



PROCESSO N° TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

A C Ó R D ã O
6ª Turma
KA/am

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS QUE NÃO OBSERVA O PROCESSO DE LICITAÇÃO - CULPA IN ELIGENDO (SÚMULA N° 331, IV E V, DO TST).

1 - O Tribunal Regional decidiu que o reclamado não provou que observou o processo de licitação, nos termos da Lei n° 8.666/93 (culpa *in eligendo*) para a contratação da empresa prestadora de serviços de saúde. Logo, é cabível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária. 2 - Nos termos do item V da Súmula n° 331 do TST, "*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 frase sublinhada foi inserida pelo Pleno na atual redação da Súmula justamente para contemplar a hipótese de culpa *in eligendo*, ressaltando-se que a atual redação se refere "especialmente", e não "exclusivamente", à culpa *in vigilando*. 3 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055**, em que é Agravante **MUNICIPIO DE ICARA** e são Agravados **ASSOCIACAO FEMININA DE ASSISTENCIA SOCIAL DE ICARA - AFASI** e **EVANDRO MARCELINO**.



PROCESSO Nº TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

O juízo primeiro de admissibilidade, a fls. 666/668, negou seguimento ao recurso de revista, sob o fundamento de que não é viável o seu conhecimento.

A parte interpôs agravo de instrumento a fls. 672/696, com base no art. 897, **b**, da CLT.

Não apresentada contraminuta nem contrarrazões.

O Ministério Público do Trabalho não emitiu parecer por falta de interesse público (fls. 744/745).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

O Tribunal Regional, juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista (art. 682, IX, da CLT), denegou-lhe seguimento, adotando os seguintes fundamentos (fls. 666/668):

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (acórdão publicado em 18/06/2013 - fl. 290; recurso apresentado em 02/07/2013 - fl. 293).

Regular a representação processual (Súmula nº 436 do TST).

Isento de preparo (CLT, art. 790-A).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO / ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / CONTRATO NULO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/SUBSIDIÁRIA / TOMADOR DE SERVIÇOS/TERCEIRIZAÇÃO.

Alegação(ões):

- contrariedade às Súmulas nºs 363 do TST; 331, V do TST e 365 do STF.



PROCESSO N° TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

- violação do art. 37, II e §2º, da Constituição da República.
- violação da 71, §1º, Lei nº 8.666/93; 29, da Lei 12440.
- divergência jurisprudencial.

O Município de Içara suscita a nulidade do contrato de trabalho em face da inobservância de prévia submissão a concurso público. Pretende, também, o afastamento da obrigação subsidiária que lhe foi imposta, afirmando a irregularidade do convênio anteriormente firmado com a primeira ré (AFASI).

Consta do acórdão, às fls. 278 e 280v-281:

TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR. MUNICÍPIO. RESPONSABILIZAÇÃO. Demonstrando a prova a ocorrência de terceirização irregular das atividades inerentes ao poder público, inafastável a responsabilidade do ente municipal frente às obrigações trabalhistas decorrentes da mão de obra utilizada.

(...)

O autor em nenhum momento pede o reconhecimento da relação de emprego com o Município, mas tão somente a sua responsabilização subsidiária.

Quanto ao contrato realizado entre a primeira ré (AFASI) e o autor, não padece de qualquer vício, não havendo porque declará-lo nulo.

(...)

O caso apresentado transcende a mera atuação pública conveniada para uma situação de terceirização irregular. E, da mesma forma, nem mesmo se trata de aplicação da Súmula nº 331 do TST, uma vez que não há notícia de procedimento de licitação.

Na verdade, a título de suposto convênio com a AFASI (Associação Feminina de Assistência Social de Içara), o Município terceirizou irregularmente - sem qualquer licitação - a atividade essencial na área da saúde. É o que cristalina e demonstra o TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) das fls. 91-95, onde expressamente está reconhecida a ocorrência de "prestação de serviços terceirizados ao Município de Içara" por meio da Associação Feminina de Assistência Social de Içara- AFASI, inclusive com a decorrente responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, mostrando-se até mesmo temerária a linha argumentativa do ente municipal.

(...)



PROCESSO N° TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

Por seu turno, igualmente afastar a responsabilidade do Município em face do desvio da sua própria conduta, simplesmente transferindo-a aos trabalhadores contratados, seria no mínimo conceder-lhe o benefício da própria torpeza e ignorar que o primado do trabalho, como valor social, é Princípio Fundamental da ordem Republicana.

Mantenho a condenação.

Inviável o seguimento do recurso por violação dos arts. 37, II, § 2º, da CF e 71, §1º, da Lei 8666/93, bem como por contrariedade à Súmula nº 363 do TST, pois a 3ª Câmara concluiu não se tratar a hipótese de nulidade da contratação, assinalando que o contrato de trabalho foi firmado com a primeira ré, sendo subsidiária a condenação do município quanto aos créditos trabalhistas deferidos à demandante.

Ademais, a indicação de contrariedade à Súmula do STF e a transcrição de arestos provenientes de Turma do TST, do Tribunal prolator da decisão recorrida, não prolatados por esta Justiça do Trabalho ou que não indiquem a fonte de publicação, não impulsionam o conhecimento do recurso de revista, nos termos do art. 896, "a", da CLT e da Súmula nº 337 do TST.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / RECURSO / TRANSCENDÊNCIA.

Alegação(ões):

- violação do art. 896-A da CLT.

Registro que a análise do recurso no que diz respeito à invocada transcendência resulta prejudicada, considerando-se que o TST ainda não regulamentou o seu processamento, consoante o teor da MP nº 2.226, de 04 de setembro de 2001, que acresceu o art. 896-A à CLT.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.”

Nas razões do agravo de instrumento (fls. 672/696), o agravante não conseguiu infirmar os fundamentos que embasaram o não seguimento do recurso de revista, os quais, pelo seu acerto, adoto como razões de decidir.



PROCESSO N° TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

“O caso apresentado transcende a mera atuação pública conveniada para uma situação de terceirização irregular. E, da mesma forma, nem mesmo se trata, de aplicação da súmula n° 331 do TST, uma vez que não há notícia de procedimento-de licitação.

Na verdade, a título de suposto convênio com a AFASI (Associação Feminina de Assistência Social de Içara), o Município terceirizou irregularmente – sem qualquer licitação - a atividade essencial na área da saúde . É o que cristalina e demonstra o TAC (Termo de Ajustamento de conduta) das fls. 91-95, onde expressamente está reconhecida a ocorrência de ‘prestação de serviços terceirizados ao Município de Içara’ por meio da Associação Feminina de Assistência Social de Içara- AFASI, inclusive com a decorrente responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, mostrando-se até mesmo temerária a linha argumentativa do ente municipal.

Doutra feita, também não veio aos autos os termos do suposto convênio com a AFASI (Associação Feminina de Assistência Social de Içará), nem mesmo sendo possível um melhor exame da situação posta.

Por seu turno, igualmente afastar a responsabilidade do Município em face do desvio da sua própria conduta, simplesmente transferindo-a aos trabalhadores contratados, seria no mínimo conceder-lhe o benefício da própria torpeza a ignorar que o primado do trabalho, como valor social, é Princípio Fundamental da ordem Republicana.” (fls. 563/564)

A Corte regional decidiu sobre a culpa *in eligendo* (falta de processo de licitação). Não houve tese explícita no acórdão recorrido sobre a hipótese de eventual fato incontroverso nesse particular (Súmula n° 297 do TST).

Nesse contexto, sob o enfoque eminentemente de direito, conclui-se que a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do STF e do TST.

O Pleno do STF proferiu a seguinte decisão nos autos da ADC n° 16, Ministro Cezar Peluso, DEJT-9/9/2011:



PROCESSO Nº TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

"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, precedente. 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." (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado

Constou no voto do Ministro Cezar Peluso a ressalva de que *"isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos"*.

No mesmo sentido, nas reclamações submetidas ao exame do STF, tem-se destacado que será admissível a responsabilidade subsidiária quando constarem no acórdão impugnado *"elementos concretos para demonstrar a omissão culposa da Administração Pública na fiscalização do contratado"* (Rcl 14579, Ministro Luiz Fux, DEJT-16/10/2012), quando *"embora de forma sucinta, a partir do conjunto probatório presente nos autos da reclamação trabalhista"*, o órgão jurisdicional *"analisou a conduta da ora reclamante e entendeu configurada a sua culpa in vigilando"* (Rcl 14346, Ministro Joaquim Barbosa, DEJT-6/9/2012) e quando forem *"consideradas as peculiaridades fáticas do caso concreto, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico"* (Rcl 13272, Ministra Rosa Weber, DEJT-3/9/2012).

Dada a relevância da matéria, cita-se a decisão proferida na Rcl 11698, Ministro Ayres Brito, DEJT-13/5/2011:

"5. Pois bem, qual o efeito da decisão desta nossa Corte na ADC 16? Resposta: vedar a automática transferência à Administração Pública das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado, bem como a responsabilidade por seu pagamento. Noutras palavras, o que está proibido



PROCESSO Nº TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

por lei – lei declarada constitucional por este STF, com eficácia erga omnes e efeito vinculante – é tornar a responsabilidade subsidiária do Poder Público uma consequência imediata do inadimplemento, pela empresa contratada, de suas obrigações trabalhistas. O que não impede a Justiça do Trabalho, na específica análise do caso concreto, de reconhecer a responsabilidade subjetiva (por culpa) da Administração. (...)."

Cita-se ainda a decisão proferida na Rcl 11308, Ministro Celso de Mello, DEJT-3/5/2011:

"O Plenário do Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento da ADC 16/DF, **não obstante** tenha **confirmado** a plena validade constitucional **do § 1º** do art. 71 da Lei nº 8.666/93 – **por entender** juridicamente incompatível com a Constituição *a transferência automática*, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários **resultantes** da execução do contrato, *na hipótese* de inadimplência da empresa contratada –, **não deixou de assinalar** que essa declaração de constitucionalidade **não** impediria, *em cada situação ocorrente*, o reconhecimento *de eventual culpa "in omittendo" ou "in vigilando"* do Poder Público." (grifos no original)

Em consonância com a jurisprudência do STF, o Pleno do TST deu nova redação à Súmula nº 331 do TST, DEJT-27, 30 e 31/5/2011:

"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 nº 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."

A frase sublinhada foi inserida pelo Pleno na atual redação da Súmula justamente para contemplar a hipótese de culpa in eligendo, ressaltando-se que a atual redação se refere "especialmente", e não "exclusivamente", à culpa in vigilando.

No caso dos autos, o TRT consignou que o reclamado não provou a observância do processo de licitação nos termos da Lei nº



PROCESSO N° TST-AIRR-16-42.2011.5.12.0055

8.666/93 (culpa *in eligendo*) para a contratação da empresa prestadora de serviços de saúde. Logo, é cabível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária.

Nos termos da fundamentação assentada, fica afastada a viabilidade do conhecimento com base na fundamentação jurídica invocada pela recorrente (arts. 37, II, § 2º, da Constituição Federal, 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93; Súmula 331, IV, e 363 do TST; arestos).

Pelo exposto, mantenho o despacho agravado e nego provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 7 de Maio de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

Ministra Relatora