RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS MUNICÍPIOS AOS ENCARGOS TRABALHISTAS E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Alex Soares de Barbuda[1]

Resumo

É "poder-dever" da administração pública a fiscalização nos contratos administrativos. Assim, no momento em que o Município de forma negligente contrata empresa inidônea para prestação de serviços ou realização de obra, e essa empresa não arca com os encargos trabalhistas, comprovando-se que o ente da administração não cumpriu seu dever de fiscalizar, a jurisprudência atual entende que, esse ente deve responder subsidiariamente por esses encargos. O entendimento jurisprudencial atual, nada é mais que a aplicação do princípio da eficiência insculpido em nossa Constituição Federal.

Palavras-chave: Administração Pública. Fiscalização. Responsabilidade subsidiária. Princípio da Eficiência.

[1] Professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni; especialista em Direito Público e Direito do Trabalho – alexbarbuda@hotmail.com

Municipality`s subsidiary responsibility in labor charges and the concretion of the Efficiency Principle

Alex Soares de Barbuda

Abstract

It is the Public Administration's power and duties supervising administrative contracts. As in that way, in the moment that a county negligently contracts an irregular company for services or the undertaking of a project, and that company don't accomplish with their work incumbencies , proving that the entity of administration didn`t accomplish with its duty of supervising, the actual jurisprudence understands that, this entity must respond subsidiarily for these incumbencies. The jurisprudential actual understanding is not more than an explanation of the efficiency principle engraved in our Federal Constitution.

Key-words: Public administration. Supervision. Subsidiary responsibility. Efficiency Principle

1 Introdução

Esse trabalho contempla o tema da responsabilidade subsidiária do Município em relação à prestação de serviços, no que concerne aos encargos trabalhistas em caso de inadimplência dos Contratados pela Administração, sobre o foco da nossa atual jurisprudência, objetivando demonstrar a concretização do princípio da eficiência nos Tribunais.

Assim o objetivo principal é investigar de que modo o princípio da eficiência se materializa na aplicação dos Tribunais, relativamente à responsabilidade dos Municípios na prestação de serviços.

Em 24.11.2010 o Supremo Tribunal Federal, declarou constitucional o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, por meio da ADF/16, mudando os contornos da responsabilidade dos entes da administração em relação aos encargos trabalhistas não quitados dos seus prestadores de serviços.

Por força dessa decisão foi vetada à Justiça do Trabalho a aplicação da responsabilidade subsidiária à Administração Pública objetivamente, assim como determinava o inciso IV da Súmula 331 do TST.

Assim o Tribunal Superior do Trabalho, alterou o inciso V da sumula 331, ao qual fixou a responsabilidade subsidiária dos Entes da Administração

somente se comprovado ausência do dever de fiscalizar, inerente aos Contratos Administrativos.

Após a edição desta súmula, podemos identificar diversas decisões neste sentido, em sua grande maioria condenando os entes da Administração à responsabilidade subsidiária, que na grande maioria das vezes não comprovam o dever de fiscalização.

Nesse contexto o objetivo geral do trabalho é demonstrar a forma que os Tribunais vem aplicando a súmula 331, V, do TST aos entes da Administração, especialmente os Municípios, muitas vezes despreparados para produzirem prova em seu favor.

A relevância da presente pesquisa reside no fato de que referidas condenações revertem diretamente nos cofres Municipais, já tão castigados pela redução do FPM, os quais muitas vezes, mesmo adimplentes nos seus Contratos Administrativos, se vêem obrigados a arcarem com encargos trabalhistas que não concorreram para inadimplência.

Como procedimento metodológico, utilizou-se pesquisa bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, com a finalidade de proporcionar melhores e mais precisas as informações sobre o tema.

O texto está dividido em quatro partes, além desta introdução. O Capitulo dois discorre sobre a ADC nº 16, que direciona o novo entendimento jurisprudencial. O capítulo três trata da alteração na súmula 331, V do Tribunal Superior do Trabalho. O capítulo quatro, por sua vez, expõe o atual entendimento jurisprudencial sobre o tema, apresentando recentes decisões. O capitulo cinco discorrerá sobre concretização do princípio da eficiência, fundamento constitucional do poder-dever de fiscalização.

2 Da Ação Direta de Constitucionalidade Nº 16/Df.

O Governador do Distrito Federal, através de sua procuradoria, ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade em face do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, surgindo assim a ADF/16, que veio alterar os contornos da responsabilidade Municipal em relação aos encargos trabalhistas nos Contratos Administrativos.

O art. 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, dispõe:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
> § 1.º 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.
> [...]

Assim referido artigo exclui a responsabilidade do entes da administração nos Contratos Administrativos em caso de inadimplência do contratado aos encargos trabalhistas.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho havia editado a súmula 331, IV, que constava:

> Súmula 331 – TST
> Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)
> 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, 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).

Evidente o imenso conflito do artigo supracitado e a súmula do TST, que necessariamente implicava na condenação subsidiária direta do dos Entes da Administração Direta e Indireta que celebravam contratos administrativos, o que causava imensos transtornos aos cofres públicos, especialmente em relação aos pequenos Municípios que se viam obrigados a pagar encargos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços.

Estreitados nesta súmula, muitos prestadores de serviço, agindo de má-fé, recebiam os valores contratuais dos Municípios, mas não arcavam com o pagamento dos seus funcionários, gerando diversas ações trabalhistas, e consequentemente condenação do Contratante.

Nesse contexto em 24.11.2010, a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF, declarou a constitucionalidade § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 como se vê na ementa e julgamento abaixo citado:

> ADC 16/DF - DISTRITO FEDERAL
> AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
> Relator (a): Min. CEZAR PELUSO
> Julgamento: 24/11/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> Publicação DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011
> MENT VOL-02583-01 PP-00001
> Parte(s)
> REQTE.(S: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
> ADV.(A/S): PGDF - ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E OUTRO(A/S)
>
> 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.
> Decisão:
> Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008.
> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

Com essa decisão o Supremo Tribunal Federal, fixou a impossibilidade jurídica da condenação dos entes da Administração Direta e Indireta aos encargos trabalhistas por força do art. 71 § 1º da Lei 8.666/93, que proíbe expressamente a transferências dessa inadimplência.

O julgamento desta ADC 16 refletiu diretamente nas ações trabalhistas contra Municípios, tornando definitivo que os mesmos não são obrigados a arcarem com encargos trabalhistas, o que obrigou o Tribunal Superior do Trabalho a alterar a súmula 331, V, a qual cuidaremos de analisar no próximo capitulo.

3 Alteração da Súmula 331, V Do Tst.

Em face do julgamento da ADC 16 o Tribunal Superior do Trabalho fez profundas modificação na súmula 331, V, *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 n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Observa-se que a alteração na súmula fixou a responsabilidade subjetiva do ente da Administração, especialmente no que concerne ao dever de fiscalização, devendo ser evidenciada conduta culposa e ainda, ressalta que a que a responsabilidade não decorre do mero inadimplemento da empresa contratada.

Assim pela leitura da referida súmula o ente da Administração, e especialmente os Municípios continuam respondendo subsidiariamente, mas apenas se não cumprirem as obrigações estabelecidas na Lei 8.666/93, especialmente o dever de fiscalização.

A fiscalização apresentada no inciso V é aquela referente ao art. 67 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993:

> Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiro para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.
> §1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

> § 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para adoção das medidas convenientes.

Sobre o dever de fiscalização DI PIETRO(2013) nos ensina:

> Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no art. 58, III, e disciplinada mais especificamente no art. 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores[2].

No mesmo sentido MEIRELLES preceitua sobre o direito-dever da Administração de:

> fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais[3]

Nesse diapasão cabe ao Município enviar fiscal mensalmente, ou contratar terceiros para realizar fiscalização nos contratos, para verificar irregularidades ou defeitos, para que as mesmas sejam sanadas, agindo de acordo com o princípio da legalidade e da eficiência.

Assim muda-se o contexto anteriormente aplicado, pois mesmo a Administração fiscalizando o procedimento licitatório e a execução do contrato, respondia objetivamente pelas inadimplências trabalhistas da empresa prestadora de serviços, entretanto atualmente, não basta apenas que seja identificada a inadimplência da empresa prestadora de serviços para que a Administração Pública direta ou indireta seja obrigada a reparar; é necessária a prova da conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato.

---

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26 edição. São Paulo: Atlas 2013.

[3] (HELY LOPES MEIRELLES, "DireitoAdministrativo Brasileiro", São Paulo, Malheiros, 1995, pp.344/345).

Apresentado as modificações introduzidas acerca do tema, importante destacar como nossos Tribunais vêm enfrentando a matéria, especialmente o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional da 3ª Região.

4 **Da Jurisprudência atual sobre o Tema**

Após o julgamento da ADC/16 e a alteração da súmula 331, V, do TST, vários caso concretos foram apresentados nos tribunais, ou seja, empregados de empresas contratadas por entes da Administração que não receberam direitos trabalhistas e buscaram a responsabilização subsidiária dos mesmos.

Recentemente por meio de Reclamação o Supremo Tribunal Federal, enfrentou o assunto, inclusive corroborando o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a responsabilidade subjetiva da Administração Pública, vejamos:

> RECLAMAÇÃO – ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL DE QUE SE RECLAMA PLENAMENTE JUSTIFICADO PELO RECONHECIMENTO, NO CASO, POR PARTE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (QUE PODE DECORRER TANTO DE CULPA “IN VIGILANDO” QUANTO DE CULPA “IN ELIGENDO” OU “IN OMITTENDO”) – DEVER JURÍDICO DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE VIGILÂNCIA EFETIVA E DE ADEQUADA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67), SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DO PODER PÚBLICO E DE INJUSTO EMPOBRECIMENTO DO TRABALHADOR – SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER COONESTADA PELO PODER JUDICIÁRIO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE JUÍZO OSTENSIVO, DISFARÇADO OU DISSIMULADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – CARÁTER SOBERANO DO PRONUNCIAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SOBRE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – CONSEQUENTE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO PARA EXAME DA OCORRÊNCIA, OU NÃO, DO ELEMENTO SUBJETIVO PERTINENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA OU DA ENTIDADE PÚBLICA TOMADORA DO SERVIÇO TERCEIRIZADO – PRECEDENTES – NATUREZA

> JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO – DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> (Rcl 19281 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 17-04-2015 PUBLIC 20-04-2015)

Observa-se que referida decisão corrobora com a súmula 331, V do Tribunal Superior do Trabalho, que destaca o dever de fiscalizar inerente aos Contratos Administrativos, e a responsabilização da Administração em caso de situação comprovadora de culpa "*in vigilando", "in eligendo"* ou "*in omitendo"* nas obrigações trabalhistas dos empregados vinculados aos Contratos celebrados.

Entende-se, desta forma, que a administração age com culpa *in omitendo* quando verifica irregularidades na prestação do serviço da empresa contratada, especialmente inadimplência de encargos trabalhistas, e não age para sanar o vício que estar ocorrendo.

Já a culpa *in vigilando* é quando a Administração, nem mesmo exerce o dever de fiscalização, sem ter qualquer conhecimento dos atos da empresa contratada e eventuais infrações contratuais que possam estar ocorrendo.

Já a culpa *in eligendo*, está ligada ao processo de contratação, no procedimento licitatório quando a Administração contrata empresa prestadora de serviços, sem idoneidade econômico-financeira que garanta a satisfação dos créditos dos empregados contratados, ou seja, o instrumento convocatório não foi devidamente elaborado para permitir participação do certame de pessoas jurídicas idôneas e com lastro patrimonial.

O Tribunal Superior do Trabalho, também já enfrentou o tema após a edição da súmula e recentemente decidiu:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. Do quadro fático delineado pelo TRT extrai-se que a condenação decorre da culpa in vigilando do tomador dos serviços. Com efeito, consta do v. acórdão recorrido que -...sua culpa in vigilando fica caracterizada pela existência de inúmeros inadimplementos de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada (primeira reclamada), o que acarretou o ajuizamento de várias ações por parte do Sindicato representativo da categoria profissional do reclamante. A corroborar tal conclusão invoco a prova

> oral produzida nos autos, segundo a qual a primeira demandada (Reação Segurança e Vigilância) não observou suas obrigações de empregadora, diante do que o Município permaneceu inerte. Veja-se que, segundo a testemunha Virgílio Martins Machado (fl. 235), havia pagamentos à margem dos contracheques ou mesmo o inadimplemento correspondente ao trabalho em folgas, o vale-alimentação não era alcançado, os intervalos intrajornada não eram fruídos, além de outras irregularidades apontadas.- (grifei). Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 1360-43.2010.5.04.0014 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 24/04/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 26/04/2013)

E ainda:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. Do quadro fático registrado no acórdão recorrido extrai-se que a condenação decorre das culpas in eligendo e in vigilando do tomador dos serviços. Com efeito, o TRT registra:-A responsabilidade funda-se na culpa in vigilando e in eligendo da contratante, evidenciada nos autos pelo descumprimento das obrigações trabalhistas. No caso dos autos, a falta de fiscalização do contrato administrativo pelo Município é inconteste e emana dos habituais atrasos no pagamento dos salários e a ausência de contraprestação pelo labor extraordinário-. Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASOS NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. O pagamento de salário é uma das principais obrigações do empregador com o empregado que cumpre sua obrigação de prestar serviços na justa expectativa de que receberá a contraprestação pecuniária avençada. Tal é a importância do salário no contrato de trabalho, que a Constituição em seu artigo sétimo determina a fixação de um valor mínimo, proteção na forma da lei e irredutibilidade salarial. Essas garantias constitucionais decorrem do reconhecimento da natureza alimentar do salário, motivo pelo qual o atraso no pagamento inevitavelmente prejudicará o sustento do empregado. Assim, os constantes atrasos de salários geraram um dano moral ao reclamante correspondente à angústia de não poder quitar regularmente suas despesas mensais. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 999-42.2010.5.09.0093 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 24/04/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 26/04/2013)

Destaca-se que o Tribunal Superior do Trabalho reafirma a aplicabilidade de sua súmula, mantendo a condenação subsidiária para o ente da Administração Pública.

Referidas decisões retratam o atual entendimento do TST que evidenciam a culpa *“in vigilando”e “in eligendo”* do ente público, por não ter fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo Contratado,

situação concluída através de prova oral, ao qual o Município permaneceu inerte as irregularidades da empresa Contratada.

Traço importante que deve destacar, é que por estas decisões fica evidente o ônus da prova da Administração quanto à comprovação da Fiscalização e do cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V E VI, DO TST. Do quadro fático registrado no acórdão recorrido extrai-se que a condenação decorre das culpas in eligendo e in vigilando do tomador dos serviços. Com efeito, o TRT registra que - **não logrando o Município de Fortaleza comprovar que adotou todas as medidas previstas na Lei de Licitações que asseguravam à quitação dos direitos trabalhistas do obreiro, responde subsidiariamente pelo inadimplemento**. Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com os itens V e VI da Súmula 331/TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 51-30.2010.5.07.0005, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de Julgamento: 24/04/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 26/04/2013) (grifo nosso)

Portanto, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, além do dever de fiscalizar, o Município deve se acautelar e comprovar de fato que exerceu a fiscalização e as obrigações da Lei 8.666/1993, sob pena de responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, afastando assim a conduta culposa.

O Tribunal Regional do Trabalho 3º Região vem seguindo o mesmo entendimento acima descrito, vejamos:

> EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ART. 71 DA LEI N. 8.666/93 - ADC 16 DO STF - **SÚMULA 331**/TST. A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC 16/DF, não exclui a **responsabilidade subsidiária** da **Administração** Pública quando esta não cumpre o dever de fiscalização em face da contratada, nos termos do art. 67 da Lei de Licitações, que prescreve que é dever do ente público acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. E, segundo posicionamento prevalecente na jurisprudência, a questão da **responsabilidade** da **Administração**, beneficiada pela força de trabalho alheia, na conhecida terceirização, exige pesquisa sobre a culpa da entidade estatal, decorrente da negligência em fiscalizar o cumprimento do contrato firmado com a empresa prestadora de serviços. Ressalte-se que os artigos 186, 187, 944, 932, III, e 933, todos do Código Civil Brasileiro, estabelecem a **responsabilidade** objetiva do "empregador ou comitente" pelos atos praticados pelo empregado, preposto ou proponente. Na hipótese de interposição de

mão de obra, locação desta ou sua terceirização, aplica-se a **Súmula 331**/TST, âmbito da **responsabilidade subsidiária** do tomador dos serviços, para a qual não basta a regularidade de terceirização, havendo que se perquirir sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada durante a vigência do contrato e sobre a culpa in eligendo ou in vigilando do tomador dos serviços.

(TRT da 3.ª Região; Processo: 0001707-91.2014.5.03.0005 RO. Data de Publicação: 07/04/2015; Disponibilização: 06/04/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 409; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Ana Maria Amorim Reboucas; Revisor: Jose Marlon de Freitas)

E ainda:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA - DIRETRIZ EMANADA DO E. STF - CULPA IN VILIGANDO DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS AO EMPREGADO ENVOLVIDO NA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DOS SERVIÇOS QUANTO AO ADIMPLEMENTO DE TODAS AS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS. Com espeque na diretriz sedimentada pelo E. STF, ao declarar nos autos da ADC nº 16/DF a constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/93, para que se cogite da exclusão da responsabilidade (subsidiária) da Administração Pública Direta e Indireta, necessária se faz a prova de que esta, como beneficiária final da mão de obra, foi diligente quanto ao dever de fiscalizar o adimplemento de todas as obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços em seu favor, inclusive em relação ao cumprimento das verbas trabalhistas alusivas aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato de prestação de serviços, com adoção de todas as medidas assecuratórias preconizadas na própria lei de licitação. In casu, transpondo o decidido pelo Guardião Maior da Constituição ao caso em concreto, o que se observa é que a Administração Pública Indireta, sociedade de economia mista, tomadora e beneficiária dos serviços prestados pela trabalhadora, a quem competia o ônus probandi, não se desincumbiu de seu encargo a contento, ex vi do disposto nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, notadamente, em relação à sua obrigação de fiscalizar, de forma eficaz, o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. Assim, em face da culpa in vigilando, a tomadora dos serviços que não se desonerou de seu ônus probatório quanto à eficaz fiscalização referente ao cumprimento de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias relacionadas aos empregados envolvidos na execução do contrato de prestação de serviços celebrado com a primeira reclamada, responde subsidiariamente pelos prejuízos causados ao trabalhador, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil e Súmula nº 331, V e VI, do C. TST. (R.O - 00337-2012-070-03-00-3, Relator Julio Bernardo do Carmo, 4ª Turma, Data de Publicação: 25/02/2013)

Percebe-se pelas ementas colacionadas que o do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, vêm aplicando o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho, inclusive em relação ao ônus da prova.

Se extrai desses julgados que é ônus do ente da Administração comprovar que realizou todos os atos fiscalizatórios e obrigações relativas ao contrato administrativo firmado com o prestador de serviço.

Assim, os gestores, especialmente Municipais, devem sempre se acautelarem para que possam se resguardar de eventuais condenações trabalhistas, pois, de acordo com a jurisprudência atual, além de fiscalizar, o ente da Administração deve provar esse fato.

Verifica-se tamanha responsabilidade do gestor Municipal que tem o dever de capacitar seus servidores para fiscalizarem os contratos firmados, ou contratar terceiros para realizar esse serviço, nos termos da lei 8.666/93, de forma documentada, sob pena de eventualmente, em razão dessa conduta culposa, vim a causar dano ao erário, e onerar ainda mais o Município, que poderá arcar com o inadimplemento do contratado.

Assim referidos atos devem iniciar-se desde o procedimento licitatório que deverá exigir das empresas participantes documentação de idoneidade, comprovando situação solida e patrimônio capaz de arcar com possíveis débitos, além de no curso do contrato, mensalmente exercer a fiscalização no serviço daquela empresa, inclusive solicitando relatórios sobre o pagamento dos encargos trabalhistas, sob pena de retenção de pagamentos, ou até de promover rescisão unilateral por descumprimento do contrato por parte da empresa contratada nos termos do art. 77, 78 e 79 da Lei 8.666/93.

Corroborando esse assertiva, DI PIETRO (2013), quando discorre sobre o dever de fiscalização do ente da administração afirma que "*O não atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato(art.78, VII), sem prejuízos das sanções cabíveis*"[4]

Assim, verificando o Município que o contratado não vem cumprindo com as obrigações trabalhistas, o mesmo estará infringindo clausulas

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26 edição. São Paulo: Atlas 2013.p.281

contratuais, autorizando a imediata rescisão unilateral e todas conseqüências legais advindas dela, conforme preceitua a lei 8.666/93.

4.1 Da aplicação da OJ 191 da SDI-1 do TST- Afastamento da responsabilidade subsidiária.

Em que pese as fundamentações e decisões acima expostas, não podemos ignorar o entendimento dos Tribunais em relação à não aplicabilidade da súmula 331, V do TST, em relação a responsabilidade subsidiária em uma situação específica.

Acontece que, quando se tratar de contrato de empreitada global, para execução de atividades típicas de construção civil, e sendo o Município dono da obra, ensejaria a possível aplicabilidade da OJ 191 da SDI-I do TST, afastando a responsabilidade subsidiária do ente da Administração*, in verbis*:.

> 191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Nesse sentido o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, especialmente a 9º Turma, vem decidindo:

> EMENTA: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REFORMA DE PRAÇA – MUNICÍPIO - DONO DA OBRA - RESPONSABILIDADE. Celebraram a Construtora Freitas e Matos Ltda. e o Município de Caraí contrato de empreitada global, para execução de obra de reforma de praça na cidade, sendo o contratante dono da obra. O contrato de empreitada para execução de atividades típicas da construção civil abre espaço para a aplicação do entendimento contido na OJ 191 da SDI-I do TST, não havendo que se falar em responsabilidade subsidiária do município reclamado. (RO - 01722-2011-077-03-00-1, RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA STELA ÁLVARES DA SILVA CAMPOS, Data de Julgamento: 13/08/2013, 9ª Turma, Data de Publicação: 23/08/2013)

E ainda

> EMENTA: ENTE PÚBLICO - CONSTRUÇÃO DE ESCOLAS. DONO DA OBRA - Celebraram a Construtora Arta Construções e Comércio S/A e o Município de Varginha contrato de empreitada para execução de obra de construção de uma escola municipal e de escolas de educação infantil, destinadas ao Programa Pró-Infância FNDE/Ministério da Educação no respectivo município, sendo o contratante dono da obra. O contrato de empreitada para execução atividades típicas da construção civil abre espaço para a aplicação da OJ 191 da SDI-I do TST, não havendo que se falar em responsabilidade subsidiária do referido ente da administração direta.
> (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000112-35.2013.5.03.0153 RO; Data de Publicação: 19/09/2014; Disponibilização: 18/09/2014, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 269; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Maria Stela Alvares da S.Campos; Revisor: Ricardo Antonio Mohallem)

Destarte, cumpre destacar, que referido posicionamento é minoritário, já que o Tribunal Superior do Trabalho reiteradamente vem decidindo acerca do tema, e entendendo pela aplicabilidade da súmula 331 do TST.

5 Da Concretização do Princípio da Eficiência.

Observa-se que a fundamentação axiológica do entendimento dos Tribunais sobre a responsabilidade subsidiária dos Municípios, encontra-se respaldo no principio da eficiência, introduzido em nossa Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.

Referido princípio pugna por uma prestação de serviços eficaz, com perfeição, objetivando a redução de desperdícios do dinheiro público, para proteção do bem comum.

Nos ensina MORAES (1999):

> Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social[5]

E ainda, importante citar a lição de DI PIETRO (2013):

[5] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. p. 295

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organização, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.[6]

Nesse sentido, o dever de fiscalização dos Entes da Administração sobre os contratos firmados com terceiros, implica necessariamente na busca de uma prestação de serviço eficiente, que realmente atinja o objeto contratato e todas os deveres decorrentes, e no momento, em que a Administração não exercer esse poder-dever, desrespeita o Princípio Constitucional da Eficiência.

Nesse sentido CARVALHO FILHO[7], discorrendo sobre o princípio da eficiência ensina que: *"(...) trata-se na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeita-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa a violação. (...)"*

No momento em que o Município ou qualquer outro ente da Administração, descumpre o dever de fiscalizar, e por sua inércia, não há pagamento de encargos trabalhistas por parte do contratado, verba essa de caráter alimentar em sua essência, deve esse ônus ser arcado de forma subsidiária em face de sua desídia, no entendimento atual da jurisprudência, como forma de penalidade por não ter cumprido o princípio da eficiência.

E ainda mais, desrespeitando o princípio da eficiência, e onerando os cofres públicos de forma culposa, poderá o agente responder por improbidade administrativa nos termos do art. 11 da lei 8429/1992.

5 Considerações Finais

Como exposto, o Supremo Tribunal Federal apreciando a Ação Direita de Constitucionalidade 16, considerou constitucional o art. 71 § 1º da lei 8.666/93, o que trouxe profundas mudanças na jurisprudência nacional.

---

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26 edição. São Paulo: Atlas 2013.p.84.

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo, Atlas, 2013.p.30.

A mais importante dessas mudanças foi à alteração realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que mudou a redação da súmula 331, fixando que o ente da administração só responderá subsidiariamente em caso de comprovada conduta culposa nos deveres contratuais.

Ainda, o Tribunal Superior do Trabalho, seguido dos Tribunais Regionais, especialmente o da 3ª Região, vem entendo que, é dever do ente da administração provar que exerceu os deveres expostos na lei. 8.666/93, especialmente o de fiscalização, fundamentando no art. 818 da C.L.T, e art. 333 do C.P.C.

Nesse contexto o entendimento atual de nossa jurisprudência é que, o ente da Administração pode ser responsabilizado subsidiariamente pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa Contratada, caso não comprovar que exerceu o dever de fiscalização, fato que caracterizará sua conduta culposa.

O atual entendimento jurisprudencial consagra e concretiza o princípio da eficiência, na busca de um serviço público de excelência, objetivando resguardar o interesse público, e alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Assim deve o gestor municipal, se acautelar desse fato, agindo de forma eficaz e eficiente, capacitando seus servidores para que exerçam efetiva fiscalização nos contratos firmados, inclusive solicitando relatórios mensais do Contratado, formando assim robusta prova documental para afastar a responsabilização.

Nesse sentido, se a empresa contratada não estiver arcando com referidos encargos, necessário realizar até mesmo a rescisão unilateral do contrato, sob pena, de futuramente a administração arcar com esses débitos.

Portanto, a luz de nossa jurisprudência atual, necessário de faz que o gestor municipal seja cauteloso nas contratações e extremamente rigoroso na fiscalização, evitando assim arcar com débitos trabalhistas das empresas contratadas, sob pena de onerar ainda mais os cofres Municipais, tão castigados com a redução do Fundo de Participação Municipal, e desrespeitar o princípio constitucional da eficiência, o que pode gerar até a responsabilização por ato de improbidade administrativo nos termos do art. 11 da lei 8429/1992.

6 Referências

_____ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . Acesso em: 28.04.2013

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26 edição. São Paulo: Atlas 2013.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo.** 28 edição. São Paulo: Malheiros 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo, Atlas, 2013.

HELY LOPES MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 1995, pp.344/345).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. p. 295