

## DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA SÚMULA Nº. 331 DO TST

*Letícia Grassi de Almeida*<sup>106</sup>

*Lourival José de Oliveira*<sup>107</sup>

### RESUMO

O presente trabalho desenvolveu o tema da imputação de responsabilidade à Administração Pública, nos casos de utilização do instituto da terceirização em que o ente estatal figure como tomador dos serviços terceirizados. Ademais, analisou as recentes alterações promovidas pelo Tribunal Superior do Trabalho à Súmula nº. 331, as quais trouxeram importantes consequências à maneira de se responsabilizar o ente público e a garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Além disso, demonstrou que as alterações à citada Súmula decorreram do atual posicionamento do Superior Tribunal Federal ao realizar o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade que possuiu como objeto a análise ao §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações, o qual isenta a Administração Pública de qualquer responsabilização advinda de encargos trabalhistas. Desse modo, focou a alteração do antigo inciso IV que responsabilizava tanto o tomador particular como o ente público de maneira subsidiária quando houvesse a inadimplência do prestador de serviços terceirizados pelas verbas trabalhistas, bem como o acréscimo do inciso V que estabelece que a Administração Pública só poderá ser responsabilizada subsidiariamente quando ficar comprovado que agiu de forma culposa no seu dever licitatório e fiscalizatório diante da atividade terceirizada. Por fim, demonstrou que o inciso V da Súmula nº. 331 estabeleceu a inversão do ônus da prova, fazendo com que o trabalhador tenha que provar a ação culposa da Administração para que possa ter direito a vê-la responsabilizada subsidiariamente.

133

**PALAVRAS-CHAVE:** administração pública; responsabilidade; súmula; terceirização.

### ABSTRACT

This study addressed the issue of attribution of responsibility to Public Administration, in cases of use of the Institute of outsourcing in which the entity as a state figure maker of outsourced services. In addition, examined the recent changes introduced by the Superior Labor Court to Precedent 331, which brought important consequences to the way you hold the public entity and ensuring the rights of contract workers. Moreover, it showed that changes to the Precedent arose from the current position of the Federal Supreme Court in the trial of the Declaratory Action of Constitutionality, which has as object the analysis of § 1 of article 71 of the Bidding Law, which exempts the Public Administration any liability arising from labor charges. Thus, focused on changing the old item IV that blamed both the private borrower as a subsidiary of Public Administration when there was a default by the provider of outsourced labour funds, as well as the addition of item V which states that the Public Administration only may be secondarily liable when it is proved that acted negligent in their duty to bid and oversee the outsourcing contract. Finally, demonstrated that the item V of Statement no. 331 established the reversal of the burden of proof, so that the worker has to prove the culpable action of the Administration in order to have the right to see it secondarily

106 Acadêmica do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail para contato: <le\_grassi@hotmail.com>

107 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina; Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília; Coordenador do Curso de Direito da FACCAR; advogado. Lourival.oliveira40@hotmail.com



liable.

**KEYWORDS:** public administration; responsibility; precedent; outsourcing.

## SUMÁRIO

**1** SUMÁRIO. **2** Responsabilidade da administração pública E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST. **3** DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO EMPREGADO DA EMPRESA DE TERCEIRIZAÇÃO. **4** CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, mais especificamente em relação à utilização deste instituto pela Administração Pública, uma vez que o referido fenômeno desperta, cada vez mais, o interesse de operadores do Direito, empresários, sindicalistas e até mesmo economistas, tendo em vista as mudanças significativas que vem ocorrendo no que se refere à relação de trabalho.

Ademais, convém o estudo da terceirização devido ao fato deste instituto encontra-se presente em quase todos os países e difundido ao redor do mundo que busca, incessantemente, reduzir os custos operacionais para superar a concorrência e alcançar demasiados lucros.

Desse modo, a terceirização é um reflexo da tendência mundial de especialização de tarefas, o que faz com que aspectos empresariais se reestruturem, ficando as empresas apenas com as atividades em que se aprimoraram, deixando para terceiros os serviços em que não são especialistas e os quais não fazem parte de seu objetivo principal. .

134

Nesse contexto, a própria Administração Pública aderiu à prática terceirizante e, por consequência, passou a enfrentar a questão da responsabilização do tomador de serviços terceirizados quando há a inadimplência por parte da empresa prestadora de serviços em relação às verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados.

Sendo assim, este trabalho focaliza a análise de se imputar responsabilidade à Administração Pública, quando esta figura como tomador de serviços terceirizados, uma vez que recentemente ocorreram importantes inovações no posicionamento do Superior Tribunal Federal, advindas do julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade do §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações.

Em suma, o Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista compatibilizar seu entendimento com o posicionamento atual do STF, promoveu importantes alterações na Súmula nº. 331, as quais modificaram a maneira de se imputar responsabilidade ao ente público.

Entretanto, será que a forma escolhida pelo TST para dar atendimento à recente decisão de constitucionalidade decretada pelo STF se coaduna com o contido no artigo 37, parágrafo 6º da C.F.? E em relação aos princípios norteadores do Direito do Trabalho, em especial, no que se refere à proteção dos créditos trabalhistas?

Medidas, como por exemplo, a edição da Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011, que criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), incluindo o inciso IV ao artigo 27 da Lei 8.666/93 será suficiente para resgatar alguma garantia ao trabalhador?



## 2. Responsabilidade da administração pública E A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

A questão posta em discussão é no sentido de se responsabilizar a outrem que não o real empregador pelos créditos trabalhistas advindos da utilização da terceirização, especificamente quando este for a Administração Pública.

Como se sabe, a temática de se imputar responsabilidade ao tomador de serviços terceirizados encontra-se disposta na Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Faz-se mister destacar que recentemente, mais precisamente no dia 24 de maio de 2011, o TST alterou a redação do texto sumulado em tela, o qual contava com apenas quatro incisos – e não seis incisos como aparece na disposição atual – *in verbis*:

Súmula 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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

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

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

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

Importante salientar que a alteração na Súmula supracitada, a qual é a base regulamentadora do instituto da terceirização no Brasil, não ocorreu por acaso e trouxe consequências que merecem uma análise mais aprofundada tanto dos motivos que a impulsionaram, quanto de como isso influenciará a utilização do instituto.

Diante da nova redação da Súmula nº. 331 do TST faz-se possível perceber que a alteração



mais importante ocorreu em relação ao inciso IV, o qual deixou de incluir a Administração Pública como tomador de serviços que possa ser responsabilizado subsidiariamente, ao contrário de sua antiga redação, como se pode ver a seguir:

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

Desse modo, ao analisar a antiga redação do inciso IV da referida Súmula, percebe-se que a responsabilidade subsidiária nos casos de utilização de atividades terceirizadas era prevista também nos casos em que a Administração Pública atuasse como tomador do serviço terceirizado.

Nesse contexto assim explanava Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O quarto item da Súmula prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, **inclusive dos entes da Administração Pública**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. Esse item foi objeto de alteração pela Resolução nº. 96/2000, do TST, **exatamente para deixar claro que se aplica mesmo que o tomador de serviços seja a Administração Pública.**<sup>108</sup> (grifos da autora).

Portanto, era possível afirmar que a empresa prestadora de serviços respondia, inicialmente, pelas verbas decorrentes da relação de emprego; porém, o ente estatal tomador dos serviços terceirizados respondia de forma subsidiária pelas referidas verbas.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. **Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST.** Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.<sup>109</sup> (grifos da autora).

Ocorre que, o antigo inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, ao prever a responsabilidade subsidiária também para as entidades públicas, encontrava-se em posição contrária ao conteúdo disposto no § 1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, mais conhecida como Lei de Licitações, *in verbis*:

A inadimplência do contratado com referência aos encargos

108 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 346.

109 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 432.



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. (grifos da autora).

Nesse sentido, comentava Mauricio Godinho Delgado: “Contudo, o texto da Lei de Licitações aparentemente pretendeu excluir tais entidades do vínculo responsabilizatório examinado”.<sup>110</sup>

Com base nesse dispositivo a Administração Pública, por intermédio de seus procuradores judiciais, passou a sustentar perante os tribunais que não possuía responsabilidade subsidiária em relação aos créditos trabalhistas devidos aos empregados da empresa contratada por licitação.<sup>111</sup>

Fundamentando-se na Lei de Licitações, alegavam os procuradores que o § 1º, do artigo 71 da referida Lei estabelece que o ente público contratante não possui qualquer responsabilidade em relação aos encargos dos empregados das empresas terceirizantes.

Neste diapasão, posicionavam-se Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

Para os adeptos dessa terceira corrente, o § 1º do art. 71 da Lei nº. 8666/93 isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade trabalhista, em razão da inadimplência do contratado, sob o fundamento de que ela observou as regras da licitação, o que impossibilita que seja posteriormente penalizada por culpa alheia.<sup>112</sup>

Diante da controvérsia em que se encontravam as normas contidas no antigo inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, o qual estabelecia a responsabilidade subsidiária ao ente público, diante do § 1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666/93, o qual isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade trabalhista, o Governador do Distrito Federal ajuizou, em 7 de março de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ADC nº. 16/2007 possuiu como fundamento de seu autor o fato do § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações sofrer ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, por negar vigência ao comando normativo expresso no artigo em comento, materializado na Súmula 331, responsabilizando subsidiariamente a Administração Pública direta e indireta, nos casos em que atua como tomadora de serviços terceirizados.<sup>113</sup>

Nesse liame, pontua Renato Saraiva: “O objetivo desta ação, sem dúvida, é tornar sem efeito o item IV da Súmula 331 do TST, excluindo a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas não honradas pela empresa contratada”.<sup>114</sup>

Ocorre que, aos 24 de novembro de 2010 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da supracitada ADC, pronunciou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93,

110 Ibidem, p. 440.

111 SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 328.

112 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, Porto Alegre, n. 40, p.5-35, 2011. p. 23.

113 SARAIVA, op. cit. p. 329.

114 Op. cit. p. 330.



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 da antiga redação do inciso IV da Súmula nº. 331 do TST.

A constitucionalidade do dispositivo em tela fora decidida pelo voto da maioria, entretanto, os fundamentos utilizados no julgamento da ADC nº. 16 são claramente identificados nas falas do Ministro Cezar Peluso, deixando claro que ainda restam chances, mesmo que ínfimas, de se imputar responsabilidades a Administração.

Em primeiro plano, analisou-se o disposto no antigo inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, e constatou-se que o fato de se atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços terceirizados, simplesmente pelo fato de ter ocorrido a inadimplência dos direitos dos trabalhadores pela prestadora dos serviços, rejeita aplicação e efetividade ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

Em segundo lugar, passou-se a análise da norma do § 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93, e fora constatado que o referido dispositivo não viola o texto constitucional e, portanto, deve ser respeitado 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.

Desse modo, a Corte máxima do ordenamento jurídico brasileiro deixou de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, sob o argumento de que se o fizesse estaria violando a reserva de plenário materializada no artigo 97 da Constituição Federal, bem como, afrontando a Súmula nº. 10 do STF<sup>115</sup>.

138

Ademais, o julgamento da ADC concluiu, também, que mesmo o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações sendo declarado constitucional, cabe a Administração Pública o dever de licitar e fiscalizar de maneira eficaz a execução do contrato, mesmo em relação às verbas trabalhistas, a fim de que se no caso concreto houver violação desse dever fiscalizatório, faz-se possível imputar a responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.<sup>116</sup>

Nesse sentido, cabe a explanação de Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

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, 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**

115 STF, Súmula nº. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.

116 VIANA, DELGADO, AMORIM, op. cit. p. 24.



**de fiscalizar de forma eficiente o contrato administrativo, inclusive quanto ao inadimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.**<sup>117</sup> (grifos da autora).

Para o melhor entendimento da posição adotada na ADC pelo Ministro Relator Cezar Peluso, segue um de seus pronunciamentos:

Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que **o tribunal não pode neste julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.**<sup>118</sup> (grifos da autora).

Em suma, se presente o nexo causal entre a inadimplência da Administração Pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da empresa contratada, resulta naturalmente configurada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração, o que possibilita, conseqüentemente, imputar responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos ao ente público.

O próprio Ministro Relator Cezar Peluso bem destacou no julgamento da ADC:

[...] a norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas **a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer**, independentemente da constitucionalidade da lei.<sup>119</sup> (grifos da autora).

139

Dessa forma, pode-se afirmar que apesar da declaração de constitucionalidade da norma contida na Lei de Licitações que veda a imputação de responsabilidades à Administração Pública, resta evidente que o posicionamento dos ministros não afastou totalmente a possibilidade de que por falhas no processo licitatório, bem como fiscalizatório, o ente público possa vir a ser responsabilizado.

Com base no entendimento do STF ao realizar o julgamento da ADC nº. 16/2007, o pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no dia 24 de maio de 2011, alterou o enunciado da Súmula nº. 331, com o objetivo de compatibilizar o disposto no texto sumulado com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o novo inciso IV da referida Súmula trata apenas da questão responsabilizatória entre particulares, deixando a questão da responsabilidade do Estado perante terceiros que lhe prestam serviços disposta no inciso V, os quais possuem a seguinte redação:

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

V- Os entes integrantes da administração pública direta

117 Op. cit. p. 25.

118 Apud, VIANA, DELGADO, AMORIM, op. cit. p. 25.

119 Ibidem, p. 35.



e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93**, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas** assumidas pela empresa regularmente contratada. (grifos da autora).

Nota-se, portanto, que o tribunal suprimiu do inciso IV a parte que versava: “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” e acrescentou o inciso V a fim de seguir o entendimento do STF, impedindo a responsabilização automática da Administração Pública pelas verbas decorrentes da terceirização.

Em síntese, é possível afirmar que o julgamento da ADC nº. 16 e a posterior alteração da Súmula nº. 331 fazem com que os Tribunais Trabalhistas não possam condenar subsidiariamente a Administração Pública pelo inadimplemento das prestadoras contratadas, utilizando como fundamento a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8666/93.

Além disso, a condenação subsidiária da Administração Pública não pode mais ser declarada somente com a simples aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST, o qual tornou-se específico de empresas tomadoras do setor privado, mas deve ser fundamentada na comprovação de elementos que explicitam a ausência ou falha de fiscalização junto à empresa contratada.

140

Diante do exposto, faz-se possível concluir que o TST ao promover as alterações no texto sumulado em tela procurou alinhar-se aos fundamentos do atual entendimento do STF quanto à responsabilização subsidiária do ente público.

### 3. DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO EMPREGADO DA EMPRESA DE TERCEIRIZAÇÃO.

As alterações no tocante à responsabilização do ente estatal, infelizmente, dificultaram a situação do trabalhador terceirizado, uma vez que ficou estabelecida uma inversão no ônus da prova, circunstância que obrigará o empregado a provar a conduta culposa do órgão da Administração Pública, como faz-se possível visualizar diante do novo inciso V da Súmula nº. 331 do TST, *in verbis*:

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

De outro vértice, as alterações no modo de responsabilizar o ente público trouxeram nova discussão à seara trabalhista, uma vez que se a Administração atuar culposamente ficará



estabelecida sua responsabilidade subjetiva na fiscalização da prestadora durante a execução de seu contrato de trabalho e no inadimplemento de suas verbas.<sup>120</sup>

Todavia, o §6º do artigo 37 da Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva, ao versar:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ao analisar o dispositivo percebe-se que não há distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista, o que faz com que seja utilizado perante qualquer dano, inclusive em se tratando de responsabilidade trabalhista.

Segundo o pensamento de Christian Thelmo Ortiz:

[...] Grosso modo não faz distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista. Diz respeito, portanto, a qualquer dano, inclusive a responsabilidade trabalhista. Pior do que isso, este entendimento abre um precedente perigoso contra a própria sobrevivência do inciso IV anterior, bem como também para a perpetuação do instituto da responsabilidade subsidiária<sup>121</sup>.

Desse modo, percebe-se que para uma empresa privada responder subsidiariamente basta o simples fato de haver contratado uma prestadora, sem que haja inversão do ônus da prova; porém, em relação a um ente público da administração direta ou indireta ou sociedade de economia mista, para que possa haver responsabilização subsidiária é preciso que a culpa seja provada, e o pior, prova esta feita pelo empregado terceirizado, de forma capaz e suficiente para demonstrar a ação culposa da administração pública no descumprimento das obrigações contidas na Lei 8.666/93.

De fato, em analisando especificamente a empresa pública e a sociedade de economia mista, resta evidente que passa a ocorrer uma quebra de isonomia vedada pela própria Constituição, tendo em vista a disposição de seu artigo 173, §1º, inciso II, in verbis:

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico **da empresa pública, da sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

**II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.** (grifos da autora).

Assim, percebe-se que o dispositivo supracitado estabelece claramente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas. Neste caso em específico não foi o tratamento dado pela Súmula 331 do TST.

120 ORTIZ, Christian Thelmo. Comentários à Alteração do Inciso IV e aos Novos Incisos V e VI, todos da Súmula 331 do TST. Disponível em: <<http://www.dihitt.com.br/barra/comentarios-a-alteracao-do-inciso-iv-e-aos-novos-incisos-v-e-vi-todos-da-sumula-331-do-tst>>. Acesso em: 26 maio 2011.

121 Loc. cit.



Ao analisar o texto constitucional, dificulta-se a sustentação dos fundamentos que diferenciam a responsabilização de forma automática para as empresas privadas, em detrimento de uma necessidade de provar atuação culposa das empresas públicas e das sociedades de economia mista, uma vez que ambas encontram-se no mesmo regime jurídico.<sup>122</sup>

Finalmente, pode-se afirmar que as alterações ocorridas na Súmula nº. 331 do TST, advindas do julgamento da ADC nº. 16/2007 pelo STF não trouxeram maior segurança e proteção aos direitos dos trabalhadores terceirizados, apesar de ainda preservar condições para que a Justiça do Trabalho interprete as normas jurídicas com respeito à justa proporção entre o imperativo de proteção do patrimônio público e o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador<sup>123</sup>.

Outra questão que deve ser levada em conta é o desrespeito aos princípios do Direito do Trabalho de proteção ao trabalhador, que se encontram estampados em especial no inciso IV do artigo 1º e nos artigos 170 e 193, todos da Constituição Federal, que em síntese, primam pela valorização do trabalho humano, o que significa que todos os que foram beneficiados pelo trabalho prestado não podem deixar de responder pelo seu pagamento, não importando se o tomador desses serviços é um ente público ou privado.

Os novos requisitos eleitos no inciso V da Súmula 331 do TST, para tornar possível a responsabilização da administração pública em face da terceirização ferem o “vetor constitucional” de proteção ao trabalho humano, razão pela qual as alterações introduzidas na Súmula nº. 331 do TST são inconstitucionais, mesmo diante da declaração da constitucionalidade declarada pelo STF em relação ao artigo 71 da Lei de Licitações. Não pode uma decisão como a tomada pela suprema corte produzir efeitos contrários à proteção do trabalho humano.

142

Na tentativa de evitar maiores malefícios foi aprovada a Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011, que criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhista (CNDT), incluindo nos artigos 27 e 29 da Lei 8.666/93 exigências para a empresa particular estabelecer contratos administrativos com a Administração Pública.

Em relação às exigências supracitadas, o inciso IV do artigo 27 da Lei de Licitações passou a ter a seguinte redação:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

[...]

IV - regularidade fiscal **e trabalhista** (grifos da autora).

Já ao artigo 29 da mesma lei foi acrescentado o inciso V, o qual versa da seguinte forma:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal **e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

[...]

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 452, de 1º de maio de 1943. (grifos da autora).

122 Loc. cit.

123 VIANA, DELGADO, AMORIM, op. cit. p. 35.



A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas introduzida pela Lei nº. 12.440/2011 e citada na nova redação da Lei de Licitações esta regulamentada no artigo 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *in verbis*:

Art. 642-A. É instituída a **Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)**, expedida gratuita e eletronicamente, **para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.**

§ 1º O interessado **não obterá a certidão** quando em seu nome constar:

I - o inadimplemento de obrigações estabelecidas em **sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas**, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II - o inadimplemento de obrigações decorrentes de **execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.**

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º **O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias**, contado da data de sua emissão (grifos da autora).

143

Sendo assim, faz-se possível perceber que a CNDT é uma tentativa de se minimizar os efeitos advindos da declaração de constitucionalidade do §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações pelo STF, bem como da posterior alteração da Súmula nº. 331 do TST que visou compatibilizar o entendimento entre as duas cortes.

Entretanto, ao analisar o corpo do dispositivo em tela, faz-se possível perceber algumas imperfeições na Lei nº. 12.440/11, a qual entrará em vigor no início de 2012, as quais passa-se a expor.

A primeira falha do texto legal em apreço diz respeito a qual seria o órgão competente para emitir a CNDT, uma vez que não fora atribuída a nenhum órgão estatal específico a competência para sua emissão.

Além disso, de acordo com os incisos I e II do §1º do novo artigo 642-A da CLT, para que seja emitida a CNDT é necessário que haja a verificação da condição de regularidade da empresa interessada junto ao Poder Judiciário Trabalhista, ao Ministério Público do Trabalho e a Comissão de Conciliação Prévia.

Ao que se vê, para a emissão de um único documento que porte informações de todas essas instituições será necessário que exista um compartilhamento de informações entre os órgãos supracitados e demais órgãos que porventura possam vir a ser analisados.

Nesse sentido segue notícia veiculada no sítio eletrônico do Conselho Superior da Justiça



do Trabalho, segundo a qual:

[...] o presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen, garantiu aos Senadores, quando da votação do projeto de lei, que a instituição ‘tem condições de expedir, em tempo hábil, a certidão de forma eletrônica e gratuita [...] o TST está totalmente aparelhado e capacitado para avaliar a existência de débitos.’<sup>124</sup>

Dentro desse diapasão, o §3º do mesmo dispositivo celetista estabelece que a CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais; o que significa dizer que deverá alcançar todas as unidades da empresa, independentemente do local em que for solicitada sua emissão.

Desse modo, faz-se possível afirmar que a CNDT a ser emitida deverá atestar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho por qualquer um de seus estabelecimentos espalhados pelas diversas unidades da Federação, o que conseqüentemente pressupõe o compartilhamento entre informações que são armazenadas em bancos de dados distintos.

Sendo assim, entende-se que a finalidade da CNDT seja estimular a regularização dos empresários inadimplentes no cumprimento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho, em acordos judiciais trabalhistas, em acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou junto à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de serem inabilitados para contratar com os órgãos e as entidades da Administração Pública.

144

Entretanto, não são todos os empregados de empresas de terceirização inadimplentes que conseguirão se beneficiar com a instituição da CNDT, uma vez que apenas as grandes empresas terão condições de regularizar sua condição de inadimplemento sem repassar a integralidade desse custo para seus preços.

Por outro lado, ao impor a mesma condição para as pequenas empresas, a Lei irá privá-las das contratações públicas, reforçando a dificuldade para a regularização de seus débitos e determinando a manutenção de insolvência perante os trabalhadores.

Nas palavras de Ricardo Alexandre Sampaio:

[...] Com isso, os empregados até então prejudicados pelo inadimplemento dessas obrigações seriam, ainda que indiretamente, os verdadeiros beneficiários das medidas instituídas pela Lei nº 12.440/11. Contudo, parece possível cogitar outra faceta a partir dessa mesma constatação: a princípio, o benefício deve alcançar apenas os empregados dos grandes empresários, podendo, inclusive, causar prejuízo aos empregados credores das pequenas empresas inadimplentes.<sup>125</sup>

Assim, a instituição da CNDT pela Lei nº. 12.440/11 não conseguiu fazer com que o empregado da empresa de terceirização que não receber suas verbas trabalhistas devidas consiga ver seus direitos resguardados, uma vez que as novas exigências não conseguiram anular os malefícios advindos das alterações que modificaram a maneira de se responsabilizar

124 FONTENELE, Augusto. Presidente Dilma Rousseff sanciona a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. Notícias do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=CSJT&p\\_cod\\_noticia=332](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=CSJT&p_cod_noticia=332)>. Acesso em: 07 de julho 2011.

125 SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e dúvidas que podem surgir nas licitações. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/?p=1598>> Acesso em: 12 de julho 2011.



o ente público, o que faz com que se tornem pouco efetivas em se tratando de proteção trabalhista.

Portanto, pode-se concluir que as recentes inovações no posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da utilização do instituto da terceirização, em especial à responsabilização da Administração Pública, não visaram em momento algum proteger os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, ao contrário, trouxeram muitos prejuízos para o emprego da empresa de terceirização.

Diante disso, pode-se afirmar que a Corte Máxima do ordenamento brasileiro esqueceu-se de analisar a questão da constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações de forma a proteger o trabalhador e garantir-lhe o mínimo de segurança jurídica em relação às suas verbas trabalhistas.

Desse modo, percebe-se que o empregado terceirizado que presta serviços ao ente público fora inconstitucionalmente desamparado pelo STF, o que conseqüentemente provocou o desamparo também por parte da própria Justiça Trabalhista, a qual tem o dever de zelar pela proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Em suma, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas exigida para que uma empresa de terceirização possa exercer atividades junto ao ente estatal não é medida suficiente para sanar as consequências das alterações proferidas na Súmula nº. 331 do TST, uma vez que primeiro houve a proteção ao patrimônio do ente público, para que somente depois se pensasse na condição de trabalhador do empregado terceirizado.

Contudo, resta evidente que muito embora atual, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal necessita de maiores ponderações a fim de que enfrente a questão da responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores terceirizados sob o enfoque dos direitos fundamentais e da proteção ao trabalhador hipossuficiente, como se é de esperar de uma Corte Constitucional incumbida de zelas pela efetividade da Constituição.

#### 4. CONCLUSÃO

A questão da responsabilização do tomador de serviços terceirizados encontrava-se disposta na Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, especificamente em seu inciso IV, o qual previa a responsabilidade subsidiária tanto para o tomador de serviços particular, como para a Administração Pública.

Ocorre que recentemente a Súmula nº. 331 do TST sofreu inovações acerca da temática de se imputar responsabilidade ao ente público nos casos de utilização do instituto da terceirização.

Desse modo, o TST alterou o texto sumulado, suprimindo do inciso IV a parte em que responsabilizava o ente estatal de forma subsidiária, o que faz com o novo inciso IV seja utilizado especificamente para regular a relação entre particulares.

De outro vértice, foi acrescentado à Súmula o inciso V que passa a regulamentar as situações em que a Administração Pública utilize de atividades terceirizadas e venha a ser responsabilizada diante da inadimplência da prestadora de serviços.

A alteração do texto sumulado em tela decorreu do posicionamento adotado pelo STF ao realizar o julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade, na qual declarou o § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações constitucional e, conseqüentemente, impediu a Justiça do Trabalho de responsabilizar subsidiariamente o ente público de forma automática, pela simples aplicação da Súmula do TST.



Portanto, o entendimento do STF obriga que o trabalhador terceirizado prove que a entidade estatal agiu culposamente em sua responsabilidade de licitar com empresas idôneas e fiscalizar o cumprimento do contrato de terceirização, inclusive em relação às verbas trabalhistas, para que a Administração Pública possa vir a ser responsabilizada subsidiariamente enquanto tomadora de serviços terceirizados.

Desse modo, o inciso V da Súmula nº. 331 vêm estabelecer a inversão do ônus da prova, fazendo com que o trabalhador tenha que provar a ação culposa da Administração para que possa ter direito a vê-la responsabilizada subsidiariamente, bem como ver seus direitos trabalhistas resguardados.

Além disso, pode-se afirmar que ao se diferenciar a forma de responsabilizar subsidiariamente o tomador de serviços particular da Administração Pública passa a ocorrer a quebra de isonomia estabelecida pelos artigos 37 e 173 da Constituição Federal, uma vez que as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao sistema jurídico próprio das empresas privadas, bem como possuem responsabilidade objetiva em relação aos danos de seus agentes.

Diante das dificuldades causadas ao trabalhador pelas inovações na maneira de se responsabilizar o ente público quando tomador de serviços terceirizados foi aprovada a Lei nº. 12.440/11, a qual instituiu a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, com o intuito de exigir regularidade trabalhista para que uma empresa possa participar de uma licitação com a Administração Pública.

Entretanto, entende-se aqui que a medida não fora suficiente para resguardar os princípios do Direito do Trabalho, em especial a proteção ao próprio trabalhador, o qual não fora lembrado quando do julgamento da ADC nº. 16 pelo STF, bem como pelas alterações na Súmula nº. 331 do TST, que trouxeram sérios malefícios ao empregado da empresa terceirizada que necessita ver suas verbas trabalhistas reconhecidas e não consegue mais responsabilizar a Administração Pública.

146

Sendo assim, nota-se que as alterações ocorridas no texto sumulado não foram benéficas ao trabalhador de atividades terceirizadas, circunstância esta que merece um maior apreço dos tribunais pátrios, uma vez que faz-se necessário zelar pelos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados, bem como pela proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Contudo, trata-se de um instituto atual e dinâmico, o qual merece atenção especial para que não se desvirtue e passe a causar danos ao trabalhador terceirizado, uma vez que o objetivo do Direito, em especial o Direito do Trabalho, encontra-se em defender os direitos fundamentais advindos da relação de trabalho.

## REFERÊNCIAS

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONTENELE, Augusto. *Presidente Dilma Rousseff sanciona a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas*. Notícias do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=CSJT&p\\_cod\\_noticia=332](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=CSJT&p_cod_noticia=332)>. Acesso em: 07 de julho 2011.
- ORTIZ, Christian Thelmo. *Comentários à Alteração do Inciso IV e aos Novos Incisos V e VI, todos da Súmula 331 do TST*. Disponível em: <<http://www.dihitt.com.br/barra/comentarios-a-alteracao-do-inciso-iv-e-aos-novos-incisos-v-e-vi-todos-da-sumula-331-do-tst>>. Acesso em: 26 de maio 2011.



SAMPAIO, Ricardo Alexandre. *Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e dívidas que podem surgir nas licitações*. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/?p=1598>> Acesso em: 12 de julho 2011.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre, n. 40, p.5-35, 2011.

