



SUPLEMENTO TRABALHISTA

097/11

A SÚMULA N. 331 DO TST À LUZ DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Luiz Marcelo F. de Góis

Introdução

No final do mês de maio de 2011 o Tribunal Superior do Trabalho realizou a revisão da Súmula n. 331, que trata da terceirização no direito brasileiro.

Pouco mais de um mês depois entrou em vigor a Lei n. 12.440/11, que, ao acrescentar à CLT o art. 642-A, criou a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas ("CNDT"), documento que servirá de comprovação oficial da regularidade das empresas quanto à quitação de seus débitos trabalhistas.

A inter-relação entre aquela Súmula e a nova lei é, a nosso ver, absoluta, conforme se verá nas próximas linhas.

A nova redação da Súmula n. 331 do TST e o conceito de culpa

De acordo com a Súmula n. 331, do TST, nos casos de terceirização lícita o tomador dos serviços responsabiliza-se subsidiariamente pelo adimplemento das verbas trabalhistas dos empregados utilizados pelo prestador na execução dos serviços.

O entendimento pela responsabilização subsidiária do tomador — seja ele administração ou ente privado — fundamenta-se, segundo a doutrina dominante, na culpa *in eligendo* e *in vigilando* daquele que terceiriza uma atividade⁽¹⁾.

Com efeito, a simples escolha de um prestador de serviços inidôneo sob o ponto de vista laboral representaria conduta culposa — culpa *in eligendo* — capaz de ensejar a responsabilização do tomador do contratante pelos débitos trabalhistas.

Mas, ainda que o contratante demonstre diligência na contratação de empresas idôneas (*rectius*, "bons empregadores"), ele poderia ser responsabilizado subsidiariamente pelos haveres laborais dos trabalhadores engajados nos serviços quando, durante o curso da terceirização, a empresa prestadora de serviços deixe de honrar suas obrigações trabalhistas. Assim, o inadimplemento destas por parte da contratada verificada no curso do contrato, aliado à inércia da contratante na adoção de medidas eficazes para sanar a situação, faz surgir a presunção de culpa *in vigilando*, presunção que, para o TST aparenta ser *iure et te iure*, já que o Tribunal não

(*) Luiz Marcelo F. de Góis é Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil-Constitucional pelo CEPED/UERJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior. Advogado associado a Barbosa, Müssnich & Aragão — Advogados, no Rio de Janeiro.

(1) "O tomador de serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão de obra (...)" in Alice Monteiro de Barros. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2ª ed., p. 430.

vem admitindo que as empresas tomadoras de serviços façam prova de que não incorreram em culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas dos terceirizados. Nesta linha, a presunção absoluta de culpa decorria, para o TST, do mero inadimplemento destas obrigações por parte do prestador de serviços.

O entendimento acima, cristalizado na Súmula n. 331 em sua redação anterior⁽²⁾, ao ser aplicado quando a tomadora dos serviços era a administração pública, gerava questionamentos em virtude da aparente afronta ao art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93. Não obstante, o TST pautava seu entendimento em alguns dispositivos constitucionais que primavam não só pela responsabilização objetiva do Poder Público (art. 37, § 6º, CF)⁽³⁾, mas também pela proteção suprema dos créditos trabalhistas, diante da natureza alimentar destes.

Entretanto, no primeiro semestre de 2011, o STF, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/2007, pronunciou-se em definitivo pela constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93. Além disso, por ocasião deste julgamento, houve consenso no STF no sentido de que o TST não poderia generalizar os casos de responsabilização subsidiária da administração pública e teria de investigar a efetiva existência de falha ou falta de fiscalização junto as empresas contratadas.

Este posicionamento levou o TST a revisitar a redação anterior do item IV da Súmula n. 331, que presumia a culpa dos "órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista" e

(2) "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 n. 8.666, de 21.6.1993)."

(3) "(...) tal exceção efetuada pela Lei de Licitações desrespeitaria, frontalmente, clássico preceito constitucional responsabilizatório das entidades estatais (a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, insculpida já há décadas na história das constituições brasileiras). Semelhante preceito constitucional responsabilizatório não só foi mantido pela Carta de 1988 (art. 37, §6º, CF/88) como foi inclusive ampliado pela Constituição, abrangendo até mesmo pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviços públicos (§ 6º do art. 37, CF/88). Ora, a Súmula n. 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio de isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º da Lei de Licitações — por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional"; in Maurício Godinho Delgado. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 5ª ed., p. 459.

consequentemente os incluía no rol dos devedores subsidiários quanto aos créditos trabalhistas não adimplidos pelas empresas terceirizadas.

Esta revisão resultou, no final de maio de 2011, na nova redação da Súmula n. 331, que retirou tais entidades do item IV de seu verbete⁽⁴⁾. Entretanto, o TST, ainda de que forma mais branda, manteve seu entendimento original, no sentido de ser possível responsabilizar subsidiariamente os órgãos da administração direta e indireta, desde que, agora, fique evidenciada a conduta culposa de tais entidades no cumprimento dos ditames da Lei n. 8.666/93 (item V da Súmula n. 331).

De acordo com a nova redação do verbete, para os entes da administração direta e indireta, o mero inadimplemento das verbas trabalhistas por parte do contratado não basta mais para caracterizar a culpa *in vigilando* da administração, que fundamenta a sua responsabilização subsidiária. Agora é necessária uma conduta culposa inequívoca por parte do poder público para que este responda nos casos de terceirização.

A Lei n. 12.440/11

Estas considerações se fazem necessárias, na medida em que a Súmula n. 331 sofrerá uma absoluta influência da Lei n. 12.440/11, publicada no último mês de julho.

Tal diploma alterou a Lei n. 8.666/93 para incluir como requisito para a habilitação em licitações públicas a comprovação de regularidade quanto aos débitos trabalhistas do licitante. De acordo com a nova redação desta lei, tal comprovação deverá ser feita mediante a exibição da CNDT, que — presume-se (a lei não é clara quanto a isto) — será expedida pela Justiça do Trabalho.

Como o objetivo deste artigo não é percorrer as peculiaridades da CNDT, nos privaremos de maiores considerações sobre possíveis entraves de ordem prática que podem surgir no cotidiano das empresas para obtê-la. Para o fim a que aqui nos propomos, basta dizer que a CNDT não tem como finalidade comprovar a inexistência de débitos trabalhistas. Nada impede que uma empresa os possua e, ainda assim obtenha a CNDT, como ocorrerá, por exemplo, quando o empregador não quitar de-

(4) Que passou a vigorar com 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".

SUPLEMENTO TRABALHISTA LTr

Reg. Div. Cens. Div. Públ. DPF nº 1658-p209/73 ISSN 15169146

REDAÇÃO: DIRETOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA - DET - SÃO PAULO 749

REDATOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO - DRT - SÃO PAULO 9.513

PROPRIEDADE DA LTR EDITORA LTDA.

www.ltr.com.br

Redação: Rua Jaguaripe, 571 — Fone/Fax: (11) 2167-1101

e-mail: redacao@ltr.com.br — CEP 01224-001 — São Paulo - SP

Vendas: Rua Jaguaripe, 571 — Fone/Fax: (11) 2167-1101

CEP 01224-001 — São Paulo — SP

Composição: Linotec — (11) 3208-9121

Impressão: Editora Gráficos Unidos

Rua Bueno de Andrade, 218 — (11) 3208-4321

terminadas verbas trabalhistas e seus trabalhadores não ingressam em juízo buscando o seu pagamento.

A CNDT também não visa a comprovar que o empregador não possui litígios contra si ajuizados perante a Justiça do Trabalho. Provar tal fato seria fácil antes mesmo da Lei n. 12.440/11, mediante a expedição de uma certidão por parte dos distribuidores de feitos dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A CNDT — cujo prazo de validade é de 180 dias — propõe-se, isto sim, a demonstrar que, ainda que determinada empresa possua débitos trabalhistas materializados em demandas judiciais, ela não se furta de pagá-los quando assim é demandada por ocasião do início da fase de cumprimento da sentença. Assim, apenas deixarão de obter a CNDT aqueles empregadores que, citados para efetuar o pagamento da condenação, não garantirem o juízo no prazo legal (art. 880, CLT).

Como se vê, para fins de terceirização de atividades por parte da administração pública, mais do que ser um “bom empregador” importa que o licitante seja um “bom pagador” de suas dívidas trabalhistas.

Conceitualmente, faz sentido a opção legislativa.

Sob o ponto de vista dos princípios de direito administrativo — especialmente dos princípios da economicidade e da eficiência — é mais relevante para a administração, enquanto gestora de recursos públicos, saber que, se for acionada na condição de garantidora de créditos trabalhistas de suas terceirizadas, a devedora principal (empresa contratada) assumirá o passivo de seus próprios trabalhadores.

Parâmetros interpretativos para definição de culpa da Administração Pública

Conjugando-se as inovações trazidas pela Lei n. 12.440/11 com a nova redação da Súmula n. 331, obtém-se um importante parâmetro que deverá ser utilizado pela jurisprudência para determinar “se” e “quando” o poder público poderá ser responsabilizado subsidiariamente pelos débitos trabalhistas contraídos pelas empresas que contratar. É que a Lei n. 12.440/11 traz um critério objetivo e relativamente seguro para determinar se há ou não culpa dos entes públicos na terceirização de seus serviços: a CNDT.

Ora, como a Lei n. 8.666/93 (alterada pela Lei n. 12.440/11) agora determina que a administração pública deve exigir dos licitantes a comprovação da regularidade quanto a obrigações trabalhistas antes da contratação, tem-se que a celebração de qualquer contrato de prestação de serviços daquela sem a exibição da CNDT configurará a culpa *in eligendo* do ente público, necessária à sua responsabilização subsidiária, a teor do que dispõe o item V da Súmula n. 331.

Nas hipóteses em que a licitação é dispensada, naturalmente, tal certidão será ainda mais necessária, tendo em vista a maior exigência de responsabilidade quanto aos gastos públicos que tal modalidade de contratação reclama.

Em qualquer caso (com ou sem processo licitatório), a contratação de serviços pela administração pública sem a exibição de uma CNDT válida importará na responsabilização subsidiária desta, visto que estará evidente a “*conduta culposa*” (negligência) de que trata a Súmula n. 331.

Mas não é só na contratação que a CNDT deve ser exigida pela administração para evitar sua responsabilização subsidiária pelos débitos trabalhistas que eventualmente se constituírem com relação aos trabalhadores terceirizados.

É que a CNDT possui prazo de validade de 180 dias (art. 642-A, § 4º da CLT). Isto significa que, transcorrido tal prazo, a empresa contratada deixa de ostentar a qualidade de “boa pagadora” de seus débitos trabalhistas. Sendo assim, expirado o prazo da CNDT o Poder Público passará a ter como contratante alguém que não se sabe é idôneo.

Portanto, para evitar incorrer em culpa (agora na modalidade *in vigilando*), deverá a administração solicitar nova CNDT que demonstre que o contratado continua a arcar com seus débitos trabalhistas, quando do término do prazo de validade da primeira certidão a cada 180 dias, até que o contrato seja encerrado.

Dito de outro modo, a posse de uma CNDT válida funcionará como demonstração da diligência do poder público quanto à escolha de seus contratados. Nesta linha, não haverá culpa capaz de ensejar a responsabilização subsidiária se os órgãos da administração direta e indireta forem capazes de demonstrar judicialmente que receberam do contratado CNDTs válidas por todo o prazo de vigência do contrato de prestação de serviços.

Se, solicitada a renovar a CNDT, a empresa terceirizada recusar-se ou for incapaz de fazê-lo, caberá ao órgão público a suspensão ou a rescisão contratual (a primeira, naturalmente, preferível), sob pena de assumir o risco de ser responsabilizada subsidiariamente pelo passivo trabalhista que porventura for gerado.

É oportuno registrar que mesmo que a administração pública possua CNDTs válidas de seus contratados por todo o período contratual, é possível que ela ainda assim seja responsabilizada subsidiariamente pelo passivo trabalhista destes, caso outras condutas por aquela praticadas contribuam para a caracterização da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Todavia, o que importa ter em mente, neste momento, é que a CNDT terá extrema utilidade para concretizar o conceito de culpa previsto no item V da Súmula n. 331 do TST.

Conclusão

Creemos que a criação da CNDT foi medida salutar para o ordenamento trabalhista.

Entendida como um instrumento de controle da idoneidade das empresas contratadas pela administração pública, a CNDT servirá como balança para

medir a existência da "conduta culposa" de que trata o item V da Súmula n. 331 do TST. Caso os órgãos da administração falhem no dever de mantê-la atualizada, deverão responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas contraídos com relação aos trabalhadores terceirizados.

Por outro lado, a exigência e efetiva posse da CNDT válida pelo poder público, no mais das vezes, eximirá sua responsabilização subsidiária, salvo se, no caso concreto, outras circunstâncias autorizarem o magistrado a concluir pela prática de uma conduta culposa pelo ente estatal.