

RELATOR : DESEMBARGADOR GRIJALBO FERNANDES COUTINHO

RECORRENTE : UNIÃO (CÂMARA DOS DEPUTADOS)

RECORRIDO : ANA CLÁUDIA MAURICIO VIVEIROS

ADVOGADO : GERALDO MARCONE PEREIRA

RECORRIDO : CTO SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA - ME

ORIGEM : 1ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

-CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário

(JUIZ MAURO SANTOS DE OLIVEIRA GOES)

JULGAMENTO - 11/10/2017 - 1ª TURMA - TRT 10ª REGIÃO - UNÂNIME

EMENTA: 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TOMADORA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DA ADC Nº 16 E DO RE 760931-DF, COM REPERCUSSÃO GERAL. Segundo compreensão do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na qualidade de tomadora de trabalho terceirizado, não é automática. Havendo inadimplência quanto ao pagamento de parcelas trabalhistas diversas ou verbas rescisórias, por parte da prestadora de serviços, o poder público somente responde, de forma subsidiária, quando restar demonstrada nos autos, de maneira categórica e irrefutável, a sua culpa *in vigilando*, no tocante à ausência de fiscalização (conduta omissiva ou negligente) do contrato administrativo celebrado com empresa terceirizante. 2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PODER PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. PROVA DOS AUTOS. Revelando a

prova dos autos, de forma contundente e irrefutável, que a tomadora de serviços concorreu diretamente para a inadimplência trabalhista, ao ser omissa e negligente quanto à fiscalização do contrato mantido com a empresa terceirizante, a ponto de não ter sequer coibido as irregularidades evidentes durante o seu desenvolvimento, incluindo a falta de pagamento de parcelas básicas do liame laboral, encontra-se configurada a sua culpa *in vigilando*, apta, portanto, a atrair a responsabilidade subjetiva admitida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho. A culpa *in vigilando* resta reforçada quando, além de não cumprir as suas obrigações inerentes à fiscalização, o poder público contratante nada faz para evitar a inadimplência em relação às verbas rescisórias, seja pela ausência da retenção de valor mensal para esse fim, seja pela falta de exigência da garantia de execução do contrato administrativo, a ser renovada anualmente, tudo nos termos da lei e das normas regulamentares instituídas pela própria Administração Pública, além das determinações emitidas na mesma direção pelo órgão de controle de contas (TCU). **3. Recurso ordinário conhecido e desprovido.**

I - RELATÓRIO

O Juiz do Trabalho **MAURO SANTOS DE OLIVEIRA GÓES**, então Titular da 1ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, proferiu a sentença de fls. 117/121, para condenar a primeira reclamada (**CTO - SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA-ME**) a pagar à parte reclamante (**ANA CLÁUDIA MAURÍCIO VIVEIROS**), salários retidos desde julho/2015, férias vencidas e

proporcionais com terço constitucional, 13º salário/2015, pagamento direto do FGTS mais 40% (com a regularidade dos depósitos, multas dos artigos 477 e 467 da CLT, esta incidente sobre aviso prévio indenizado, salários retidos, férias vencidas e proporcionais com terço constitucional, 13º salário/2015 e indenização compensatória dos 40% do FGTS, seguro desemprego, com compensações de direito, além de fixar a obrigação de assinatura da CTPS obreira, quanto à data do término do contrato de trabalho.

A instância originária também deferiu o pleito obreiro de responsabilização subsidiária da segunda reclamada, **UNIÃO (CÂMARA DOS DEPUTADOS)**, na qualidade de tomadora de serviços.

Embargos declaratórios opostos pela UNIÃO (fls. 127/128), os quais foram conhecidos e acolhidos para sanar contradição e prestar esclarecimentos, em sentença da lavra da Juíza **REJANE MARIA WAGNITZ**, então Substituta da 1ª Vara do Trabalho de Brasília-DF.

Inconformada, a tomadora de serviços interpõe recurso ordinário (fls. 137/154) requerendo, em síntese, o afastamento da responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas devidas à parte obreira. Para tanto, concentra esforços na tese da ausência da culpa pela inadimplência trabalhista da empresa prestadora de serviços(primeira reclamada). Em nome do princípio da eventualidade, pugna a segunda reclamada pela limitação da condenação, com a observância do disposto na Súmula nº 363, do TST, exclusão das multas dos artigos 467 e 477, §8º, da CLT, do saldo do FGTS, férias vencidas e abono de 1/3, bem como pela aplicação da taxa de juros mais reduzida, além de invocar a tese da reserva de plenário e prequestionar dispositivos constitucionais.

O recurso ordinário restou recebido pelo juízo preliminar de admissibilidade(fl.184).

A parte demandante apresentou contrarrazões (fls.159/183).

O Ministério Público do Trabalho, em parecer do Procurador Regional do Trabalho **CRISTIANO PAIXÃO**, opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso da União, no concernente ao tema da responsabilidade subsidiária e, quanto ao mais, pelo regular prosseguimento do feito (fls. 189/192).

De maneira sucinta, é o relatório.

II - V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso interposto pela tomadora de serviços terceirizados, ente integrante da Administração Pública.

2. PRELIMINAR

No caso concreto, registre-se, nenhuma preliminar restara suscitada como tema recursal.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO

O debate nuclear do presente litígio devidamente judicializado diz respeito à terceirização de mão de obra promovida pelo poder público, a sua responsabilidade (objetiva, subjetiva ou nenhuma) e o respectivo grau de tal responsabilidade no ato do pagamento decorrente de eventual condenação trabalhista (solidário ou subsidiário).

As questões serão analisadas nos tópicos temáticos a seguir relacionados.

Ao contrário de votos anteriores sobre a matéria, por mim proferidos aqui na 1ª Turma do TRT 10, entre novembro de 2014 e início de outubro de 2017, não mais farei, a partir de agora, uma abordagem geral sobre a terceirização, do ponto de vista histórico, econômico, social e jurídico.

Deixarei para fazê-lo em outra oportunidade, quando houver necessidade de avaliar o conteúdo das novas normas legais reguladoras da terceirização nas relações de trabalho (Leis 13.429/2017 e 13.467/2017), as quais precisam ser interpretadas tendo em conta a Constituição da República e os seus princípios fundantes, o Direito Internacional do Trabalho e a principiologia do Direito do Trabalho.

Analisarei a questão posta no presente recurso, portanto, sob os estreitos limites conferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho, muitas vezes com ressalva de entendimento pessoal em sentido contrário à interpretação dada à matéria por estes tribunais.

Em outras palavras, cinge-se a discussão presente ao tema da

responsabilidade subsidiária do poder público, com a aplicação dos entendimentos manifestados pelo Supremo na ADC nº 16 e no RE-760931, com repercussão geral, e pelo TST, com a sua Súmula nº 331.

4. ALEGAÇÕES DA INICIAL E DA DEFESA EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PRETENDIDA. DA PROVA DA PRESTAÇÃO LABORAL PARA O PODER PÚBLICO POR INTERMÉDIO DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

A parte reclamante alega que foi admitida em 08 de outubro de 2012 pela primeira reclamada, empresa prestadora de serviços, para exercer a função de Telefonista, em prol da segunda reclamada (UNIÃO - Câmara dos Deputados), cujo pacto perdurou até 03 de agosto de 2015, quando foi dispensada, sem justa causa, com ausência de quitação das verbas rescisórias e de várias outras parcelas devidas ao longo da relação laboral.

Invocando o conteúdo da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, a parte autora requereu a decretação da responsabilidade subsidiária da segunda reclamada (UNIÃO) pelo adimplemento das parcelas deferidas ao final da tramitação do presente feito, bem como a condenação de ambas as reclamadas ao pagamento das verbas discriminadas no rol dos pedidos.

A primeira reclamada, empregadora formal da parte demandante, foi revel e confessa quanto à matéria fática deduzida nos autos, cujos efeitos dessa inércia processual não alcançaram a segunda reclamada, evidentemente, nos termos do antigo e do novo CPC, normas as quais são aplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma subsidiária (CLT, art. 769).

De maneira enfática, a segunda reclamada, em sua defesa, requereu a improcedência da postulação obreira que lhe é direcionada, sob o argumento de que, observando o conteúdo decisório presente no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, a responsabilidade da Administração Pública somente existirá quando restar comprovada uma específica conduta culposa do Poder Público, bem como evidente nexos causal entre essa conduta e o dano. Sem tais requisitos, não haverá responsabilização, segundo enfatizado na peça contestatória.

Dirimindo a controvérsia, o Juízo de origem condenou as reclamadas, a Administração Pública de forma subsidiária, ao pagamento de salários retidos desde julho/2015, férias vencidas e proporcionais com terço

constitucional, 13º salário/2015, pagamento direto do FGTS mais 40% (com a regularidade dos depósitos, multas dos artigos 477 e 467 da CLT, esta incidente sobre aviso prévio indenizado, salários retidos, férias vencidas e proporcionais com terço constitucional, 13º salário/2015 e indenização compensatória dos 40% do FGTS, seguro desemprego, com compensações de direito, além de fixar a obrigação de assinatura da CTPS obreira, quanto à data do término do contrato de trabalho.

Não é difícil notar que a parte reclamante, com a petição inicial, demonstrou ter laborado para as reclamadas, nas condições antes relatadas.

Logo, irrefutável a prova da condição de tomadora de serviços da segunda reclamada, ente integrante da Administração Pública.

Verificada a inegável qualidade de tomadora de serviços da segunda reclamada, durante todo o período de vigência do contrato de trabalho formal mantido entre a parte reclamante e a primeira reclamada (empresa prestadora), impõe-se analisar a matéria relativa à responsabilidade subsidiária do ente integrante da Administração Pública, aqui reivindicada, consigne-se, sob o ângulo do contido na Súmula nº 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

5. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PUBLICO NA QUALIDADE DE TOMADOR DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. ANÁLISE DA QUESTÃO SOB O ÂNGULO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADC Nº 16 E RE-760931, COM REPERCUSSÃO GERAL- RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, SEGUNDO COMPREENSÃO DO STF

Em primeiro lugar, cabe transcrever o conteúdo da sentença recorrida, quanto ao tema da responsabilidade subsidiária do poder público, como se faz a seguir:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Houve contrato de terceirização entre as reclamadas, segundo restou comprovado nos autos.

A questão da responsabilidade subsidiária da União nos casos de terceirização já foi sumulada pelo TST, instância máxima trabalhista, na forma da Súmula 331.

Novo entendimento do STF exige configuração da conduta culposa pela administração para incidência do tipo de responsabilidade nos

casos de terceirização com a administração pública.

Na inicial, a reclamante relatava não ter a reclamada exercido a contento seu dever de fiscalizar a execução do contrato de trabalho da empregada que atuou em seu favor como trabalhadora terceirizado.

Pois bem, o inadimplemento de direitos trabalhistas já ocorria antes da finalização do contrato, conforme restou vastamente demonstrado no feito em relação ao FGTS e contribuições previdenciárias, além dos pagamentos salariais feitos diretamente pela tomadora de serviços.

Assim, verifica-se clara negligência da reclamada na contratação de empresa inidônea e completa omissão em fazer a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais previstas no contrato de terceirização relacionadas a obrigações trabalhistas, bem como descaso com as recomendações da IN nº 3, de 15.10.2009, do MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO.

A União fez letra morta com a recomendação proveniente da IN 3, de 15.10.2009, do MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, que estabelece para garantia do cumprimento de obrigações trabalhistas que seja pactuado nos contratos de terceirização "previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica" e que "somente será liberada para pagamento direito dessas verbas aos trabalhadores", na forma do item "I", assim como no sentido de que contemplem "que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração", nos moldes do item "G3".

A falta de fiscalização pela União está devidamente demonstrada pelo mais completo alheamento das responsabilidades próprias do tomador de serviço terceirizado estabelecidas pela IN nº 3, de 15.10.2009, do MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Quem utiliza mão de obra terceirizada deve adotar todas as precauções necessárias para evitar descumprimento de direitos básicos dos trabalhadores vinculados, parte mais fraca no tipo de relação triangular que se estabelece nos contratos de terceirização.

De preferência, por força da disciplina celetista, a contratação de mão de obra subordinada deve ser efetuada diretamente pelas empresas. Com o passar dos anos, a dinâmica da economia estabeleceu a

aceitação de terceirização, ou seja, aproveitamento por empresas de empregados de outras para atuação em atividades meio, mediante compromisso institucional implícito de figurar como garantidor pela falta de assunção de compromissos trabalhistas, em obediência aos ditames constitucionais.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido de responsabilidade subsidiária, abrangendo todos os pedidos, com exceção dos honorários assistenciais, que não traduzem verba decorrente do contrato de trabalho.

Por força do exposto acima, defiro o pedido da responsabilidade subsidiária”.

Em seu recurso, a segunda reclamada (UNIÃO - CÂMARA DOS DEPUTADOS) entende ser inviável a responsabilidade objetiva do Estado, considerando que não restaram cumpridos os requisitos previstos no artigo 37, §6º, da Constituição da República. Também refuta a possibilidade de decretação de sua responsabilidade subjetiva amparada no pressuposto da culpa, *in eligendo* ou *in vigilando*, diante da ausência da prova respectiva quanto a eventual conduta sua negligente.

Para tanto, assinala a recorrente que a Súmula nº 331, do TST, não se presta como fundamento para condenar ente federativo, por violar preceitos constitucionais alusivos à legalidade, repartição de funções, reserva de plenário, entre outros. Está convicta a tomadora de serviços, pois, que a referida súmula e as decisões judiciais que a observam ofendem o disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal

Nessa linha de raciocínio, a UNIÃO destaca o conteúdo do artigo 71, da Lei nº 8.666/1993 (Lei de licitações), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC - Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, tudo a resultar na mudança do conteúdo da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que não basta a mera inadimplência trabalhista por parte da empresa prestadora de serviços, senão a prova da culpa da tomadora de serviços integrante da Administração Pública, direta ou indireta.

Reforça a argumentação antes exposta, agora com amparo em decisão mais recente do STF sobre o tema, no RE-760931, com repercussão geral, no qual fora reafirmada a tese de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública somente pode ser decretada quando ausente a

fiscalização efetiva do contrato de prestação de serviços, ou seja, "*depende de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo*".

Para afastar qualquer tipo de responsabilidade, a Administração Pública agita, pois, o conteúdo do artigo 71, da Lei de Licitações (8.666/93).

Invoca a seu favor dispositivo da Lei de Licitações e Contratos - Lei 8.666, de 1993, alterada por intermédio da Lei nº 9.032, de 1995 - que em seu artigo 71, § 1º, isenta a Administração Pública de responsabilidade pelo cumprimento das obrigações trabalhistas quando houver o inadimplemento do empregador, cujo teor é o seguinte:

"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.

§ 2º - A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução de contrato, nos termos do art. 31, da Lei nº 8.212, de 24 de junho de 1991".

A Súmula nº 331, do TST, interpretando a Constituição da República, a legislação ordinária vigente e observando os precedentes judiciais do próprio tribunal, anuncia não ser possível a terceirização na atividade-fim, no âmbito da Administração Pública.

Para as terceirizações consideradas lícitas, segundo compreensão da súmula em debate, haveria tão somente a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, incluindo o poder público, independentemente de culpa, assim entendido pelo TST, ao menos até o ano de 2010.

O professor e magistrado Maurício Godinho Delgado, ao abordar o tema da responsabilidade de entidades estatais em casos de terceirização de mão de obra, antes da decisão proferida pelo STF nos autos da ADC nº 16, declarava que:

"A entidade estatal que pratique terceirização com empresa

inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa in eligendo (má escolha do contratante) ou, no mínimo, culpa in vigilando (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (inciso IV do Enunciado 331, TST) (...) Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa in eligendo (má escolha do contratante) mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa in vigilando (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização".¹

Impende ressaltar que o § 6.º do artigo 37, da Constituição Federal estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, ao prescrever que estas, assim como as de direito privado prestadoras de serviços públicos, "responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa".

No particular, nota-se que o texto constitucional opta por expressa rejeição à teoria da irresponsabilidade do poder público em suas relações jurídicas com terceiros, sejam elas voluntárias ou involuntárias.

Razões de natureza social ainda mais relevantes justificam o zelo e a responsabilidade que as entidades e os órgãos da Administração Pública devem guardar em relação aos direitos humanos (econômicos, sociais e culturais) das mulheres e dos homens que lhes prestam serviços em condições precárias de trabalho, por força da gestão empresarial embasada na terceirização.

É bastante comum o desaparecimento das prestadoras de serviços, assim como a constatação relativa à inexistência de bens dessas pessoas jurídicas, suficientes para garantir o pagamento das verbas devidas aos empregados.

O poder público não pode simplesmente cruzar os braços, desrespeitando o trabalhador que lhe presta ou prestou serviços. Não é para

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 448, 449 e 459.

cumprir tão lamentável missão que existe o Estado. Se vingasse a tese suscitada nas defesas apresentadas perante a Justiça do Trabalho, pela Administração Pública, os milhões de homens e mulheres empregados das empresas terceirizantes seriam declarados como indivíduos não detentores de parte substancial dos direitos do trabalho, durante a vigência e no ato das rescisões dos seus pactos laborais, restando caracterizado, por via de consequência, o evidente desrespeito aos princípios fundamentais da República da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CRFB, artigo 1º, III e IV).

O respeito à dignidade humana não deve ter como referência a posição privilegiada dos cidadãos na pirâmide social marcadamente injusta da estratificada sociedade brasileira. Ao contrário, no campo das relações de trabalho, quanto mais humilde for o trabalhador, maior zelo o Estado deve ter com seus direitos, em nome da justiça social e da manutenção do único meio de subsistência da imensa maioria da população brasileira.

É forçoso concluir que uma interpretação meramente literal, descontextualizada e não sistemática do artigo 71, da Lei nº 8.666/1993, na prática, sem nenhuma hesitação, resultaria na abominável chancela do Estado ao calote oficial aos empregados de empresas terceirizantes, leitura essa, evidentemente, em descompasso com os princípios da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público (artigo 37, §6º, da CRFB), da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV).

Ao julgar Ação Direta de Constitucionalidade ajuizada pelo então governador do Distrito Federal², o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 24 de novembro de 2010, declarou constitucional o artigo 71, da Lei nº 8.666/93. A notícia publicada em sua página na rede mundial de computadores, no dia 24 de novembro de 2010, foi a seguinte:

“TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, nesta quarta-feira (24), a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 20.05.2015.

Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. Segundo o presidente do STF, isso "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa". "O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público", observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União.

A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Reclamações

Em vista do entendimento fixado na ADC 16, o Plenário deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331/TST. Entre elas estão as RCLs 7517 e 8150. Ambas estavam na pauta de hoje e tiveram suspenso seu julgamento no último dia 11, na expectativa de julgamento da ADC 16. Juntamente com elas, foram julgadas procedentes todas as Reclamações com a mesma causa de pedir. Por interessar a todos os órgãos públicos, não só federais como também estaduais e municipais, os governos da maioria dos estados e de muitos municípios, sobretudo de grandes capitais, assim como a União, pediram para aderir como amici curiae (amigos da corte) nesta ADC.

Alegações

Na ação, o governo do DF alegou que o dispositivo legal em questão "tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993". Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do artigo 71 e seu parágrafo 1º.

A ADC foi ajuizada em março de 2007 e, em maio daquele ano, o relator, ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que

a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Posta em julgamento em setembro de 2008, o ministro Menezes Direito (falecido) pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação, e o ministro Marco Aurélio dela havia conhecido, para que fosse julgada no mérito.

Hoje, a matéria foi trazida de volta a Plenário pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, uma vez que o sucessor do ministro Direito, o ministro Dias Toffoli, estava impedido de participar de seu julgamento, pois atuou neste processo quando ainda era advogado geral da União.

Na retomada do julgamento, nesta quarta-feira, o presidente do STF e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo ele, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao editar o Enunciado 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso quanto à controvérsia. Sob o ponto de vista dela, esta existia, sim, porquanto o enunciado do TST ensejou uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Decisão

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do

contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas".³

A decisão proferida pelo STF, na ADC nº 16, recebeu a ementa a seguir transcrita:

"EMENTA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995." ⁴

Da leitura do inteiro teor daquele acórdão, percebe-se, com meridiana clareza, que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, não isentou, contudo, a Administração Pública de qualquer responsabilidade, em caso de inadimplemento trabalhista por parte das empresas prestadoras de serviços as quais colocam trabalhadores terceirizados desenvolvendo as suas atividades em prol de entidades e órgãos do Estado.

Adotando a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração Pública, o STF declarou que cabe à Justiça do Trabalho, no exame de cada litígio que lhe é submetido cuidando do tema, avaliar a presença ou não do elemento culpa *in vigilando*, como fator de condenação ou absolvição do tomador de serviços integrante do poder público.

Coube ao Tribunal Superior do Trabalho, a partir daquela decisão do Supremo, modificar parcialmente o conteúdo da Súmula nº 331, do TST, o fazendo da seguinte forma:

³ TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> . Acesso em 20.05.2015.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. Disponível em www.stf.jus.br . Acesso em 20.05.2015.

"Súmula nº 331 do TST

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

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 pessoalidade 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral." ⁵

Embora represente evidente retrocesso social para os trabalhadores terceirizados, a decisão proferida nos autos da ADC nº 16, pelo STF, a ponto de determinar explícita mudança parcial do conteúdo da Súmula nº 331, do TST, jamais pode significar o fim da proteção aos direitos e créditos trabalhistas dos milhares de empregados formais das empresas prestadoras de serviços no âmbito do poder público.

Bem sabemos e conhecemos quão dura é a realidade deste grupo

⁵ [BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Resolução n. 174, de 2011. DEJT, 27, 30 e 31 maio 2011](#)

de trabalhadores, cercados de péssimas condições de labor, incluindo salários baixíssimos, jornadas intensas e extenuantes, altos índices de acidentes e discriminação, entre outras ofensas aos seus direitos fundamentais, violações essas notadas com maior visibilidade a partir do momento em que a empregadora formal desaparece sem pagar salários, FGTS e verbas rescisórias, algo bastante corriqueiro, assim visto nos corredores da Justiça do Trabalho quando da realização de audiências na primeira instância.

É certo, ainda, que a retumbante evidência se faz presente até mesmo em vários casos envolvendo o próprio Supremo Tribunal Federal, na qualidade de tomador de serviços (UNIÃO). Diversos empregados terceirizados lotados no STF, via empresa terceirizante, já demandaram ou ainda demandam perante a Justiça do Trabalho de Brasília-DF, buscando receber salários retidos e outros direitos não cumpridos por empresas prestadoras de serviços as quais desapareceram da noite para o dia, depois da perda do contrato mantido com a União.

Isso ocorre porque talvez seja impossível domar o efeito devastador de direitos humanos contido em qualquer terceirização de mão de obra, que existe primordialmente para reduzir os custos com o trabalho, em qualquer lugar do mundo, mediante flexibilização, precarização e violação de direitos materiais e imateriais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Não é novidade para qualquer pessoa que lida com a terceirização, direta ou indiretamente, incluindo os operadores do mundo jurídico laboral, os seus desatinos no serviço público e as agruras sofridas pelos trabalhadores terceirizados, desde a prática da retenção de salários ao não pagamento de auxílio-alimentação, vale-transporte, horas extras, férias, 13º salário e verbas rescisórias. Quando se encontra presente o contexto fático antes delineado, desaparecem as prestadoras de serviços e os seus sócios, sendo que o êxito da execução trabalhista contra as referidas empresas é praticamente nulo.

É provável que não exista um órgão sequer, nos três poderes da República, que não tenha se defrontado com esse grave problema social decorrente da terceirização, com humildes trabalhadores desesperados pela ausência do recebimento de salários e verbas rescisórias, alcançados indistintamente, pois, trabalhadoras e trabalhadores terceirizados de tribunais como Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e

Territórios, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar, além de Tribunal de Contas da União, Conselho Nacional de Justiça, Procuradora-Geral da República, Procuradoria-Geral do Trabalho, Presidência da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Ministério da Justiça, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Previdência Social, Ministério da Fazenda e Ministério das Relações Exteriores.

Na hipótese de ser afastada a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento trabalhista junto ao pessoal que lhe prestou serviços por intermédio de empresa terceirizante, na linha de raciocínio antes desenvolvida, registre-se, estaremos proclamando em alto e bom som que os direitos humanos de natureza econômica e social não se aplicam aos trabalhadores terceirizados do poder público.

A outra face da mesma moeda será a institucionalização do calote pelo Poder Judiciário, pois tão comum tem sido o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte das prestadoras de serviços, assim como o notório insucesso até mesmo no sentido de encontrá-las com a finalidade de comparecimento à Justiça do Trabalho para a tentativa conciliatória ou apresentação de defesa, muito menos são localizados os seus sócios para o pagamento das dívidas trabalhistas.

Ninguém paga a conta ou débito para com os trabalhadores terceirizados do serviço público? O poder público deve fingir que o problema não lhe diz respeito? O Poder Judiciário deve ignorar a realidade dos contratos de prestação de serviços em nome de uma teoria do Direito Administrativo inequivocamente falida para dar conta dos graves problemas gerados pela terceirização? O direito é tão insensível a ponto de não captar a dureza da vida das mulheres e dos homens terceirizados no âmbito da Administração Pública? O direito não pode interagir com a sociologia para encontrar, pelo método da interdisciplinariedade, no ramo das ciências sociais dotadas de maior investigação das origens de nossas mazelas, soluções justas para os terceirizados? Afinal, os trabalhadores terceirizados são ou não portadores de direitos humanos, ou seja, a Constituição da República e o Estado Democrático de Direito valem ou não para a massa de seres humanos submetidos ao trabalho terceirizado no poder público?

As respostas a esses salutares questionamentos não podem

conter evasivas, muito menos consagrar um obtuso padrão administrativista contrário à Constituição da República e aos Direitos Humanos dos trabalhadores terceirizados.

Ora, o Direito Administrativo como expressão da vontade exclusiva do Estado foi revolucionário no contexto histórico de seu nascimento, porque material e politicamente concebido em oposição ao poder corrompido da monarquia do *Ancien Régime*, oferecendo a nova disciplina, por intermédio de leis editadas pelo Parlamento, no pós-revolução francesa e durante mais de um século a partir do grandioso evento, elementos eficazes para limitar o exercício do poder dos governantes na esfera da gestão da coisa pública antes apropriada, sem nenhum pudor, por parte do soberano.

Logo, o Direito Administrativo voltado para proteger apenas o Estado é um dos traços das nações remodeladas que emergiram das revoluções burguesas ocorridas entre os séculos XVIII e XIX, assim como a respectiva estrutura jurídica formatada no sentido de assegurar o exercício das liberdades individuais clássicas pela nova classe detentora do poder político e os limites impostos aos juízes no que se refere à tarefa de interpretar textos legais editados pelo Parlamento revolucionário francês (*o juiz boca da lei*), conforme arquitetura da Constituição jacobina de 1793 (o juiz é proibido de interpretar a lei) e do Código Civil napoleônico de 1803.

Essa concepção de arraigada defesa do Estado em detrimento de interesses diversos paroquiais e particulares marcou a doutrina brasileira durante décadas a partir da Proclamação da República no final do século XIX, considerando que era preciso, naquela época, formar uma cultura apta a promover valores relegados por governantes, embora até hoje persistam, no âmbito da Administração Pública, práticas capazes de envergonhar os revolucionários franceses de 1789, normalmente implementadas à margem do sistema normativo.

O problema é que a ideia de supremacia absoluta do Estado por intermédio de antigos postulados do Direito Administrativo revela-se incompatível com o tempo presente, o tempo do Estado Democrático de Direito.

Para coibir as malversações nas diversas esferas do poder público, no entanto, a velha tônica do Direito Administrativo anunciada por princípios constitucionais encontra-se em plena flor da idade, jovem e entusiasmada em defesa da *coisa* de todos. O seu vigor rejuvenescido pela vitamina da contemporânea *modernidade* não mais comporta porém o caráter

rude e intolerante antes enaltecido, ao reduzir particulares e servidores com os quais mantém algum tipo de vínculo a vergonhoso patamar de inferioridade, considerando-os figuras eventualmente detentoras de direitos a partir da vontade única e autocrática do Estado.

O Estado é fundamental para a implementação de uma série de princípios e garantias próprias da vida digna em todas as suas dimensões, mas está longe de ser o senhor absoluto para limitar ou mitigar direitos humanos.

Ademais, estabelecer a prevalência absoluta dos interesses do Estado pode redundar, na atualidade, em ofensa a princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CRFB, artigo 1º, incisos III e IV). É inadmissível, sob a suposta defesa intransigente do bem público, dispensar a trabalhadores do poder público tratamento próprio da época da inauguração da República, emprestando ao princípio da legalidade estrita do liberalismo, por exemplo, uma cega obediência sem levar em consideração os seus contrapostos. Não é para cumprir tão lamentável missão que existe o Estado Constitucional. Ele foi fundado, teoricamente, dentre outras razões, para não tolerar o intolerável, para dar aos cidadãos dignidade e igual respeito, para cumprir e fazer cumprir os princípios constitucionais.

Na verdade, persegue-se, com a teoria da irresponsabilidade do tomador de serviços, o reconhecimento de que o interesse público é sempre aquele decorrente da vontade estatal, diante da equivocada construção jurídica fomentadora da incompatibilidade total entre dois segmentos cujas raízes estão fincadas na principiologia constitucional do Estado democrático de direito, além de relegar o caráter público de ambos - *Direito do Trabalho e Direito Administrativo*. O referido posicionamento origina não apenas desarmonia na esfera de espaço público comum ao Direito Administrativo e ao Direito do Trabalho, como também reduz a eficácia prática da primeira disciplina naquilo que lhe continua sendo peculiar na era da modernidade avançada.

Sem enfrentar idênticos embaraços, os mais aquinhoados, do ponto de vista econômico e político, quando são afetados por medidas capazes de comprometer o exercício de algum direito seu, via de regra, logo conseguem encontrar soluções, precárias ou não, vindas da esfera do próprio Estado, ente este demasiadamente seletivo em suas ações, registre-se, na hora de conceder, na hora de punir, na hora de proteger os seus, embora a linguagem técnica rebuscada se apresente como sinônimo de uma falsa neutralidade ideológica.

Aos terceirizados, por outro lado, a resposta do Estado é a dureza da lei em sua interpretação mais antissocial possível, contrária inclusive aos postulados constitucionais que anunciam a existência de um Estado Democrático de Direito comprometido com os Direitos Humanos das trabalhadoras e dos trabalhadores.

Tem-se assim, portanto, que a compreensão jurídica acerca do resultado do julgamento proferido nos autos da ADC nº 16 jamais pode ignorar as balizas constitucionais preservadoras da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da dura realidade dessa gente humilde terceirizada à disposição do poder público para fazê-lo funcionar, indo, por exemplo, da limpeza de banheiros de prédios públicos à elaboração de matérias jornalísticas para entidades e órgãos diversos, entre outras centenas de atividades humanas vitais para o conjunto da sociedade brasileira.

Quanto à Declaração de Constitucionalidade do § 1º do Art. 71 da Lei nº 8.666/93, pelo Supremo Tribunal Federal, reitera-se, consta da própria decisão que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta a possibilidade de imputação de responsabilidade à Administração Pública por culpa *in vigilando*, conforme bem apontado em artigo publicado sobre a matéria ora debatida, da autoria dos juslaboralistas mineiros Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Hélder Santos Amorim, como veremos adiante:

"No julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 16 ajuizada pelo governo do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF) pronunciou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, vedando à Justiça do Trabalho a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pelo só fato do inadimplemento dos direitos trabalhistas, tal como se extraía da literalidade do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, acima transcrito.

Nesse julgamento, vencido o Ministro Ayres Britto que considera o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações inconstitucional em relação à terceirização de serviços, o pronunciamento de constitucionalidade do dispositivo foi tomado do voto da maioria, sob duas noções claramente retratadas nas falas do Ministro Cezar Peluso, relator da ADC 55.

Primeiro, entendeu-se que o verbete do inciso IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços pelo só fato do inadimplemento destes direitos, rejeita aplicação e efetividade ao disposto

no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem declarar sua inconstitucionalidade, o que violaria de forma transversa a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição, afrontando a Súmula nº 10 do STF 56.

No segundo momento, apreciando a constitucionalidade do dispositivo, os Ministros concluíram que a norma do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não fere a Constituição e deve ser observada pela Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pela só constatação de inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada.

No mesmo passo concluíram que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta, no entanto, a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa in eligendo ou in vigilando.

Em suas manifestações, no curso do julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, refutando os viéses interpretativos que pretendiam vedar de forma absoluta qualquer atribuição de responsabilidade ao Poder Público, tal como a interpretação literal proposta pela Ministra Cármen Lúcia 57, tratou de balizar o limite dessa declaração de constitucionalidade numa clara hermenêutica de ponderação, que privilegia a noção expressa no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, para impedir a imputação ao Poder Público de responsabilidade automática pelo cumprimento das obrigações trabalhistas inadimplidas - eis que esta responsabilidade trabalhista é exclusiva da empresa contratada, empregadora -, mas, por outro lado, reconhecendo que a isenção de responsabilidade proposta pela norma está condicionada por outras normas que impõem à Administração Pública o dever de bem licitar e de fiscalizar de forma eficiente o contrato administrativo, inclusive quanto ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados".⁶

Traz-se à tona agora precedente do Colendo TST na mesma

⁶ [VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques\(*\). Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 15 fev. 2011. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=933>\). Acesso em: 03 jun. 2011.](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=933)

direção, senão vejamos:

“EMENTA. AGRADO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA - ENTIDADES ESTATAIS - RESPONSABILIDADE EM CASO DE CULPA - IN VIGILANDO - NO QUE TANGE AO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA POR PARTE DA EMPRESA TERCEIRIZANTE CONTRATADA - COMPATIBILIDADE COM O ART. 71 DA LEI DE LICITAÇÕES - INCIDÊNCIA DOS ARTS. 159 DO CCB/1916, 186 E 927, - CAPUT -, DO CCB/2002. A mera inadimplência da empresa terceirizante quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado não transfere a responsabilidade por tais verbas para a entidade estatal tomadora de serviços, a teor do disposto no art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF. Entretanto, a inadimplência da obrigação fiscalizatória da entidade estatal tomadora de serviços no tocante ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa prestadora de serviços gera sua responsabilidade subsidiária, em face de sua culpa *in vigilando*, a teor da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém (art. 186, Código Civil). Evidenciando-se essa culpa *in vigilando* nos autos, incide a responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CCB/1916, arts. 186 e 927, caput, do CCB/2002, observados os respectivos períodos de vigência. Registre-se que, nos estritos limites do recurso de revista (art. 896, CLT), não é viável reexaminar-se a provados autos a respeito da efetiva conduta fiscalizatória do ente estatal (Súmula 126/TST). Sendo assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que ora subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo desprovido”.

Em síntese, na hipótese de observância, sem tréguas, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC - Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, no sentido de que há necessidade de demonstração da presença do elemento culpa *in vigilando* da tomadora de serviços, para assim responsabilizar a Administração Pública, alguns outros aspectos precisam ser

⁷ [BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-AIRR-84240-16.2005.5.15.0094, Min. Mauricio Godinho Delgado, TST 6ª Turma, DEJT04/02/2011. Disponível em \[www.tst.jus.br\]\(http://www.tst.jus.br\). Acesso em 20.05.2015.](#)

avaliados, especialmente quanto à responsabilidade civil e ao ônus da prova.

Depois do julgamento proferido em 2010 nos autos da ADC nº 16, o Supremo Tribunal Federal voltou a emitir pronunciamento plenário a respeito da responsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços terceirizados.

O novo veículo foi o RE-760931, com repercussão geral, com julgamento ocorrido em 30/03/2017 e 26/04/2017, com acórdão publicado no dia 12/09/2017, cuja ementa é transcrita a seguir:

'EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. *A dicotomia entre "atividade-fim" e "atividade-meio" é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as "Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais" (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).*

2. *A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de*

configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, "The Nature of The Firm", Economica (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados "custos de transação", método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de "arquiteto vertical" ou "organizador da cadeia de valor".

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para

setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: 'O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93'.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele dar provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em assentada posterior, em 26/04/2017, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro LUIZ FUX, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de março de

2017.LUIZ FUX - REDATOR PARA O ACÓRDÃO Documento assinado digitalmente".⁸

Como se percebe da parte da ementa que interessa para a solução do caso concreto ("*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*"), o inadimplemento por parte da empresa prestadora de serviços, por si só, é insuficiente para atrair a responsabilidade do poder público como tomador de serviços terceirizados.

Desse modo e sem discutir agora os demais tópicos da ementa do STF, quase todos amparados em compreensões do mercado e de seus autores, especialmente quanto à afirmação de que a terceirização não implica em precarização do trabalho, algo que não se sustenta frente às inúmeras pesquisas científicas capazes de revelar a tragédia causada pelo modo de fragmentação produtiva, o certo é que o resultado do julgamento proferido em 2017 no RE 760931, com Repercussão Geral, está em conformidade com o decidido também pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC nº 16, no ano de 2010, como não poderia ser diferente, diante da natureza da Reclamação apresentada em Recurso Extraordinário.

E cabe dizer, ainda, que da leitura da ementa do RE 760 931-DF, percebe-se que os seus 07(sete) primeiros tópicos tratam da terceirização como mecanismo do processo produtivo gerador de suposta vantagem para o conjunto da sociedade e para a Administração Pública, tudo com base em literatura especializada de cunho administrativo-empresarial, sem relação direta com o tema da responsabilidade subsidiária do poder público e sem qualquer deliberação das respectivas teses ali expostas por parte dos ministros, quando se examina a totalidade do acórdão publicado em setembro de 2017.

Somente as proposições 8(oito) e 9(nove) da ementa foram, de fato, aprovadas como teses pelo STF. As demais são opiniões e não teses explicitamente referendadas, o que se conclui pelos debates e pelas conclusões finais lançadas no acórdão.

Para o Supremo Tribunal Federal, reitere-se, segundo

⁸ Brasil. STF, RE 760931, com Repercussão Geral. Redator Designado Ministro Luiz Fux. Acórdão publicado em 12 de setembro de 2017. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 28 de setembro de 2017.

entendimento majoritário contido na ADC nº 16 e no RE-760931, com Repercussão Geral, a responsabilidade dos entes públicos, quanto ao pagamento de verbas devidas aos trabalhadores terceirizados que lhes prestaram serviços, é subjetiva, exigindo, assim, a presença do elemento culpa, quanto ao inadimplemento por parte da empresa prestadora de serviços.

Em outras palavras, sempre que a fiscalização a ser exercida pela tomadora de serviços do poder público, em relação ao contrato de prestação de serviços(contrato administrativo), se revelar ausente, precária ou ineficiente, haverá a responsabilidade trabalhista da tomadora de serviços integrante da Administração Pública, no que concerne ao pagamento das parcelas devidas aos trabalhadores.

É de se avaliar, mais uma vez, a existência ou não de alguma novidade com a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 760931, cuja decisão foi publicada no dia 12 de setembro de 2017, dotada de repercussão geral.

Para tanto, impõe-se destacar que as únicas teses aprovadas no RE 760931 possuem o conteúdo a seguir destacado:

"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

'Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010".

Nota-se, assim, que a tese primeira antes transcrita, é uma reiteração do decidido nos autos da ADC nº 16, que proclamou o 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.

Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995."

Por outro lado, inegavelmente, o Supremo Tribunal Federal, no RE 760931-DF, reconheceu que o Tribunal Superior do Trabalho, embora tenha feito referência ao julgado na ADC nº 16, o violou, ao decretar a responsabilidade subsidiária do poder público, naquele caso concreto, sem a prova da culpa *in vigilando* da Administração Pública.

Assim votaram os ministros Luiz Fux (redator designado), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, e Alexandre de Moraes. Vencidos, quanto ao resultado final, os ministros Rosa Weber (relatora originária do RE), Celso de Melo, Ricardo Lewandoswski, Luiz Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, que compreendiam estar ausente qualquer ofensa, na decisão do TST, ao contido na ADC nº 16.

Os votos e debates travados e registrados em 355(trezentos e cinquenta e cinco) páginas que resultaram no acórdão respectivo (RE 760931-DF), segundo texto disponível na página eletrônica do STF, reafirmaram a tese de que a responsabilidade pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas aos empregados terceirizados no âmbito da Administração Pública, por parte da tomadora de serviços, jamais é automática. Tal responsabilidade é subjetiva e depende sempre da prova da culpa *in vigilando* do poder público, quanto à fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços celebrado com empresa terceirizante.

Aliás, não é possível relegar o brilhantismo e a profundidade do voto elaborado pela relatora originária da matéria, ministra Rosa Weber, voto esse dotado de elevada percuciência humanística, social, histórica e jurídica, tudo a revelar do que se trata verdadeiramente a terceirização, bem como os seus males e os seus encantos evocados pelos velhos ou novos liberais amantes dos ricos opulentos e indiferentes ao reino da miséria obreira produzida pelo sistema da maximização de lucros a qualquer custo.

O parecer do Ministério Público Federal também refuta a possibilidade de reconhecimento da irresponsabilidade absoluta do poder público,

além de discorrer sobre o ônus da prova, da prova impossível e da "prova diabólica para o empregado", conforme trecho a seguir destacado:

"Constitucional, direito administrativo e do trabalho. Tema 246 de Repercussão Geral. Responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. ADC 16/DF. Decisão vinculante. Constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Possibilidade de responsabilização subsidiária do Poder Público por omissão fiscalizatória do cumprimento das obrigações trabalhistas em contratos de obras e serviços. Confirmação da tese jurídica firmada em controle concentrado de constitucionalidade. Fiscalização eficiente do adimplemento de obrigações trabalhistas - dever jurídico do Poder Público contratante. Preservação da higidez contratual. Função socioambiental do contrato administrativo - execução conforme os interesses sociais e ambientais protegidos pela Constituição. Omissão ou deficiência fiscalizatória. Responsabilização do estado por ato ilícito. Princípio do Estado de Direito. Responsabilidade estatal por ato omissivo danoso a direito de terceiro. Teoria da falha do serviço. Responsabilidade objetiva. Constituição, art. 37, § 6º. Precedentes. Hipótese de responsabilidade subjetiva - presunção relativa de culpa da administração. Demonstração da omissão fiscalizatória do ente público. Prova impossível para o trabalhador demandante - teoria da "prova diabólica".

1. Confirmação da tese firmada na ADC 16/DF, segundo a qual, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993 veda a transferência automática de responsabilidade ao Poder Público contratante de obras e serviços, pelo fato do inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. No entanto, isso não obsta a responsabilização civil subsidiária da administração pública, pelo pagamento dos respectivos encargos, em face de sua omissão ou deficiência fiscalizatória danosa à satisfação dos direitos sociais dos trabalhadores vinculados ao contrato.

2. Constitui dever jurídico do Poder Público contratante de obras e serviços exigir e fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas, pela entidade contratada. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 27, inciso IV; 29, incisos IV e V; 44, § 3º; 54, § 1º; 55, incisos VII e XIII; 58, inciso III; 65, § 6º; 66, 67; 78, incisos VII e VIII, e 87, da Lei 8.666/1993. No âmbito da administração federal, incidem os arts. 19, 19-A, § 3º; 28, 31,

§§1º e 3º; 34, § 4º; 34-A; 35, § 5º e Anexo IV da IN 2/2008 do Ministério do Planejamento. 3. A fiscalização contratual tem por fim imediato promover a higidez do contrato, mas também visa a preservar a função socioambiental do contrato administrativo (Lei 8.666/1993, art. 3º), que vincula sua execução à proteção de interesses maiores da sociedade constitucional e, em particular, dos direitos sociais fundamentais (Constituição, art. 7º).

4. A definição da natureza e a configuração da responsabilidade estatal por omissão danosa ao direito do trabalhador terceirizado, nos casos concretos, constitui matéria que extrapola os lindes do controle de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações. Fundada a responsabilidade civil na omissão fiscalizatória do Poder Público, resta afastada a hipótese de transferência automática de responsabilidade". (Trecho do Parecer do Ministério Público Federal nos autos do RE 760931, transcrito do voto da Relatora originária da matéria, ministra Rosa Weber).

Houve intensa discussão, por parte dos ministros do STF, quanto à distribuição do ônus da prova, no RE 760931-DF, mas nenhuma tese a esse respeito restara ali assentada, muito embora se possa extrair, a partir dos debates, que a prova da culpa *in vigilando* da Administração Pública, nos autos de cada feito, precisa ser contundente e irrefutável. Tanto é assim que a proposta do ministro Luiz Roberto Barroso de prova da fiscalização do contrato pelo método estatístico da amostragem fora expressamente rejeitada.

E não se mostra apropriado concluir, a partir da interpretação do acórdão do STF aqui comentado, que a exigência de prova contundente da culpa *in vigilando* do poder público, conforme assim ressaltado por diversos ministros em seus votos (RE 760931-DF), significa na prática atribuir este ônus processual exclusivamente ao trabalhador, no sentido de demonstrar ele, seja qual for a hipótese, a negligência ou a falha na fiscalização por parte da tomadora de serviços.

Assim o é também porque o próprio redator designado, ministro Luiz Fux, mesmo entendendo que o ônus da prova é do trabalhador, logo em seguida discorre sobre as regras processuais de distribuição do ônus *probandi*, segundo sistemática do Processo Civil.

Existem fatos constitutivos, sem nenhuma dúvida, mas os impeditivos, modificativos e extintivos de direito não desapareceram do cenário

jurídico da terceirização, muito menos pode se aventar a insólita hipótese de que nenhum deles jamais será deduzido pelos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, em suas defesas judiciais em oposição ao decreto de responsabilidade subsidiária.

Se ainda restasse alguma dúvida em torno da ausência de deliberação do STF sobre o ônus da prova da culpa *in vigilando* do poder público como tomador de serviços terceirizados, uma das manifestações do ministro Dias Toffoli naqueles autos a dissipa por completo.

Dias Toffoli, registre-se, compõe o grupo de seis ministros que sedimentou a tese vencedora. Sobre o ônus da prova, contudo, ele consignou o seguinte, quando a referida sessão judicial se encaminhava para o seu término:

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu acompanho a tese formulada e a preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso quanto à necessidade de obiter dictum. Eu penso que nós temos os obiter dicta, porque vários de nós, sejam os vencidos, sejam os vencedores, quanto à parte dispositiva, em muito da fundamentação, colocaram-se de acordo. E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato? Eu concordo que, para a fixação da tese, procurei, a partir, inicialmente, da proposta da Ministra Rosa, depois adendada pelo Ministro Barroso e pelo Ministro Fux durante todo julgamento, procurei construir uma tese, mas ela realmente ficou extremamente complexa e concordo que, quanto mais minimalista, melhor a solução. Mas as questões estão colocadas em obiter dicta e nos fundamentos dos votos. Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro Luiz Fux, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra Rosa Weber, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem’.

A transcrição de fração do voto ministro Toffoli apenas serve para revelar que um dos julgadores responsáveis pela definição da tese

vencedora, sobre o ônus da prova, parece ter compreensão distinta, por exemplo, daquelas manifestadas com maior ênfase por outros ministros igualmente vencedores (tese), como foram os casos dos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

Compreendeu-se, contudo, no prosseguimento, que não era o caso de deliberação ou fixação de tese, pelo Supremo Tribunal Federal, no concernente ao ônus da prova da culpa *in vigilando* da Administração Pública, quando atua ela na qualidade de tomadora de serviços terceirizados.

A partir dos parâmetros delineados pelo Supremo Tribunal Federal (ADC nº 16 e RE 760931), com total ressalva de entendimento do relator, o caso concreto será apreciado, para decretar ou não a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços integrante da Administração Pública, considerando inclusive que a responsabilidade solidária do poder público, segundo compreensão do próprio STF naqueles autos, é limitada às obrigações de caráter previdenciário, nos termos da lei correspondente.

5.1. DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA TOMADORA DE SERVIÇOS INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NORMAS LEGAIS E REGULAMENTARES. DEVER DE VIGILÂNCIA E FISCALIZAÇÃO. PROVA DOS AUTOS

Com a ressalva de entendimento pessoal antes anotada, passa-se à avaliação da matéria fática trazida ao exame do Regional para verificação da presença ou não da culpa concreta (e não apenas presumida) da tomadora de serviços, bem como o respectivo enquadramento jurídico a ser emprestado à decisão do presente litígio.

A eventual decretação da responsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, decorre da demonstração do ato ilícito por ela praticado no desenvolvimento do contrato de prestação de serviços mantido com a empresa terceirizante, apto, por outra vertente complementar, a provocar prejuízo aos trabalhadores, nos moldes dos artigos 186, e 927, *caput*, do Código Civil Brasileiro, aplicáveis ao Direito do Trabalho por força do conteúdo do artigo 8º, da CLT.

Em outros termos, quaisquer danos causados pelo poder público, pela prática de conduta ilícita, devem ser por ele reparados mediante a justa compensação monetária.

Os artigos 58, inciso I, e 67, da Lei de Licitações e Contratos

(8.666/1993), impõem ao poder público, na condição de ente contratante pela regência deste diploma legal, o dever de realizar rigorosa fiscalização quanto à execução e ao acompanhamento do contrato de prestação de serviços, inclusive mediante a designação de representante específico da Administração, que "*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*".

Não se trata de mero detalhe a ser relegado o ato de fiscalizar o acompanhamento e a execução do contrato de prestação de serviços senão evidente obrigação fundada na defesa da *res publica* e dos direitos sociais dos trabalhadores ligados à Administração Pública por intermédio da terceirização de mão de obra, cabendo ao poder público, por conseguinte, respeitar os comandos legais aos quais encontra-se vinculado, por força da observância do princípio da legalidade consagrado no artigo 37, da Constituição da República, como uma das mais significativas expressões do Estado Democrático de Direito.

Sob a ótica da responsabilidade subjetiva reconhecida pelo STF no julgamento da ADC 16, no ano de 2010, e do RE 760931-DF, em 2017, surgindo qualquer discussão relativa à presença ou não da culpa *in vigilando*, em primeiro lugar, destaque-se, cabe verificar se a Administração Pública cumpriu efetivamente com o seu dever de vigilância em relação ao contrato de prestação de serviços objeto da controvérsia judicializada.

E a quem compete fazer tal prova em juízo?

Evidentemente, à tomadora de serviços como única responsável pela vigilância do contrato, guarda dos documentos e de outros registros inerentes às medidas eventualmente adotadas para preservar a integridade do pacto administrativo firmado com empresa terceirizante, especialmente quanto aos direitos sociais dos trabalhadores que ali desenvolvem ou desenvolveram as suas atividades.

Atribuir ao empregado este ônus significaria, na prática, na imensa maioria das vezes, tornar letra morta o princípio da legalidade, esvaziando-se, por conseguinte, o conjunto das disposições legais as quais obrigam o poder público contratante a realizar intensa fiscalização e rigoroso acompanhamento da execução do contrato de prestação de serviços. Importaria, sem sombra de dúvida, na absolvição trabalhista prematura da tomadora de serviços, uma vez que o empregado não reúne condições materiais para produzir

tal prova, ao contrário da reclamada, detentora da melhor aptidão para a prova a que se encontra obrigada a formalizar diariamente, mostrando em juízo, por exemplo, as ações adotadas para impedir o inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços.

Ademais, ao alegar que empreendeu todos os esforços voltados para o cumprimento regular do contrato sem sobressaltos, em atendimento aos comandos prescritos nos artigos 58 e 67, da Lei nº 8.666/1993, à tomadora de serviços incumbe provar as suas alegações concernentes à fiscalização do respectivo pacto, segundo dispõe o artigo 818, da Consolidação das Leis do Trabalho. Sob a ótica do Processo Civil, no velho (art. 333,II) e no novo código (373, II), cuida-se de hipótese de inversão do ônus da prova (fato impeditivo de direito pleiteado).

Para além ou em complemento a tais aspectos legais, a própria Administração Pública editou atos normativos visando, em tese, assegurar o pagamento de salários e verbas rescisórias devidos aos empregados das empresas terceirizantes prestadoras de serviços ao poder público, tal o descalabro verificado nas últimas décadas.

Para tanto, editou, inicialmente, a Instrução Normativa nº 02/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), contendo inúmeras diretrizes relativas à contratação de empresas prestadoras de serviços e à fiscalização dos contratos de trabalho.

Depois, no ano seguinte, também o MPOG, cuidou de editar outro regramento a respeito da matéria, por intermédio da Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009. Em tal ato regulamentar, registre-se, estão contidas inúmeras obrigações impostas à tomadora de serviços integrante da Administração Pública, incluindo a exigência do seguro garantia, em seu art. 19, senão vejamos:

"(...) XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013).

a) a contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão

contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

b) a garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de: (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

4. obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber”.

Não há, nos autos, prova no sentido de revelar que a segunda reclamada tenha cumprido o disposto no art. 19, XIX, da Instrução Normativa do MPOG, muito menos realizado a efetiva fiscalização do contrato, como estabelece o art. 19 e seguintes, da Instrução Normativa nº 03/2009, do Ministério do Planejamento, conforme rol de medidas a seguir transcritas de forma literal:

“Art. 34 A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada(...)

V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato(...)

§ 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias

ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores - SICAF: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. prova de regularidade relativa à Seguridade Social; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. certidão conjunta relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

3. certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

4. Certidão de Regularidade do FGTS - CRF; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

5. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

d) entrega da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais; (Incluído pela Instrução

Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

3. extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

II - No caso de cooperativas:

a) recolhimento da contribuição previdenciária do INSS em relação à parcela de responsabilidade do cooperado;

b) recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela de responsabilidade da Cooperativa;

c) comprovante de distribuição de sobras e produção;

d) comprovante da aplicação do FATES - Fundo Assistência Técnica Educacional e Social;

f) comprovação de criação do fundo para pagamento do 13º salário e férias; e

g) eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as sociedades cooperativas.

III - No caso de sociedades diversas, tais como as Organizações Sociais Cíveis de Interesse Público - OSCIP's e as Organizações Sociais, será exigida a comprovação de atendimento a eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as respectivas organizações.

§ 6º Sempre que houver admissão de novos empregados pela contratada, os documentos elencados na alínea "a" do inciso I do § 5º deverão ser apresentados. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 7º Os documentos necessários à comprovação do cumprimento das obrigações sociais trabalhistas elencados nos incisos I, II e III do § 5º poderão ser apresentados em original ou por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 8º A Administração deverá analisar a documentação solicitada na alínea "d" do inciso I do § 5º no prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento dos documentos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 9º Em caso de indício de irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias, os fiscais ou gestores de contratos de

serviços com dedicação exclusiva de mão de obra deverão officiar ao Ministério da Previdência Social e à Receita Federal do Brasil - RFB. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 10. Em caso de indício de irregularidade no recolhimento da contribuição para o FGTS, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra deverão officiar ao Ministério do Trabalho e Emprego. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.]

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)“

Efetivamente, a segunda reclamada, pessoa jurídica integrante da Administração Pública, deixou de cumprir a fiscalização de que trata a Lei nº 8.666/1993, também objeto de especificação em ato do MPOG (Instrução Normativa 03/2009), com especial destaque para a falta de garantia do contrato, o acompanhamento dos contratos de trabalho e a retenção proporcional de valores suficientes para garantir o pagamento de salários e verbas rescisórias.

De forma ainda mais contundente, o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Acórdão 1214/2013, recomenda à Administração a realização

de rigorosa fiscalização, pelo poder público contratante, quanto às condições e garantias oferecidas pela empresa prestadora de serviços para assinatura do respectivo contrato, bem como o acompanhamento de sua execução, de modo a evitar qualquer prejuízo financeiro ao erário, isto previsto desde o respectivo edital de licitação.

Transcreve-se, assim, parte daquela decisão do TCU:

"1. A CONTRATADA deverá apresentar à Administração da CONTRATANTE, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor anual atualizado do contrato, podendo essa optar por caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

2. A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

a) prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;

b) prejuízos causados à administração ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

c) as multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e

d) obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não honradas pela contratada.

3. Não serão aceitas garantias em cujos termos não constem expressamente os eventos indicados nas alíneas a a d do item 2 imediatamente anterior.

4. A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas da União(...):

10.3 não serão aceitas garantias que incluam outras isenções de responsabilidade que não as previstas neste item.

II.d - Controle de encargos previdenciários

a) fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil, com o objetivo de verificar se suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção

de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002.

d) reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/91;

e) exigir certidão negativa de débitos para com a previdência - CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham seus extratos avaliados ao final de um ano - sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita Federal do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

II.e - Controle do recolhimento do FGTS

a) fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

d) fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

e) solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos

foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham seus extratos avaliados ao final de um ano - sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

II.f - Outros documentos

II.g - Conta vinculada(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.1 que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

9.1.4 fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

9.1.4.1 prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;

9.1.4.2 multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;

9.1.4.3 prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de 9.1.4.4 obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

9.1.5 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observar os aspectos abaixo:

9.1.5.1 fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha

própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

9.1.5.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.5.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.5.4 reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

9.1.5.5 exigir certidão negativa de débitos para com a previdência - CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao SicaF;

9.1.5.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano - sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez para um mesmo empregado, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;

9.1.5.7 comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

9.1.6 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, observe os aspectos abaixo:

9.1.6.1 fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

9.1.6.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.6.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7

9.1.6.4 fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

9.1.6.5 solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

9.1.6.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano - sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;

9.1.6.7 comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

9.1.7 somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

9.1.8 seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento p

9.1.9 a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado(...)

Indubitavelmente, a tomadora de serviços, no caso concreto, também ignorou as recomendações do TCU - Tribunal de Contas da União contidas no acórdão nº 1.214/2013, tanto em relação à ausência de garantia do contrato, quanto na fiscalização dos contratos de trabalho dos empregados da prestadora de serviços, incluindo a verificação dos recolhimentos legais (INSS e FGTS).

No âmbito do Poder Judiciário, a título de exemplo, destaque-se, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução nº 98/2009, dirigida aos tribunais contratantes de trabalhos terceirizados, estabelecendo procedimentos voltados para assegurar o pagamento de salários e verbas

rescisórias aos empregados:

"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.

O Presidente do Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e

Considerando a necessidade da Administração Pública, na prática de atos administrativos, nos termos do disposto no art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, observar os princípios da racionalidade e da economicidade;

Considerando a responsabilidade subsidiária dos Tribunais, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada para prestar serviços terceirizados, de forma contínua, mediante locação de mão-de-obra, conforme a jurisprudência dos Tribunais trabalhistas;

Considerando que os valores referentes às provisões de encargos trabalhistas são pagos mensalmente à empresa, a título de reserva, para utilização nas situações previstas em lei;

Resolve:

Art. 1º Determinar que as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a serem pagas pelos Tribunais e Conselhos às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, sejam glosadas do valor mensal do contrato e depositadas exclusivamente em banco público oficial.

Parágrafo único. Os depósitos de que trata o caput deste artigo devem ser efetivados em conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - aberta em nome da empresa, unicamente para essa finalidade e com movimentação somente por ordem do Tribunal ou Conselho contratante.

Art. 2º A solicitação de abertura e a autorização para movimentar a conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - serão providenciadas pelo setor de administração do respectivo Tribunal ou Conselho.

Art. 3º Os depósitos de que trata o art. 1º desta Resolução serão efetuados, com o acréscimo do Lucro proposto pela contratada.

Art. 4º O montante do depósito vinculado será igual ao somatório dos valores das seguintes provisões previstas para o período de contratação:

I - 13º salário;

II - Férias e Abono de Férias;

III - Impacto sobre férias e 13º salário;

IV - multa do FGTS.

Parágrafo único. Os valores provisionados para o atendimento deste artigo serão obtidos pela aplicação de percentuais e valores constantes da proposta.

Art. 5º Os Tribunais ou Conselhos deverão firmar acordo de cooperação com banco público oficial, que terá efeito subsidiário à presente Resolução, determinando os termos para a abertura da conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação. (ANEXO II)

Art. 6º A assinatura do contrato de prestação de serviços entre os Tribunais ou Conselhos e a empresa vencedora do certame será precedida dos seguintes atos:

I - solicitação pelo Tribunal ou Conselho contratante, mediante ofício, de abertura de conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação -, no nome da empresa, conforme disposto no art. 1º desta Resolução (ANEXOS III, IV, V, VI, VIII e IX);

II - assinatura, pela empresa a ser contratada, no ato da regularização da conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação, de termo específico da instituição financeira oficial que permita ao Tribunal ou Conselho ter acesso aos saldos e extratos, e que vincule a movimentação dos valores depositados à sua autorização. (ANEXO VII)

Art. 7º Os saldos da conta vinculada - bloqueada para movimentação - serão remunerados pelo índice da poupança ou outro definido no acordo de cooperação, sempre escolhido o de maior rentabilidade.

Art. 8º Os valores referentes às provisões de encargos trabalhistas mencionados no art. 4º, depositados na conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - deixarão de compor o valor do pagamento mensal à empresa.

Art. 9º No âmbito dos Tribunais ou Conselhos, o setor de controle interno ou setor financeiro é competente para definir, inicialmente, os percentuais a serem aplicados para os descontos e depósitos, cabendo ao setor de execução orçamentária ou ao setor financeiro conferir a aplicação sobre as folhas de salário mensais das empresas e realizar as demais verificações pertinentes.

Art. 10. Os editais referentes às contratações de empresas para prestação de serviços contínuos aos Tribunais ou Conselhos, deverão conter expressamente o disposto no art. 8º desta Resolução, bem como a

obrigatoriedade de observância de todos os seus termos.

Art. 11. A empresa contratada poderá solicitar autorização do Tribunal ou Conselho para resgatar os valores, referentes às despesas com o pagamento de eventuais indenizações trabalhistas dos empregados que prestam os serviços contratados pelo Tribunal ou Conselho, ocorridas durante a vigência do contrato.

§ 1º Para a liberação dos recursos da conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - a empresa deverá apresentar à unidade de controle interno ou setor financeiro os documentos comprobatórios da ocorrência de indenizações trabalhistas.

§ 2º Os Tribunais ou Conselhos, por meio dos setores competentes, expedirão, após a confirmação da ocorrência da indenização trabalhista e a conferência dos cálculos pela unidade de auditoria, a autorização de que trata o caput deste artigo, que será encaminhada à instituição financeira oficial no prazo máximo de cinco dias úteis, a contar da data da apresentação dos documentos comprobatórios pela empresa.

§ 3º A empresa deverá apresentar ao Tribunal ou Conselho, no prazo máximo de três dias, o comprovante de quitação das indenizações trabalhistas, contados da data do pagamento ou da homologação.

Art. 12. O saldo total da conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - será liberado à empresa, no momento do encerramento do contrato, na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, ocorrendo ou não o desligamento dos empregados.

Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

Como se percebe, os órgãos de fiscalização conhecem a realidade da terceirização realizada pelo poder público brasileiro, cujo descumprimento da legislação trabalhista por parte de empresas sem lastro econômico ou financeiro, pois incumbidas apenas de vender ou intermediar mão de obra, é a regra geral, bem como a sistemática lesão a direitos obreiros próprios do ato da rescisão contratual.

Lamentavelmente, os normativos existentes e as recomendações editadas por órgãos públicos diversos têm sido insuficientes para alterar o quadro de irregularidades trabalhistas verificadas nas contratações celebradas entre a Administração Pública e as empresas terceirizantes, muito provavelmente, consigne-se, porque a lógica ou a gênese da terceirização é

incompatível com a dignidade humana laboral, com o respeito aos direitos previstos na Constituição da República e na CLT- Consolidação das Leis do Trabalho. A terceirização existe, em primeiro lugar, para diminuir os custos com o trabalho. E depois, não menos relevante, para fragmentar a classe trabalhadora, do ponto de vista de sua organização social e política.

Pois bem. Aqui, de igual modo, a parte demandante deixou de receber verbas básicas no ato da rescisão contratual, não tendo a tomadora de serviços adotado qualquer medida concreta para evitar a lesão consumada, seja no que se refere à fiscalização rigorosa do contrato de prestação de serviços quando de sua vigência, seja no tocante à reserva mensal de valores para assegurar o pagamento de verbas rescisórias à parte obreira, ainda no século XXI a parte frágil dessa relação triangular formada à margem do ordenamento jurídico (CRFB, CLT, Pactos e Convenções Internacionais), conforme explicitado antes no presente voto.

Além da ausência de qualquer fiscalização, no regular exercício do poder de vigilância adequado, a tomadora de serviços não cuidou de realizar a retenção dos valores destinados a suportar o pagamento das verbas devidas aos empregados das prestadoras de serviços, ação a qual restou solenemente ignorada quanto à parte demandante.

Neste caso, portanto, encontram-se preenchidos os requisitos para a decretação da responsabilidade subsidiária da segunda reclamada com base na teoria da reparação do dano pelo cometimento de ato ilegal por parte da Administração Pública (CCB, artigos 186 e 927, *caput*; CLT, artigo 8º), tudo em consonância com o resultado dos julgamentos proferidos nos autos da ADC nº 16 e do RE 760931, pelo STF, bem como em atenção à nova redação da Súmula nº 331, do TST.

A culpa da segunda reclamada, pela inadimplência patronal, está suficientemente provada, conforme elementos antes expostos.

Sinteticamente, havendo, nos autos, demonstração de que além da péssima escolha no ato da contratação, a tomadora de serviços foi omissa ou negligente no seu dever de fiscalização junto à empresa terceirizante, a ponto de direitos básicos dos trabalhadores terem sido sistematicamente desrespeitados durante e após o término do pacto laboral (rescisão contratual), sem nenhuma ação ou reação por parte da tomadora, configura-se, sob ponto de vista extremamente moderado, ou seja, para dizer o mínimo, a culpa *in vigilando*.

5.2. ANÁLISE DO CASO CONCRETO - AGORA A PARTIR DA EXISTÊNCIA OU NÃO DA PROVA CONTUNDENTE NOS AUTOS DA CULPA *IN VIGILANDO* DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO TOMADORA DE SERVIÇOS

Para além da ausência de demonstração da fiscalização efetiva do contrato administrativo, como vimos na análise do tópico anterior a este, há, de fato, prova contundente da culpa *in vigilando* da tomadora de serviços pelo inadimplemento de verbas devidas à parte reclamante, parcelas as quais deveriam ter sido pagas/depositadas no curso e quando da rescisão contratual.

Observemos, então.

A empresa prestadora de serviços deixou de honrar com obrigações básicas do contrato de trabalho mantido com a parte obreira, a ponto de deixar de pagar parcelas como salários retidos desde julho/2015, férias vencidas e proporcionais com terço constitucional, 13º salário/2015, pagamento direto do FGTS mais 40% (com a regularidade dos depósitos, multas dos artigos 477 e 467 da CLT, esta incidente sobre aviso prévio indenizado, salários retidos, férias vencidas e proporcionais com terço constitucional, 13º salário/2015 e indenização compensatória dos 40% do FGTS, seguro desemprego, com compensações de direito, além de fixar a obrigação de assinatura da CTPS obreira, quanto à data do término do contrato de trabalho, segundo termos da sentença condenatória ora examinada em grau de recurso.

Não raro, o poder público contratante de trabalho terceirizado sequer traz aos autos qualquer documento apto a demonstrar indício de fiscalização, preferindo, pois, apostar na tese frágil da ausência de responsabilidade pelo pagamento das verbas devidas à parte autora, decorrentes do contrato de prestação de serviços com a empresa terceirizante que cumpriu o roteiro tradicional: desapareceu e não pagou os seus empregados.

A fiscalização insuficiente por parte da tomadora de serviços (culpa *in vigilando*) é, na imensa maioria dos casos, flagrante, considerando inclusive a ausência de retenção das faturas para a quitação de várias parcelas inadimplidas no curso e término do pacto laboral.

Não é demais lembrar que o contrato de trabalho teve início em 08 de outubro de 2012 e findou em 03 de agosto de 2015, tendo a parte reclamante exercido a função de Telefonista, cujo último salário importou em

R\$1.440,51 (um mil quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e um centavos), com dispensa sem justa causa e com ausência de quitação de qualquer verba rescisória.

Mas não foram apenas as verbas rescisórias que deixaram de ser pagas, anote-se.

O extrato analítico do FGTS trazido com a peça inicial obreira revela que esta parcela deixou de ser depositada, na conta vinculada própria, pela empregadora formal, desde agosto de 2014, até agosto de 2015.

Em outros termos, durante um ano a empresa terceirizante não promoveu um depósito mensal sequer a título de FGTS.

Ora, não se trata da presunção de culpa. A Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, segundo prova dos autos, não fiscalizou a regularidade do recolhimento mensal do FGTS durante um ano, descumprindo, por via de consequência, o disposto nos artigos 58 e 67, da Lei nº 8.666/1993, quanto ao dever de fiscalização rigorosa do contrato administrativo, mês a mês, dia a dia.

De igual modo, a omissão do poder público contratante de trabalho terceirizado, no caso concreto, ignorou a Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009, do MPOG (*Art. 34 A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:(...) § 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:(...) 1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)*), ao não ter adotado a mais remota providência para obrigar a empresa terceirizante a regularizar o FGTS da parte reclamante e de tantos outros empregados vinculados ao mesmo contrato de prestação de serviços.

Conforme transcrição realizada no item 5.1 deste voto, há tantas outras normas internas editadas pelo próprio poder público, exigindo a fiscalização, por parte da tomadora de serviços, quanto à regularidade dos depósitos mensais do FGTS nas contas dos empregados, incluindo deliberação do órgão de controle de contas federais, o TCU - Tribunal de Contas da União.

Reitere-se: a tomadora de serviços, integrante da Administração

Pública, sequer constatou a irregularidade relativa ao FGTS que deixara de ser recolhido durante um ano, tudo a atestar que a fiscalização ou vigilância do contrato não passava de uma ficção.

Tal como especificado nas normas e determinações expressamente transcritas no tópico anterior do presente voto, a tomadora de serviços não fez a retenção que deveria realizar para assegurar o pagamento do salário do mês de julho de 2015 e saldo de agosto de 2015, muito menos para quitar as inúmeras verbas rescisórias, incluindo férias integrais e proporcionais, 13º salário, multa de 40% sobre o FGTS, multas dos artigos 467 e 477,§8º, da CLT.

Se tivesse agido com o mínimo de diligência e cautela, a tomadora de serviços teria percebido que a contratada, ao deixar de recolher o FGTS e contribuições sociais outras devidas mensalmente, não poderia se encaminhar para outro destino que não fosse o inadimplemento quanto às verbas trabalhistas dos empregados vinculados ao respectivo contrato administrativo.

Em outras palavras, a negligência da tomadora de serviços é evidente, salvo quanto aos salários de dezembro de 2014 a junho de 2015, o que não foi objeto de qualquer postulação obreira ou condenação, evidentemente.

Os documentos juntados aos autos, pela Administração Pública (fls. 58/85-verso), apenas revelam a adoção de uma ou outra medida meramente burocrática, além da determinação do pagamento direto de salários a partir de dezembro de 2014 (fl. 61/83).

Portanto, a tomadora de serviços agiu com alguma cautela apenas no tocante aos salários de dezembro de 2014 a junho de 2015, ao pagá-los de forma direta mediante depósitos nas contas correntes dos empregados da prestadora de serviços. Tais parcelas, contudo, não integram os termos condenatórios.

A tomadora de serviços tinha conhecimento da precariedade do funcionamento da empresa prestadora e, ainda assim, nada fez para assegurar o pagamento das verbas rescisórias, nem mesmo efetuou a retenção mensal de valores capaz de suportar a dívida anunciada em cores vivas, como estabelecido em normas internas da Administração Pública Federal.

Para além da flagrante conduta omissiva, negligente, configuradora, de forma contundente e irrefutável, da culpa *in vigilando* pelo inadimplemento do FGTS durante um ano e de todas as verbas rescisórias,

incluindo os salários dos dois últimos meses de vigência do pacto laboral, a tomadora de serviços, integrante da Administração Pública, não cuidou de exigir, da empresa terceirizante, a garantia de execução do contrato previsto no art. 56, da Lei de Licitações, e reiterada em normas internas do MPOG, conforme a seguir transcrito, novamente:

"(...) XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013).

a) a contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

b) a garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de: (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

4. obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber".

A conduta omissiva e negligente da tomadora de serviços, no tocante à ausência de fiscalização do contrato administrativo e à exigência de

garantia de execução, é por demais evidente nos autos, a ponto de configurar a sua culpa *in vigilando*, de forma contundente e irrefutável, pelo inadimplemento de todas as verbas a que fora responsabilizada de forma subsidiária pelo Juízo da instância primeira da causa.

A recorrente não empreendeu medidas eficazes para garantir à reclamante a efetividade de todos os seus direitos sociais, todos decorrentes do contrato de trabalho.

Se assim tivesse agido, poderia ter evitado o dano causado à parte autora, fato devidamente reconhecido pela sentença recorrida.

A prova dos autos atesta a culpa *in vigilando* da tomadora de serviços.

A fiscalização insuficiente por parte da segunda reclamada (culpa *in vigilando*) é flagrante, considerando inclusive a retenção das faturas em valor insuficiente para quitar as verbas deferidas na origem,

Se tivesse cumprido as suas obrigações legais e contratuais, a segunda reclamada, em tese, poderia ter evitado a inadimplência em relação às verbas antes descritas.

Segundo compreensão do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na qualidade de tomadora de trabalho terceirizado, não é automática. Havendo inadimplência quanto ao pagamento de parcelas trabalhistas diversas ou verbas rescisórias, por parte da prestadora de serviços, o poder público somente responde, de forma subsidiária, quando restar demonstrada nos autos, de maneira categórica e irrefutável, a sua culpa *in vigilando*, no tocante à ausência de fiscalização (conduta omissiva ou negligente) do contrato administrativo celebrado com empresa terceirizante.

Sinteticamente, revelando a prova dos autos, de forma contundente e irrefutável, que a tomadora de serviços concorreu diretamente para a inadimplência trabalhista, ao ser omissa e negligente quanto à fiscalização do contrato mantido com a empresa terceirizante, a ponto de não ter sequer coibido as irregularidades evidentes durante o seu desenvolvimento, incluindo a falta de pagamento de parcelas básicas do liame laboral, encontra-se configurada a sua culpa *in vigilando*, apta, portanto, a atrair a responsabilidade subjetiva admitida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho. A culpa *in vigilando* resta reforçado quando, além de não cumprir as suas obrigações inerentes à fiscalização, o poder público contratante nada faz para evitar a

inadimplência em relação às verbas rescisórias, seja pela ausência da retenção de valor mensal para esse fim, seja pela falta de exigência da garantia de execução do contrato administrativo, a ser renovada anualmente, tudo nos termos da lei e das normas regulamentares instituídas pela própria Administração Pública, além das determinações emitidas pelo órgão de controle de contas na mesma direção (TCU).

No particular, nada a ser reformado.

Nega-se provimento, por via de consequência, ao recurso ordinário da reclamada, no concernente ao tema da responsabilidade subsidiária do poder público como tomador de trabalho terceirizado.

6. MITIGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE MULTAS E OUTRAS VERBAS. POSSIBILIDADE OU NÃO

A responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços é ilimitada, salvo quanto às obrigações de fazer de natureza personalíssima da prestadora, as quais não podem ser convertidas em pagamento ou recolhimento, como é o caso, por exemplo, da assinatura da CTPS ou de retificação de registro no documento da trabalhadora terceirizada.

Cabe dizer que nenhuma obrigação de cunho pecuniário, devida pela empresa prestadora, é de natureza personalíssima, ao menos sob a esfera jurídica da responsabilidade subsidiária do poder público como contratante de trabalho terceirizado

O pagamento das multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8.º, da CLT, bem como da multa de 40% sobre o saldo do FGTS, de férias, abono de 1/3 e 13º salário, são verbas que se incluem no âmbito da responsabilidade subsidiária, além de tantas outras.

Não há se falar em limitação da responsabilidade subsidiária às obrigações contratuais principais. Inexiste comando autorizador de tal procedimento. Aliás, ainda não foi instituída a figura da responsabilidade subsidiária mitigada, de modo a auxiliar o agente que, de algum modo, participou da relação jurídica ocasionadora do prejuízo ao empregado.

Se tivesse exercido o poder de vigilância adequado, a tomadora de serviços poderia ter realizado a retenção dos valores próprios capazes de suportar o pagamento das verbas rescisórias dos empregados dispensados pela

prestadora de serviços.

Nada fazendo para o integral cumprimento das obrigações trabalhistas, resta à tomadora de serviços assumir todas e quaisquer dívidas de cunho pecuniário inadimplidas pela sua contratada, quando age com culpa *in vigilando*, como restara suficientemente demonstrado no caso concreto dos autos, segundo análise feita em tópico precedente deste voto.

A Administração Pública responde não apenas porque foi a maior beneficiária da prestação laboral desenvolvida por vários empregados, como também pelo fato de ter sido ela nada diligente ou esforçada para fazer respeitar os direitos de tais trabalhadores ou cumprir as suas obrigações previstas na lei de licitações.

Nesse contexto, a tomadora responde pelo pagamento de todas as verbas objeto da condenação, incluindo, seja qual for a hipótese concreta, os recolhimentos previdenciários e fiscais pertinentes, além de multas dos artigos 467, 477, §8º, da CLT, férias, abono de 1/3, gratificações natalinas, FGTS não recolhido, multa de 40% sobre o FGTS e salários retidos, entre tantas outras parcelas igualmente de sua responsabilidade subsidiária.

O Regional (TRT 10) pacificou o tema por intermédio do contido no Verbete n.º 11/2004, senão vejamos:

'RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TOMADORA DOS SERVIÇOS. ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DO COL. TST . "O tomador dos serviços responde, em caráter subsidiário, pelas obrigações trabalhistas do empregador, ainda que aquele integre a Administração Pública. Tal responsabilidade abrange também as multas do artigo 467 e do § 8º do artigo 477, ambos da CLT e § 1º do artigo 18 da Lei nº 8.036/1990, bem como os honorários assistenciais. (NOVA REDAÇÃO) Publicado no DJ-3 em 17/07/2008"'.

Sobre as férias vencidas e o abono de 1/3, não corresponde à realidade a informação contante da peça recursal que noticia a extensão dos efeitos da revelia e confissão da primeira à segunda reclamada.

Se a tomadora tivesse provado a concessão e pagamento das férias do último período concessivo, nos termos do art. 130 e seguintes da CLT, não haveria qualquer condenação a tal título.

Aliás, não prima pela boa fé tal tipo de arguição recursal, com todo o respeito, considerando que a defesa da União, conforme se verifica às fls. 52/57, jamais indicou qualquer quitação atinente às férias vencidas de 2013/2014.

Os advogados, públicos ou não, jamais devem, pelo zelo no desempenho de suas relevantes atribuições (CRFB, art. 133) e, sobretudo, por um dever ético profissional, deduzir pretensão contra fatos incontroversos nos autos.

As férias do período aquisitivo 2013/2014 ainda não tinham atingindo o seu período concessivo até a data da extinção do pacto laboral, muito menos existe arguição, no momento processual adequado, ou prova de sua concessão.

Recurso a que se nega provimento.

7. SUPOSTA CONTRADIÇÃO ENTRE AS SÚMULA 331 E 363, DO TST. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO SALDO DE SALÁRIO E AO FGTS. VIABILIDADE OU NÃO

Diz a recorrente que há contradição entre as Súmulas 331 e 363, do TST, sendo certo que o precedente judicial último assegura ao empregado contratado irregularmente pelo poder público o recebimento apenas do saldo de salário e FGTS, motivo pelo qual pugna pela limitação de sua responsabilidade subsidiária, em tais termos.

Ao contrário do ventilado no recurso, inexistente contradição entre as Súmulas 331 e 363, do TST. A de nº 363 trata exclusivamente da contratação direta de trabalhador pela Administração Pública, sem concurso público, cuja nulidade do ato produz efeitos jurídicos bem distintos daqueles vistos na contratação via terceirização regular assim compreendida pelo Tribunal responsável pela unificação da jurisprudência trabalhista (Súmula nº331).

Assim, não se cogita de limitação da condenação na forma da Súmula 363/TST, ainda que analogicamente, uma vez que a reclamada foi condenada de forma subsidiária, ante o reconhecimento de sua responsabilidade na forma da Súmula 331/TST, em face do inadimplemento de parcelas trabalhistas devidas pela empresa prestadora de serviços.

A segunda reclamada responderá de forma subsidiária à totalidade da condenação imposta à empresa prestadora de serviços.

Nega-se provimento ao apelo do poder público.

8. TAXA DE JUROS APLICÁVEL À TOMADORA DE SERVIÇOS INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pretende a segunda reclamada a aplicação dos juros de mora no percentual de 0,5% ao mês ou 6% anuais, com base na redação dada pela Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, ao art. 1º-F da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, e na OJ 07 do Tribunal Pleno do col. TST.

Primeiramente, frise-se que o dispositivo legal acima referido, no qual a recorrente fundamenta o seu inconformismo, foi recentemente declarado inconstitucional pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4425/DF.

Por oportuno, transcrevo parcialmente a ementa respectiva:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE "SUPERPREFERÊNCIA" A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO

CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

1. (omissis)

2. (omissis)

3. (omissis)

4. (omissis)

5. *A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).*

6. *A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos*

precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inqumam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

8. O regime "especial" de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

9. 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte." (ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-251, DIVULG 18-12-2013, PUBLIC 19-12-2013, destaquei).

Acrescento, finalmente, que o col. Tribunal Superior do Trabalho, desde a edição da OJ 382 da sua SDI-1, vem adotando o entendimento de que, nas hipóteses de condenação subsidiária, a Fazenda Pública não se beneficia da limitação prevista naquele artigo, ora declarado inconstitucional.

"OJ-SDI1-382. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE (DEJT divulgado em 19,20 e 22.04.2010) A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997".

Inviável, portanto, a aplicação da taxa de juros diferenciada (reduzida) à Administração Pública para pagar débitos trabalhistas oriundos de sua condenação na qualidade de tomadora de serviços terceirizados ,não se

aplicando, assim, o disposto na Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, ao art. 1º-F da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Precedentes que reforçam esse entendimento: julgamento da ADI 4425/DF(STF) e OJ 382, da SDI-I, do TST.

Diante disso, a segunda reclamada deve responder pelo crédito trabalhista reconhecido em sentença corrigido com base na Lei n.º 8.177/91.

Nada a prover.

9. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Diferentemente do agitado pela recorrente, a condenação que lhe foi imposta (responsabilidade subsidiária) não decorre da declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei n.º 8.666/1993, senão de sua observância em conformidade com a interpretação conferida à referida norma pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n.º 16, e do RE 760931-DF.

Não há se falar em pronunciamento do Tribunal em sua composição plenária para emitir decisão sobre matéria jamais deliberada pela Turma.

10. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

A partir do enfrentamento jurídico realizado, considera-se, pois, que houve prequestionamento das normas constitucionais indicadas na defesa e no recurso da tomadora de serviços, sem ofensa alguma a qualquer uma delas.

Ainda assim, precisa ser registrado que a decisão judicial condenatória do poder público contratante de trabalho terceirizado, em caráter subsidiário, por culpa *in vigilando*, observa o conteúdo das decisões do STF sobre a matéria (ADC n.º 16 e RE 760931), sem qualquer ofensa a dispositivo constitucional ou legal, incluindo aqueles apontados pela reclamada, quais sejam, artigos 5º, II, XLV, XLVI, 22, XXVII, 37, XXI, 37, §6º, 97, 102, §2º, da CRFB, e ao art. 71, da Lei n.º 8.666/1993, bem como à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

III- CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço e, no mérito, nego provimento ao recurso, tudo nos termos da fundamentação precedente, que fica integrando o presente dispositivo.

É o meu voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, em aprovar o relatório, conhecer e, no mérito, negar provimento ao recurso, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator, que fica integrando o presente dispositivo. Ementa aprovada.

Brasília(DF), 11 de outubro de 2017 (data do julgamento).

ASSINADO DIGITALMENTE

nos termos da Lei 11.419, de 19.Dez. de 2006

GRIJALBO FERNANDES COUTINHO

Desembargador Relator

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO