes criadoras de leis, editadas contra as leis vigentes (súmulas “contra legem”) e contra a Constituição Federal (súmulas inconstitucionais). (STRECK apud MANCUSO, 2002, p. 342).

Com base no exposto, o Enunciado nº 331 do TST nasceu em meio à violação constitucional, fato que não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, trata-se de apenas uma jurisprudência de um tribunal, ou seja, fonte infralegal que não pode ir de encontro à lei federal, como a Lei nº 8.666/1993.

Diante de uma súmula que negava indiretamente a aplicação de um dispositivo federal, provocando, desta forma, uma insegurança jurídica no âmbito do judiciário, restou à Suprema Corte dirimir a controvérsia.

Foi com o julgamento precedente, em 24 de novembro de 2010, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993. Nesse momento, foi afastada a possibilidade de responsabilização sumária em

relação à Administração Pública, quando tomadora de serviços terceirizados, ou seja, afastou a responsabilidade objetiva do Poder Público baseada na teoria do risco administrativo.

Contudo, ao julgar a ADC nº 16, o STF não teve a intenção de afastar definitivamente a responsabilidade do Estado no que tange aos encargos decorrentes dos contratos de terceirização, mas impedir que o Poder Público fosse responsabilizado em virtude do simples inadimplemento do contratado.

Quanto ao artigo 37, §6º, da Carta Maior, muito usado para fundamentar as demandas judiciais que pretendem responsabilizar a administração de forma objetiva, foi trazido ao plenário do julgamento da ADC nº 16, através do voto da Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que tal dispositivo implica na responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando à Administração Pública, não podendo, desta forma, ser usado como um fundamento no contexto de tais demandas, como se verifica no informativo nº 610 do STF (INFORMATIVO STF, 2011).

Como bem demonstrou Daniel Guarnetti dos Santos (2010):

Com esse entendimento, o STF firmou posição no sentido da inexistência de qualquer amparo legal que autorize a imputação à Administração Pública de responsabilidade objetiva pelos danos causados por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público contratada ou seus empregados, pois não são os agentes públicos que, nessa qualidade, vem a causar danos a terceiros como previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas empregados da empresa contratada pela Administração Pública em regular processo licitatório. (SANTOS, 2010).

Com efeito, o julgamento da ADC nº 16 permitiu impedir que a Administração continuasse sendo responsabilizada de forma objetiva, ou seja, sem levar em consideração o elemento subjetivo – culpa.

Caberá ao julgador analisar o caso concreto, não podendo generalizar, verificando se ocorreu a omissão do órgão contratante no que tange à fiscalização na execução do contrato terceirizado, isto é, se houve falha ou falta de fiscalização; em caso positivo, gerará a responsabilidade do tomador de serviços.

De acordo com o presidente do Supremo Tribunal Federal, a decisão objeto de análise “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, tendo em vista que “o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”. (NOTÍCIAS STF, 2011).

Sendo assim, o Superior Tribunal do Trabalho deve seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do dispositivo federal sujeito à discussão, de modo a avaliar o caso concreto e não aplicar de forma indiscriminada o Enunciado 331 do TST, sob pena de violar o artigo 102, §2º, da

Constituição Federal, que estabelece a obrigatória observância dos órgãos públicos administrativos e judiciais no que toca às decisões proferidas em sede de ADI e ADC, através da determinação do efeito vinculante dos aludidos julgados.

A decisão da ADC nº 16 acabou por mitigar o emprego da Súmula nº 331 do TST, mais especificamente o seu inciso IV, pois previa a responsabilização da Administração Pública de forma objetiva, ou seja, pelo mero inadimplemento do contratado, era transferida a obrigação quanto aos encargos oriundos do contrato de terceirização.

Em razão disso, o Superior Tribunal do Trabalho, em maio de 2011, decidiu por dar nova roupagem e acrescentar mais dois incisos ao Enunciado nº 331. Com essa atitude, esse Tribunal fez distinção à responsabilidade subsidiária do Poder Público e do tomador privado de serviços. Este continua a responder de forma objetiva pelos encargos decorrentes do contrato de terceirização, enquanto aquele responde subjetivamente, passando a ser analisada a sua conduta culposa quanto à efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Os três primeiros incisos (I, II e III) da Súmula nº 331 do TST não sofreram alteração, apenas o inciso IV teve nova redação, e foram inseridos os novos incisos, V e VI, como segue:

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

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

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Dessa forma, resta à administração zelar cuidadosamente pela fiscalização, de modo a não caracterizar sua culpa in vigilando e a consequente responsabilização.

4.3 A fiscalização dos contratos: a culpa in vigilando da Administração Pública

Quando do julgamento da ADC nº 16, o Supremo Tribunal Federal não se referiu à culpa in eligendo, mas tão somente à culpa in vigilando da Administração Pública

nos contratos de prestação de serviços terceirizados. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009), a primeira caracteriza-se pela má escolha do contratado, enquanto a segunda pela ausência de vigilância ou pela deficiência na fiscalização do contrato administrativo.

No que tange à culpa in eligendo, ao transferir a atividade-meio da Administração Pública para prestadoras de serviços por meio de uma contratação lícita, seguindo o que bem assegura o art. 37, XXI, faz-se necessária a observância das diretrizes impostas pela Lei nº 8.666/93, no sentido de que não existe discricionariedade do administrador na escolha da empresa licitante vencedora; portanto, não há como imputar ao Estado a referida culpa.

A lei não trouxe margem de liberdade ao administrador; portanto, este não pode contratar conforme critérios de oportunidade e conveniência, estando adstrito aos pressupostos legais, pois, no momento de licitar, está presente ato vinculado ou regrado, tendo em vista que a lei não lhe conferiu escolha, como explica Di Pietro (2005).

No início do procedimento licitatório, com a habilitação das empresas licitantes, observa-se se elas estão em regularidade fiscal; em caso negativo, a empresa irregular quanto aos encargos sociais será eliminada imediatamente do certame. Em relação às empresas em situação regular, será dado prosseguimento para que seja feito o julgamento e classificação das propostas conforme as diretrizes de avaliação estabelecidas em edital, de acordo com o art. 43, V, da Lei de Licitações e Contratos (BRASIL, 2011b).

A referida lei não permite que o administrador escolha a empresa a ser contratada, devendo seguir à risca os requisitos trazidos por ela, ficando preso ao resultado alcançado por meio das regras disciplinadoras da espécie, sendo o ato vinculado passível de anulação pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, se praticado, infringindo o que a lei preconiza. Assim, veja-se a proibição estabelecida pelo art. 50 da Lei nº 8.666/93: “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”. (BRASIL, 2011b).

Para tanto, a empresa interessada, preenchendo todos os requisitos legais exigidos no procedimento de licitação e vencendo-o, poderá ser contratada. Contudo, se a empresa vencedora do certame, e posteriormente contratada, não cumprir com o pagamento dos encargos sociais, tratar-se-á de fato superveniente, que não diz respeito à área de cautela da Administração Pública.

Entretanto, o art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993, traz a obrigatoriedade da cláusula que estabelece “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” (BRASIL, 2011b), no contrato administrativo.

Extrai-se do dispositivo que a contratada tem obrigação de manter, entre outros, a regularidade quanto aos encargos sociais durante a vigência do contrato administrativo, afastando-se, desta forma, a responsabilização da Administração Pública.

Resta, portanto, constatado que não há como responsabilizar a Administração Pública em decorrência da má eleição da empresa, tendo em vista que resultou de um procedimento licitatório lícito, que preencheu todos os requisitos estabelecidos em lei.

Nesse cenário, a responsabilidade subjetiva do Estado só poderá ser analisada quando tratar-se de culpa in vigilando, ou seja, quando configurada a conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa da Administração Pública, situação em que estará sujeita à análise do judiciário trabalhista para comprovar tal fato.

Na decisão da ADC nº 16, os ministros da Suprema Corte, ao declarar a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, enfatizaram que o Tribunal Superior do Trabalho deverá analisar o caso concreto e examinar com mais rigidez se o inadimplemento foi fruto da falha ou falta de fiscalização do contrato administrativo por parte do ente público contratante e, em caso positivo, estará configurada a culpa in vigilando, gerando, assim, a responsabilidade do Estado, já que, da decisão supracitada, a Administração Pública responderá subsidiariamente e de forma subjetiva, conforme noticiado no site oficial do Tribunal, em 24.11.2010 (NOTÍCIAS STF, 2011).

É de bom alvitre mencionar que o ônus do órgão público contratante de fiscalizar se restringe à execução dos contratos administrativos, conforme dedução extraída da combinação entre os arts. 58 e 67, §1º, da Lei de Licitações e Contratos, in verbis:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
(...)

III – fiscalizar-lhes a execução.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. (BRASIL, 2011b).

Nesse diapasão, o ente público deve ater-se a fiscalizar a execução do objeto do contrato administrativo – a prestação de serviços. Ou seja, certificar-se de que a prestação está de acordo com o pactuado, abstraindo-se dos ajustes que a empresa contratada celebra com outras pessoas físicas ou jurídicas.

Afastou-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado – a administração não será responsabilizada de forma imediata –, esculpida no art. 37,

§6º, da Carta Magna (BRASIL, 1988), em razão de eventual dano causado a terceiro, decorrente do contrato administrativo, não originar-se da atuação direta dos agentes da pessoa jurídica de direito público.

Apesar de o Estado ser o beneficiário dos serviços prestados pelo empregado terceirizado, o órgão público, ao contratar por meio de licitação, estabelece que as despesas com eles encontram-se embutidas no preço contratado, já que a empresa prestadora de serviços é a responsável pelo pagamento dos encargos oriundos de tal contrato. Portanto, o Estado não pode ser cobrado em decorrência do simples inadimplemento da contratada, o que acarretaria no pagamento dobrado dos mesmos encargos, gerando prejuízo à sociedade, reais titulares da res pública. Sendo assim, faz-se necessária a certeza de que a administração não cumpriu com o encargo de vigilância da execução do contrato para que seja responsabilizada.

Assim, relativizou-se a responsabilidade da Administração Pública. Entretanto, foi-lhe atribuído o ônus de fiscalizar. Contudo, o STF não definiu como deve ser feita a fiscalização para afastar o risco de responsabilização.

Ao longo deste estudo, já foram apresentadas algumas maneiras pelas quais a entidade pública pode se precaver. A própria Justiça do Trabalho já apresentou algumas práticas das quais a Administração Pública pode fazer uso para se resguardar de eventual responsabilidade subsidiária, como a sugerida no Acórdão nº 2.090/2005, que teve como relator o Min. Lincoln Magalhães da Rocha, citado por Marçal Justen Filho:

Confecção de edital prevendo que – além da contratada recolher todos os encargos trabalhistas devidos aos empregados – comprove, mediante solicitação, os recolhimentos devidos, sob pena de poder ter seus pagamentos futuros bloqueados até regularização de possíveis falhas; realização de fiscalização detalhada, no tocante aos encargos trabalhistas mais relevantes; e acompanhamento aos dissídios coletivos. (Acórdão 2.090/2005, TCU, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha apud JUSTEN FILHO, 2009, p. 785).

Constata-se, portanto, que, para que a justiça trabalhista responsabilize a Administração Pública contratante de forma subsidiária, é imprescindível a análise da culpa desta, ou seja, verificar se houve nexo de causalidade entre a conduta do ente público e o dano ocasionado ao terceiro, que restará configurado na hipótese de ausência ou má fiscalização da execução do contrato, de acordo com o entendimento do STF.

Assim, deixou o Estado de ser responsabilizado objetivamente, ou presunção de culpa absoluta, e passou responder de forma subjetiva, pois se verifica a existência de culpa. Para tanto, cabe ao Estado se resguardar, tomar medidas preventivas, para não responder pelos encargos decorrentes da inadimplência da empresa vencedora na licitação.

Com o objetivo de inibir que a Administração Pública, tomadora dos serviços, seja responsabilizada subsidiariamente em virtude do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, aquela passou a exigir, em edital, a criação de conta vinculada, com o fito de depositar as provisões correspondentes à quitação das verbas trabalhista, de modo a criar uma reserva financeira para tanto. Nesse sentido, as quantias serão glosadas do valor a ser pago à empresa contratada ao final de cada mês, conforme art. 1º da Resolução nº 98 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O CNJ foi o primeiro a introduzir a conta vinculada nos contratos de prestação de serviços, com o propósito de acautelar os órgãos do Poder Judiciário da responsabilização pelo não pagamento pela empresa contratada de verbas trabalhistas devidas aos empregados desta. Depois de o CNJ regulamentar o mecanismo da conta vinculada através da Resolução nº 98 de novembro de 2009, a Administração Pública Federal passou a utilizá-lo, segundo Corrêa (2011).

A Instrução Normativa nº 2 da SLTI/MPOG, que estabelece as normas a serem aplicadas nos contratos de serviços, foi editada pela Instrução Normativa nº 3 da SLTI/MPOG, e dentre as alterações feitas, encontra-se o acréscimo do art. 19-A. (BRASIL, 2011d). O dispositivo, em seu inciso I, autoriza a Administração tomadora de serviços, a estabelecer em edital que seja feita por ela, a retenção dos valores correspondentes ao 13º, pagamento de férias, rescisão contratual dos trabalhadores terceirizados, e, por conseguinte, depositados em conta vinculada a banco oficial, aberta em nome da empresa vencedora, bloqueada para movimentação, salvo para efetuar pagamentos das verbas trabalhistas dos empregados constantes do contrato de prestação de serviços, situação que precisa da autorização da tomadora de serviços. Já em seu inciso II, prevê a possibilidade de o edital exigir a concordância da prestadora em permitir que a Administração contratante recolha e deposite os valores devidos ao FGTS.

Ao final do contrato de terceirização, a Administração Pública deve verificar se a empresa contratada cumpriu com o pagamento de todos os encargos trabalhistas e previdenciários legalmente impostos, sendo permitida a exigência dos comprovantes de pagamentos ou, se não houve interrupção do contrato entre trabalhadores e empresa empregadora em virtude de realocação, também que seja comprovado. Em caso de quitação, a tomadora fará a liberação da garantia prestada, tendo em vista que, em situação de inadimplência, o valor da garantia poderá ser utilizado para efetuar o pagamento diretamente aos trabalhadores, como ensina Corrêa (2011).

Com base no exposto, pode-se extrair que a conta vinculada é mais um mecanismo de fiscalização na execução contratual, que o Poder Público pode utilizar para se resguardar de eventuais demandas trabalhistas oriundas da falta de quitação das verbas rescisórias por parte da prestadora de serviços devidas aos seus empregados.

5 A jurisprudência da justiça do Tribunal Superior do Trabalho

Em virtude do entendimento firmado pela Suprema Corte ao julgar a ADC nº 16, oportunidade em que declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei Licitações e Contratos, como já foi exposto de forma mais detalhada, no sentido de que não se transfere à Administração Pública contratante a responsabilidade pelos encargos trabalhistas oriundos de mero inadimplemento contratual por parte da empresa contratada para a prestação de serviços, o TST passou a ter o dever de verificar, caso a caso que trate da responsabilidade subsidiária, devendo, agora, analisar se houve conduta omissiva por parte deste no que diz respeito à vigilância da execução do contrato, já que a tendência é a adoção da responsabilidade por omissão na fiscalização e, somente em caso positivo, comprovada nos autos, a conduta omissiva, o Egrégio Tribunal poderá imputar a responsabilidade ao Estado, com fulcro no Enunciado 331, IV, deste tribunal, por ter configurado a culpa in vigilando da Administração contratante, de modo que não há que se pensar em responsabilizá-la de forma objetiva com refúgio no art. 37, §6º, da Carta Maior.

Oportuno, pois, neste ponto, acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da ofensa ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal que em recente decisão (ADC 16 -24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que constatada a culpa in vigilando, gera a responsabilidade subsidiária do ente público. Não estando comprovada a omissão culposa do ente em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não há de se falar em responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR 138540-97.2009.5.21.0003. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. DJ 31/03/2011). (BRASIL, 2011f).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da ofensa ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Não estando comprovada a omissão culposa do ente em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não há de se falar em responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR 160900-11.2009.5.21.0008. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. DJ 09/06/2011) (BRASIL, 2011g).

6 Conclusão

Como demonstrado neste estudo, é possível constatar que a terceirização é um instrumento eficaz para Administração Pública, que busca focar na execução de sua atividade-fim, obtendo maior eficiência na prestação de serviços à sociedade e com menos dispêndio, no sentido em que transfere atividades instrumentais para a tomadora de serviços e libera o seu corpo efetivo para se empenhar na sua função essencial.

Ao inserir a terceirização na esfera administrativa pública, cuida-se em evitar o inchaço da máquina administrativa, tendo em vista que esta não terá qualquer espécie de vínculo empregatício com os trabalhadores terceirizados; o que existe é um contrato administrativo com a empresa vencedora no procedimento de licitação, no qual estarão embutidos os valores correspondentes aos encargos trabalhistas e previdenciários dos empregados direcionados à prestação dos serviços para administração, já que a prestadora dos serviços é a responsável pela quitação de tais encargos. Permite-se, dessa forma, que a tomadora pública dos serviços exija maiores resultados, desempenho dos serviços com qualidade e maior produtividade e, em caso de insatisfação do Poder Público em decorrência de ineficiência na prestação da atividade, este não estará obrigado a permanecer com o empregado da prestadora, ou seja, tem a possibilidade de substituir o serviço de acordo com o seu critério de conveniência e oportunidade.

Apesar da inexistência de vínculo empregatício e da clara redação do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, ao assegurar que não podem ser transferidos à Administração Pública os encargos trabalhistas, comerciais e fiscais oriundos do inadimplemento da empresa empregadora, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar o Enunciado nº 331, bloqueou a aplicação do dispositivo federal ora mencionado e passou a aplicar exclusivamente o seu entendimento esculpido em tal enunciado, no sentido de responsabilizar, de forma objetiva, o beneficiado pela terceirização quando configurado os não pagamentos dos encargos supracitados.

A divergência de entendimentos, ao aplicar as normas mencionadas, resultou em grande insegurança jurídica, e, como consequência, a Administração foi alvo de inúmeras condenações no que diz respeito à responsabilidade subsidiária, provocando prejuízos aos cofres públicos e, conseqüentemente, à coletividade.

O Supremo Tribunal Federal veio dirimir a controvérsia ao decidir a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 quando entendeu pela constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações e Contratos, isto é, não será responsabilizada a Administração Pública pelas verbas trabalhistas resultantes do contrato administrativo de prestação de serviços. Contudo, não foi afastada de forma total a possibilidade de imputar a responsabilidade ao Poder Público, pois, se a tomadora de serviços concorre para a produção de dano a terceiro, não se justifica a sua isenção em reparar o referido dano.

Entretanto, a responsabilidade do Poder Público passa a ter caráter subjetivo, ou seja, não poderá o Judiciário Trabalhista condená-lo de forma automática por ato de terceiro que veio causar um dano ao trabalhador, pelo simples fato de o tomador ser o beneficiário direto dos serviços prestados e ter como fundamento a necessária proteção social do trabalhador.

Assim, havendo dano ao trabalhador terceirizado, no tocante ao não recebimento das suas verbas rescisórias, e existindo conduta omissiva do agente público que tenha concorrido para tal situação, não há como deixar de fixar responsabilidade à Administração Pública contratante.

Dessa forma, verifica-se a necessidade de a Justiça do Trabalho estudar com afinco o caso concreto e analisar o conjunto probatório para que, sendo configurada a culpa in vigilando, isto é, falta ou má fiscalização da tomadora de serviços, possa ser imputada a responsabilidade.

Nesse diapasão, cabe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços e tomar medidas preventivas, resguardando-se de eventual reclamação trabalhista, tendo em vista que, apesar de não poder ser mais transferida a responsabilidade aos entes públicos pelo pagamento dos encargos, a Colenda Corte, corretamente, ao realizar uma análise in abstracto do dispositivo federal, permitiu que o Tribunal Superior do Trabalho imputasse responsabilidade conforme a situação concreta.

A Suprema Corte, ao posicionar-se quanto à responsabilidade do ente público nos contratos de terceirização, não fixou como deve ser feita a fiscalização dos contratos para que seja afastada a culpa in vigilando. Nesse sentido, a Administração vem fazendo uso da criação de conta vinculada, para que se forme um fundo de reserva que possa garantir o pagamento no momento em que for demandada, em caso de eventuais encargos não adimplidos pela empresa contratada, apresentando-se como um instrumento eficaz para tanto.

Por fim, restou comprovado o posicionamento acertado da Corte Suprema quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, no sentido de que trouxe uma proteção maior à Administração Pública ao contratar empresas terceirizadas, adotando a responsabilidade do tipo subjetiva.

Labor The Liability Of Public Administration In Outsourcing Contracts: The Impact Of The Trial Of Constitutional Declaratory Action No. 16

Abstract: Is approached through the use of the dialogical method, the subsidiary liability with an emphasis on outsourcing relationships between public administrations and the direct and indirect service provider, if proven guilty in vigilando, by the public agency, in respect to its inspection in compliance with contractual and legal relationship to the contractor. Take as the base of the trial Declaratory Action of Constitutionality No. 16 and its impact on the scoresheet 331-TST to show when the public entity is liable for a default in the outsourced contract and responsibility of the subjective type.

Key words: Outsourcing. Responsibility. Enforcement. Precedent 331-TST. Article 71 of Law 8.666/

Referências

ALMEIDA, Anadricea V. Vieira de. A terceirização na Administração Pública: as vantagens e o ônus da fiscalização. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/?p=367>>. Acesso em: 02 out. 2011.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18479/a-aparente-derrota-da-sumula-331-tst-e-a-responsabilidade-do-poder-publico-na-terceirizacao>>. Acesso em: 05 set. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 98, de 10 de novembro de 2009. Dispõe as provisões de encargos trabalhistas a serem pagos pelos Tribunais às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua no âmbito do Poder Judiciário. Diário Oficial da União. Seção 1, em 13.11.09, p. 178-181; DJ-e nº 194/2009, em 13.11.2009, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12212-resolucao-no-98-de-10-de-novembro-de-2009>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Dele0200.htm>. Acesso em: 12 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 28 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9869.htm>. Acesso em: 09 nov. 2011.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa MPOG nº 03, de 15 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 11263/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJe-182 21/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adc+16%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 24 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Recurso de Revista. RR 138540-97.2009.5.21.0003. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. DJ 31/03/2011. Consulta Unificada. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20138540-97.2009.5.21.0003&base=acordao&numProclnt=193302&anoProclnt=2010&dataPublicacao=01/04/2011%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 12 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Recurso de Revista. RR-160900-11.2009.5.21.0008. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. DJ 09/06/2011. Consulta Unificada. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20160900-11.2009.5.21.0008&base=acordao&numProclnt=33654&anoProclnt=2011&dataPublicacao=10/06/2011%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 12 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. 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). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

CORRÊA, Davi Beltrão de Rossiter. Conta vinculada para a quitação de obrigações trabalhistas. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18712/conta-vinculada-para-a-quitacao-de-obrigacoes-trabalhistas>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di Pietro. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUTKEVICZ, Ivanilde Carmem. Contratação de serviços terceirizados na Administração Pública. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.audin.ufsc.br/documentos/custos.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIOSA, Lívio Antonio. Terceirização, uma abordagem estratégica. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2003.

INFORMATIVO STF. Brasília, 22 a 26 de novembro de 2010 – Nº 610. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 7. ed. Curitiba: Ed. Zênite, 2009.

NOTÍCIAS STF. TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. v. 1. ed. 10. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 169.

RODRIGUES, Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Enunciado nº 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4053/o-inciso-iv-do-enunciado-no-331-do-tst-como-ato-violador-de-preceito-fundamental-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 12 out. 2011.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. As repercussões jurídicas do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 em face da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18167/as-repercussoes-juridicas-do-julgamento-pelo-supremo-tribunal-federal-da-acao-declaratoria-de-constitucionalidade-no-16-em-face-da-sumula-331-iv-do-tribunal-superior-do-trabalho>>. Acesso em: 12 out. 2011.

VITA, Pedro Henrique Braz de. O momento para liberação do saldo remanescente da conta vinculada. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/?tag=resolucao-cnj-n%C2%BA-98>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

Natal, dezembro de 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CÂMARA, Viviane Miranda da. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização: a repercussão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 139-164, jul./ago. 2014.
