

**FUNDAÇÃO COGE
GT TERCEIRIZAÇÃO**

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

CONSELHO DE CURADORES

Presidente do Conselho de Curadores
Vice-Presidente do Conselho de Curadores

Miguel Colasuonno
Marco Antonio Rodrigues da Cunha

CONSELHO DIRETOR

Presidente:
Vice-Presidentes:

Jose Affonso da Silva Jardim
Paulo Sérgio Petis Fernandes
Luiz Fernando Couto Amaro da Silva

DIRETOR GERAL DA UNICOG

Antônio Pedro Gordilho

DIRETORIA EXECUTIVA

Diretor Executivo:

Rogério Ferreira Morgado

COMITÊ JURÍDICO

Coordenador:

Mariano Menegotto – ELETROSUL

GRUPO DE TRABALHO

Coordenadoras:

Débora Roriz – CELG
Vanessa Rothermel – CELESC
Antônio Paulo Fagundes – LIGHT
Glauco Warner Oliveira – GRUPO REDE
Fernanda Lagrotta – FURNAS
Marco Antônio Costa – FURNAS
Mozair José de Oliveira – CELG
Phillipe Mallet – LIGHT
Sérgio Augusto Villar – CEPEL

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

GRUPO DE TRABALHO-GT: ASPECTOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Vista como um modelo de excelência empresarial e administrativa, com a possibilidade de redução de custos de mão-de-obra e especialização dos serviços prestados, a terceirização é hoje uma realidade nacional e internacional, inclusive, no setor elétrico.

A terceirização, ao gerar novas empresas, gera também novos empregos, e, em contrapartida, aumento na arrecadação de impostos. Incrementa a criação de novas empresas, normalmente micro e médias empresas, ocasionando, também, o fomento do trabalho autônomo, trazendo aumento na oferta de mão-de-obra no mercado de trabalho.

Muito embora seja um modelo de excelência não fica imune a problemas e questionamentos, o que ora nos inspira a analisar o assunto em face das dificuldades apresentadas e enfrentadas, quanto ao tema, pelas empresas do Setor Elétrico Brasileiro.

Observa-se, de um modo em geral, que a maioria das empresas do Setor em foco vem terceirizando não só as atividades-meios como, também, as atividades-fins. Em levantamento recente realizado em algumas empresas associadas, constatou-se a terceirização de diversas atividades, entre elas:

- ✓ Serviço de portaria;
- ✓ Limpeza e manutenção predial;
- ✓ Vigilância;
- ✓ Atendimento comercial (manutenção preventiva e de emergência);
- ✓ Serviços técnicos comerciais (leitura de medidores, apresentação de contas, reavisos, suspensão, restabelecimentos, ligações novas, vistorias, mudanças de padrão, substituição de medição, atualização base cadastral, outros);
- ✓ Atendimento "Call Center" (serviço de atendimento ao cliente);
- ✓ Fiscalização contra fraudes;
- ✓ Locação de veículos;
- ✓ Podas de árvores;
- ✓ Construção de redes elétricas;
- ✓ Manutenção sistema elétrico em Redes de Distribuição Urbana - RDU e Redes de Distribuição Rural - RDR;
- ✓ Limpeza de faixas de servidão;
- ✓ Reforma alimentadores;
- ✓ Serviços técnicos profissionais em diversas áreas;
- ✓ Patrocínio de ações judiciais.

FUNDAÇÃO COGE

GT TERCEIRIZAÇÃO

Nesse contexto, inicialmente, cumpre-nos discorrer sobre o que efetivamente é a terceirização, podendo-se afirmar que esse instituto é a técnica de contratar serviços, presente nos mais variados segmentos do setor empresarial, seja na esfera privada ou pública, e como ensina Sérgio Pinto Martins¹, é a possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como de serviços.

Com efeito, terceirizar é atribuir a outrem determinadas etapas do processo produtivo, o que enseja a diminuição de gastos e a prestação de serviços de forma especializada, propiciando a contratação, por uma determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividades-meio da empresa tomadora.

Dora Maria de Oliveira Ramos leciona que a terceirização no Direito Administrativo *"é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa do Poder Público"*.²

Da definição da terceirização surge o conflito quanto a qual atividade pode ser terceirizada, atividade-meio e/ou atividade-fim. Sérgio Pinto Martins explica o que são essas atividades: *"A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa, que não coincide com os fins principais. São exemplos de terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra o seu mister, isto é, na qual é especializada"*¹

Maurício Godinho Delgado³ leciona que *"atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo dinâmico empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços."*

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2001, p 23.

² TRT do Distrito Federal, RO 1494/2000. 1ª T Rel. Juiz Ricardo Alencar. Disponível em <http://www.trt10.gov.br>.

³ DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. pp 134-135.

FUNDAÇÃO COGE

GT TERCEIRIZAÇÃO

O Tribunal Superior do Trabalho delimitou como lícita a terceirização que tem por objetivo a atividade-meio da empresa contratante, desde que não haja a subordinação direta nem a pessoalidade entre esta e o trabalhador (Súmula nº 331).

Deste modo, o referido doutrinador conceitua a terceirização lícita, interpretando a referida súmula, como sendo a contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, portanto, terão de se manter perante a empresa terceirizante, o que já não ocorre quando a terceirização é ilícita, onde tais elementos fáticos estão presentes diretamente na relação com a tomadora de serviços.

Extraí, ainda, de tal Súmula que a terceirização somente é possível na atividade-meio da empresa e quando for na atividade-fim configurará terceirização ilícita e o vínculo empregatício com a tomadora estará caracterizado, sendo que este não será declarado quando ocorrer à mencionada terceirização na Administração Pública direta ou indireta (estatais), por ausência do concurso público.

Nota-se, por conseguinte, que a terceirização das atividades-meio é perfeitamente admissível no mundo jurídico, não se encontrando quaisquer divergências. Por outro lado, a utilização da terceirização nas atividades-fim é amplamente debatida na esfera jurídica.

Assim, na visão de Marcus Juruena Villela Souto, é possível a utilização das terceirizações nas empresas estatais na atividade-fim, uma vez que a máquina administrativa não pode ser compelida a criar cargos e estruturas burocráticas se puder ser atendido o interesse público com técnicas mais eficiente e menos onerosa, contudo tal entendimento não é muito reconhecido na Justiça do Trabalho, em razão da Súmula 331 do C.TST.

Comungando do mesmo entendimento, Sérgio Pinto Martins sustenta que certas atividades-fim da empresa podem ser terceirizadas, inclusive as que envolvem a produção, como ocorre na indústria automobilística ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por envolver operações interbancárias⁴.

Reforçando sua tese, o nobre jurista se ampara, também, no art. 25 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art.

⁴ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 226/89.3, Acórdão 1º T. 2.608/89. Relator: Ministro José Luiz Vasconcellos. Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2003)

FUNDAÇÃO COGE

GT TERCEIRIZAÇÃO

175 da Constituição Federal que permite a terceirização da atividade-fim na concessão de serviços públicos, “*verbis*”:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior rege-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º “A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.” (grifo nosso)

A jurisprudência segue o mesmo entendimento, conforme se depreende das seguintes decisões:

*“Terceirização – atividade-fim – Mais do que superficial é o critério diferenciador para a legitimação da terceirização, fulcrada sempre na atividade-meio, mas jamais na atividade-fim. Ora, atividade-meio é o único caminho a se alcançar o objetivo negocial. Como fator de especialização a somar forças na obtenção de um resultado comum não se pode negar que a terceirização se dê, também, na atividade-fim, desde que em setor autônomo do processo produtivo”.*⁵

“SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. TERCEIRIZAÇÃO. LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 25, DA LEI Nº 8.987/95”.

“Não há vedação constitucional à terceirização dos serviços públicos de energia elétrica, pelo contrário, tal regime decorre do próprio Texto Maior que expressamente defere competência ao Poder Público para, na forma da lei, disciplinar a prestação dos serviços públicos (art 175, da Constituição Federal de 1988⁶)”.

“(…) Por fim, para rebater o argumento do autor de que impossível a terceirização de atividade-fim da empresa, faz-se necessário

⁵ ROMITA, A.S. Terceirização e o Direito do Trabalho. *Revista LTr*, v. 56, n. 3-03. p 273

⁶ TRT 8ª Região – Recurso Ordinário – Acórdão 3ª Turma nº 744/99 - Decisão do TRT da 8ª Região sobre a aplicação do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, envolvendo as Centrais Elétricas do Pará – CELPA, empresa integrante do Grupo Rede

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

transcrever o artigo 25, § 1º, da Lei 8.987/95, que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências":

"Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Desta feita, a utilização de mão-de-obra terceirizada, por parte da reclamada, em nada afronta o Enunciado 331 do colendo TST, porque fundada em lei "7.

É oportuno transcrever trecho do voto da Relatora, Dr^a. Pastora do Socorro Teixeira Leal, integrante do julgado cuja ementa foi acima citada:

"MÉRITO - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25, DA LEI Nº 8.987/95 - LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO"

*O ponto central de discussão na presente lide reside na questão de inconstitucionalidade do art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/95, dispositivo este que estabelece: "Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo a concessionária **poderá** contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades **inerentes, acessórias ou complementares** ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados". (grifamos)*

*Quando referido dispositivo reportou-se ao termo atividades **inerentes**, autorizou a terceirização das atividades-fins, porquanto mencionado termo quer dizer "que está por natureza inseparavelmente ligada a alguma coisa ou pessoa" (Novo Dicionário Aurélio 2ª edição). Isto implica dizer que fora legalmente autorizada à terceirização de atividades-fins da recorrente, ou seja, a subconcessão de serviço público.*

⁷ TRT - RO-00624.2002.003.23.00-0 –Rel. Juiz José Simioni – Recorrente: Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – CEMAT (Fonte: DJ/MT nº 6585. Data de Publicação: 12/02/2003)

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

.....

Com relação à afronta ao art.173, da CF/88, não a vislumbro, porquanto o fato de a recorrente se sujeitar ao regime jurídico das empresas privadas não tem por si só o condão de obstar a possibilidade de terceirização. Não vejo, portanto, suporte suficiente neste aspecto para que se considere inconstitucional o dispositivo da Lei em comento.

.....

No que tange ao maltrato ao art.21, inciso XII, letra “b”, da Constituição Federal, constato que referida previsão apenas estabelece a competência da União para explorar mediante concessão os serviços de instalações de energia elétrica, mas não proíbe expressamente sua terceirização, o que é corroborado pelo que estabelece o art.175, da Carta Magna: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”. E foi em atendimento à referida disposição constitucional que a Lei nº 8.987, de 13.02.95, tratou do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos... ”

Lembrando Reginaldo Melhado, “a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim para caracterizar a licitude ou ilicitude da terceirização não é aceitável, porque a evolução e o aperfeiçoamento da administração empresarial são uma necessidade imposta pelo mercado competitivo, daí porque deve ser afastada a idéia preconceituosa de que a terceirização somente é legal quando realizada em atividades-meio, sendo previamente ilegal nas atividades-fim da terceirizada, na medida que a complexidade do processo produtivo chega a tal ponto que muitas vezes, é impossível diferenciar as ações acessórias das principais, e isto ocorre em face da contínua mutação das técnicas de produção”⁸.

Pactua com opinião análoga Lívio Giosa quando comenta que “os conceitos de terceirização que circunscrevem o processo às atividades-meio do tomador do serviço não analisam a questão em sua inteireza. Na realidade, o fenômeno não se limita às atividades-meio, atingindo as atividades-fim das entidades terceirizantes. Existem outros exemplos além do sempre citado caso da indústria automobilística, mera montadora de peças produzidas por diversas indústrias de porte pequeno ou médio. É a hipótese da indústria têxtil, em que as vestimentas, depois de cortadas na fábrica, são encaminhadas a terceiros para os trabalhos de cerzimento, colocação de botões e outros detalhes de acabamento, retornando apenas para receber a etiqueta da grife. Processo semelhante ocorre na indústria

⁸ TRT da Paraíba. RO 2909/97. Rel. Disponível em <<http://www.trt13.gov.br>>.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

gráfica, em que operações de colagem de envelopes, espiralação de cadernos, dobras e capas especiais em geral são feitas por terceiros.”⁹

Em oposição ao entendimento anterior, é predominante a linha dos que são contrários à terceirização da atividade-fim, por acreditarem que esse tipo de terceirização suscita a relação de emprego com o tomador dos serviços, por aplicação dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como sustentam, ainda, a existência de fraude, por aplicação do artigo 9º, também, da legislação consolidada.

A jurisprudência dominante no Tribunal Superior do Trabalho também é contrária à terceirização de atividades-fim, senão vejamos:

VÍNCULO DE EMPREGO - VENDEDOR DE PASSAGENS DE EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO - TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM - ILEGALIDADE. Evidenciando a prova que a reclamada se utilizou de empresa interposta para venda de passagens, vendas que eram realizadas em seu *box* situado no interior do terminal rodoviário, razoável a conclusão do Regional, porque caracterizada típica delegação de atividade-fim a terceiro, que responde como verdadeira empregadora. Inteligência do Enunciado nº 331, I, do TST.¹⁰

Seguindo esse raciocínio verifica-se que é pacífico na Justiça do Trabalho o entendimento de que a terceirização na atividade-fim enseja ato ilícito, isto porque, nessas hipóteses, é difícil descaracterizar a subordinação direta, um dos requisitos previsto na Consolidação das Leis do Trabalho que evidencia a relação laboral. Há de se ponderar, todavia, que o conceito de atividade-fim está se relativizando. Logo, ao se julgar sobre a licitude ou não da terceirização na atividade-fim, é primordial ter-se em mente a especialização do mercado e investigar se estão presentes ou não os requisitos da relação de emprego.

Vale citar a decisão abaixo transcrita onde o ministro do Tribunal Superior do Trabalho Vantuil Abdalla, já em novembro de 1995, demonstrou-se mais flexível quanto à terceirização da atividade-fim:

“(…) a base jurídica da *terceirização*, no Direito do Trabalho brasileiro, encontra-se tão-somente no entendimento expresso pelo C. TST, no antigo Enunciado (hoje Súmula) de nº 331, não havendo norma legal a disciplinar a matéria.

⁹ DELGADO, G.N. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p 136

¹⁰ PAMPLONA, R. *Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública*. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 11. Salvador, 2002, p 36.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Em segundo lugar, não deixa de ser útil discutir aqui as idéias relativas às “atividades-meio” e “atividades-fim” das empresas, pois são temas por demais recorrentes, sempre que se discute *terceirização*.

Consoante a literatura especializada mais acolhida pelos tribunais do trabalho, a *terceirização* é admitida somente nas hipóteses em que as *atividades terceirizadas* identificam-se com as assim denominadas *atividades-meio* das empresas, quais sejam:

- (a) atividades *não essenciais*;
- (b) atividades classificadas como *tarefas que não estejam relacionadas ao objetivo principal* da empresa ou, ainda,
- (c) atividades *acessórias e de apoio* ao escopo das empresas, considerando-se tal “escopo” as reais atividades-fim destas últimas.

Por conta disso, pretende o Ministério Público do Trabalho a proibição da contratação de serviços *terceirizados*, especialmente as de *manutenção e reparos da linha viva, corte de energia, ligação e religação* da rede elétrica aos consumidores, pelo fato de fazerem parte, tais serviços, das atividades-fim da empresa.

Oportuno observar que a Ata de Assembléia Geral carreada aos autos à fl. 437, que deu nova redação ao estatuto social, demonstra que a empresa-ré, CAIUÁ - SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A, tem por objeto a *produção, a transmissão, a transformação e a distribuição* de energia elétrica nas áreas de concessão legal (artigo 3º). Ora, é possível enquadrar as atividades elencadas linhas acima, pelo Ministério Público (*manutenção e reparos da linha viva, corte de energia, ligação e religação da rede elétrica aos consumidores*) como *finalísticas* da empresa CAIUÁ, levando-se em conta seu *objeto*, descrito no parágrafo anterior?

Entendo que não, parecendo-me mais aquelas atividades mencionadas pelo Ministério Público do Trabalho como *acessórias e de apoio* ao escopo da empresa concessionária. O corte de energia e religação da rede elétrica ao consumidor, a meu ver, configuram-se tarefas que têm relação com a não-quituação de conta de consumo por parte do usuário, sendo que o concessionário tem o direito subjetivo à remuneração pelo serviço executado.

Como se vê, não há um critério seguro de separação de atividades principais e das atividades de apoio e muitas vezes poderíamos nos defrontar com uma zona *gris* em que aquelas se aproximam umas das outras.

Comungando desse entendimento, o atual presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Vantuil Abdalla, proferiu palestra no II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho realizado pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, em novembro de 1995, enfatizando:

“É verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade fim e atividade meio e muitas vezes estar-se-ia diante de

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra” (in Revista LTr, vol. 60, nº 5, maio 1996).

Registre-se que, em face de tal constatação, o próprio Ministro concluiu:

*‘Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E falo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos’.*¹¹

Nesta conjuntura aparece a figura do tomador de serviços (empresa que contrata serviços especializados), do prestador e do empregado terceirizado. Juridicamente, o trabalhador tem vínculo empregatício com o prestador de serviços, pois tem seu contrato firmado diretamente com este.

Conforme já mencionado, na seara trabalhista a terceirização hoje está assentada na Súmula 331 do C.TST, que tem o seguinte texto:

**“Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE - 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).”

¹¹ TRT 15ªR - RO 545-2004-026-15-00-9 – Ac. 4ª T da 7ª Cam. – Rec.: Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Entretanto a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ao permitir que as empresas concessionárias de serviços públicos contratassem com terceiros a execução de atividades “inerentes” ao serviço concedido, estabeleceu nova modalidade lícita de terceirização, não se enquadrando nas situações expostas no enunciado 331 do TST, situação excepcional que merece ser tratada pelos órgãos fiscalizadores com a observância da peculiaridade da norma legal.

É justamente nesta exceção, que se enquadram as empresas do setor elétrico brasileiro.

Assim, a terceirização lícita é, pois, aquela em que não há elementos de relação de emprego entre o contratante (tomador de serviços) e o trabalhador, principalmente a subordinação hierárquica (art. 3º da CLT); é aquela que tem por objetivo a atividade-meio da empresa contratante, ou mesmo a atividade-fim, numa visão mais moderna, desde que não haja a subordinação direta nem a pessoalidade entre esta e o trabalhador, e ainda no caso de empresas concessionárias de serviço público em virtude de disposição legal (art. 25, § 1º da Lei nº 8.987/95).

Observamos, portanto, que tem sido tolerada a terceirização em atividade-fim da empresa tomadora ou cliente, desde que obedecidas as seguintes condições:

- a) prestação dos serviços no estabelecimento da locatária, com o uso de equipamentos da empresa locadora;
- b) prestação de serviços fora do estabelecimento da locatária, com o uso de equipamentos desta;
- c) prestação de serviços fora do estabelecimento da locatária, com o uso de equipamentos da locadora.

Outra situação que também descaracteriza a terceirização é a existência de vínculo de pessoalidade e subordinação dos trabalhadores terceirizados com a empresa contratante. Se o serviço é prestado nas dependências da empresa contratante e a empresa locadora não possui preposto no local, para dirigir e fiscalizar o trabalho, deixando essas tarefas para os gerentes da contratante, haverá pessoalidade e subordinação direta entre os trabalhadores e a empresa contratante. Como consequência, restará configurado o vínculo de emprego direto com a contratante. Esta é a orientação do TST: a subordinação direta do pessoal da terceira empresa à contratante caracteriza vínculo de emprego direto com a contratante.

FUNDAÇÃO COGE

GT TERCEIRIZAÇÃO

Sendo assim, em regra, consideram-se em fraude à lei trabalhista as hipóteses em que a contratação tiver por objetivo a atividade-fim da contratante, com subordinação e pessoalidade entre a tomadora e o trabalhador levando à respectiva descaracterização da tomadora.

Do ponto de vista da Administração Pública, a terceirização apresenta relevância principalmente em face da redução de custos, como os encargos diretos e indiretos de pessoal.

Como pontos positivos, portanto, podemos destacar a possibilidade de maior concentração na atividade fim, com a redução do núcleo produtivo e do capital imobilizado e a supressão de atividades ociosas no quadro de pessoal, que se torna mais enxuto e especializado, reduzindo o custo operacional.

Com a utilização da terceirização, a Administração Pública visa também à economicidade, que é a aplicação de forma racional dos recursos, de forma que os resultados alcançados sejam coincidentes com os fins almejados pelo interesse público. As cláusulas exorbitantes no contrato com a Administração flexibilizam e trazem dinamismo à mesma beneficiando, o que possibilita, por exemplo, a alteração unilateral do contrato, a redução ou o aumento contratual em até 25%, conforme suas necessidades, etc.

Entre as desvantagens, para as empresas, se destaca a possibilidade de responsabilização da empresa tomadora, de forma subsidiária, pelos débitos trabalhistas da empresa contratada; dependência operacional e técnica; perda da qualidade; desprovimento; e, até mesmo, o aumento de custo.

Para evitar os riscos imprescindíveis são feitas a **especificação contratual**, a **seleção do fornecedor** e a **gestão do contrato**.

O consultor Gustavo Cauduro Hermes, por ocasião do Curso de Gerenciamento de Contratos e Convênios na Administração Pública realizado para o Tribunal de Justiça da Bahia na Fundação Luís Eduardo Magalhães - FLEM, por meio do Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária- IPRAJ e sua Gerência de Recursos Humanos (GRH), onde se procurou a formação e reciclagem na questão do acompanhamento dos vínculos contratuais firmados pelo Judiciário com terceiros fornecedores de produtos e serviços, em suma, colocou apropriadamente:

“Hermes destaca do conteúdo apresentado o que chama de três pilares da qualidade na gestão de contratos: a especificação do contrato, a cobrança do contrato e a seleção de fornecedores. Segundo ele, a especificação do contrato tem que ser profunda, detalhada e, sobretudo, possuir padrões métricos para a avaliação dos resultados. A cobrança é imprescindível, devendo ser aplicadas

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

penalidades em casos de descumprimento de cláusulas, e a seleção do fornecedor, que obedece a princípios licitatórios constantes da lei, deve ser cuidada pela administração contratante de forma rígida, para afastar dos certames aventureiros do mercado, restando somente boas empresas, que saberão que serão cobradas. Para uma boa qualidade, é preciso especificar bem o objeto do contrato e suas características, sempre em sintonia com a necessidade original., alerta Hermes. Outras preocupações que devem existir, segundo ele, é focar o contrato em resultado, proveito, não em ações, buscar itens de relevância para o cliente interno (usuário/requisitante) e atentar à execução contratual e às multas.” (Diário do Poder Judiciário – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – 25/11/2005 – Ano 15, n.º 3.882 – www.tj.ba.gov.br)

Destarte, para que uma terceirização seja bem-sucedida, inevitável o acompanhamento efetivo e bem detalhado do negócio, desde o seu início, com a elaboração do projeto básico, edital, contratação até a conclusão dos contratos firmados.

Após realizada essas abordagens, cumpre-nos, ainda, analisar os aspectos da terceirização no âmbito da Administração Pública e no âmbito privado.

No âmbito da Administração Pública, a utilização de serviços terceirizados, sofreu grande expansão com a edição do Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que com a intenção de evitar o aumento demasiado da máquina administrativa, prevendo em seu art. 10 que a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, e no mesmo artigo em seu parágrafo 7º diz que a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos da execução.

A Administração Pública antes mesmo de contratar deve verificar se sua pretensão está em consonância com as disposições legais, motivando seu ato, demonstrando que os serviços que se pretende terceirizar estão enquadrados no previsto na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, sem a caracterização de subordinação e pessoalidade, e que o que se deseja efetivamente é a contratação de serviços e não uma intermediação de mão-de-obra.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios.

De acordo com esta lei, no art. 10, é permitido que as obras e serviços sejam prestados por execução direta ou indireta, esta última sob os regimes de empreitada ou tarefa. Além disso, o art. 6º, inciso II, define o serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguros ou trabalhos técnico-profissionais”. Note-se que a enumeração é meramente exemplificativa, conforme decorre do uso da expressão “tais como”. Há ainda o art. 13, que indica os serviços técnicos profissionais especializados alcançados pela lei.

A Terceirização no âmbito da Administração Pública exige do administrador muita cautela, pois embora contrariando o art. 71 da Lei 8.666/93, a dívida trabalhista das empresas terceirizadas recai sobre o órgão tomador dos serviços, neste caso chamado de responsabilidade subsidiária.

A responsabilidade subsidiária pela tomadora dos serviços é o entendimento pela Justiça do Trabalho, baseado no Enunciado nº 331, item IV editado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, que dispõe:

“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.”

O teor da nova redação conferida ao item IV é totalmente absurdo e viola frontalmente a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), em seu artigo 71, parágrafo primeiro, conforme se demonstrará a seguir.

O mencionado artigo 71, em seu parágrafo primeiro, dispõe, de forma cristalina, o seguinte:

“Art. 71 - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais da execução do contrato.

§ 1º - A inadimplência do contrato 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

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.” (grifo nosso)

Trata-se de norma cujo comando é claro, não pairando sobre ela qualquer polêmica a ensejar dúvida quanto a sua correta interpretação. O legislador excluiu, de modo expresso, qualquer responsabilidade da Administração Pública no que concerne à inadimplência do contratado com os seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, ainda que originados por força da execução do contrato administrativo.

Transcreva-se a posição de Marçal Justen Filho:

"Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

Qualquer litígio entre particular e terceiros resolve-se no estrito âmbito entre eles, sem acarretar sacrifício da posse da Administração Pública".

Este, também, é o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior:

"O fato de contratar com a Administração não exclui a empresa privada da incidência de normas jurídicas impositivas de encargos, sejam estes de natureza trabalhista, previdenciária, fiscal ou comercial, no que se referir à execução do contrato público.

(...)

Em todas estas relações de direito público ou privado, a contratada é a única e exclusiva titular dos correspectivos encargos, que não se comunicam à Administração contratante, antes, durante, ou depois da execução do contrato".

Lembramos, por oportuno, que, quando o legislador objetivou estabelecer de modo diverso, o fez expressamente, como, por exemplo, na hipótese dos encargos previdenciários em que há uma responsabilidade solidária entre a Administração Pública e o contratado, consoante dispõe o próprio artigo 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, o primeiro obstáculo a impedir a responsabilização subsidiária dos entes públicos nas terceirizações encontra-se na regra prevista no artigo 71 do Estatuto das Licitações, cuja constitucionalidade é presumida, já que até o presente momento se desconhece qualquer declaração do Poder Judiciário inquinando a norma de inconstitucional.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Um argumento bastante utilizado para atribuir responsabilidade aos entes públicos nessas hipóteses é o da sua eventual culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* é facilmente afastada quando a contratação é precedida de licitação, procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, observados os princípios da competitividade e da impessoalidade, assim sendo, a autoridade administrativa está jungida à contratação com o primeiro colocado, sendo-lhe vedado celebrar contrato com preterição da ordem de classificação (art. 50 da Lei nº 8.666/93).

A culpa *in vigilando*, é a atribuição de responsabilidade ao ente público por não ter fiscalizado adequadamente as relações da contratada com os seus empregados.

Como se sabe, compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, na forma do disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal e organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, consoante dispõe o artigo 21, inciso XXIV, da Carta Maior. E é através do Ministério do Trabalho e Emprego que esse ente político exercita o poder de polícia em matéria de fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Não podem, pois, estados e municípios exercer poder de polícia em competências que não são as suas. Veja-se, a respeito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria. Assim, a União exercerá em caráter exclusivo polícia administrativa sobre o que estiver arrolado no art. 22 da Constituição e concorrentemente com Estados e Distrito Federal sobre o que consta do art. 24.

É, portanto, de todo descabido obrigar órgãos e entidades públicas estaduais e municipais a arcarem com uma atribuição que refoge aos limites de sua competência, em evidente violação ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, já que, ao exercerem poder de polícia que não se insere no seu campo de atuação, estarão agindo sem qualquer respaldo legal.

Como se não bastasse o acima dito, é forçoso lembrar que o contratado tem a obrigação de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/93), o que cria um correlato dever para os entes públicos de fiscalizar a manutenção dessas condições ao longo da execução do contrato. E, entre os requisitos de habilitação, não consta qualquer exigência relativa a

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

comprovação de adimplemento das obrigações trabalhistas, salvo a prova de regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a recente prova de cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII, da CF, que trata da "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Ora, se para participar de uma licitação e estar apto a contratar com um ente público não há qualquer exigência em relação aos encargos trabalhistas (salvo os mencionados), como exigir que, durante a execução do contrato, a Administração Pública fiscalize esses encargos para se eximir de uma responsabilidade, ainda que subsidiária? A obrigação de fiscalizar a manutenção dos requisitos de habilitação não alcança os encargos trabalhistas, já que eles nem sequer são exigidos como condição para participação nos certames, o que impede qualquer atribuição de culpa *in vigilando*.

Portanto, o dever da Administração Pública de fiscalizar os encargos trabalhistas do contratado não decorre de nenhuma norma constitucional ou legal e muito menos de obrigação oriunda do contrato; daí o descabimento de atribuição de culpa *in vigilando*. Ademais, essa responsabilização subsidiária dos entes públicos viola, também, o princípio da razoabilidade, pois obriga o tomador de serviços a assumir o comportamento de verdadeiro empregador, com os encargos conseqüentes, o que a terceirização visa, justamente, evitar.

A terceirização é conceituada como a transferência de certas atividades para terceiros visando reduzir custos, possibilitando que as empresas direcionem seus esforços para a sua atividade fim. Ora, a se exigir que o ente público atue como se empregador fosse, organizando pessoal e estrutura própria para fiscalizar os encargos trabalhistas dos empregados do contratado, cria-se para o tomador de serviço uma excessiva onerosidade, o que, além de desnaturar a essência da terceirização, pode simplesmente inviabilizá-la.

Não se pode perder de vista que a essência da terceirização é a atividade, o serviço a ser prestado e não a pessoa física; tanto por isso que ela se formaliza, via de regra, através de contrato administrativo precedido de licitação e não de preenchimento de cargo precedido de concurso público.

Assim, uma vez inadimplidos os encargos trabalhistas por parte da empresa contratada pela administração pública, tais débitos não poderão ser imputados a esta, mas sim ao próprio prestador de serviços, que é o real empregador. A redação do artigo é clara e objetiva, não dando ensejo a interpretações contrárias.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Aliás, esta é a opinião esposada por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

“O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71). A inadimplência do contratado 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 (art. 71, §1º)¹²”

Comungando deste mesmo entendimento, temos as lições de Carlos Pinto Coelho Motta, senão vejamos:

“Incumbe ao contratado o pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, isentando a Administração Pública desse ônus também no caso de inadimplência do contratado¹³”.

E, por fim, o mesmo autor arremata o seguinte:

“Por via de consequência, não se autoriza ao contratado criar, durante a execução contratual, obrigação trabalhista para o contratante; e tampouco descumprir itens como capacidade financeira – que poderia ser afetada por sucessivos passivos trabalhistas¹⁴.”

Frise-se que a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa no ponto referente à responsabilidade do tomador de serviços em contratos de terceirização, sendo que a matéria encontra-se regulamentada de forma precisa pelo artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos.

Primeiramente, porque se trata de lei em sentido estrito, ou seja, em sentido formal e material, que passou pelo crivo dos Poderes Legislativo e Executivo que, todavia, não pode ser derogada por um mero entendimento jurisprudencial. Do contrário, os membros do Poder Judiciário estariam imiscuindo-se indevidamente na atividade legislativa.

¹² Direito Administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p 336.

¹³ Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98. 8ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p 305.

¹⁴ Op cit. p 306.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Sobre a finalidade do procedimento licitatório, trazemos as precisas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*:

“Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações¹⁵.”

Assim, a Administração Pública ao terceirizar serviços mediante prévia licitação já demonstra o interesse em escolher o melhor contratado e empreende todos os esforços para que seja escolhida uma empresa economicamente idônea.

Se por ventura a empresa prestadora de serviços contratada não cumprir suas obrigações trabalhistas cabe ao empregado ingressar com reclamação trabalhista somente em desfavor da empresa e não em face da administração pública, pois esta não responde pelos encargos trabalhistas oriundos do contrato de prestação de serviços.

E, se por acaso a empresa não tiver patrimônio para honrar as suas dívidas trabalhistas, o reclamante deve requerer a desconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir o patrimônio dos sócios da empresa. O inadimplemento das obrigações trabalhistas implica fraude à lei, o que autoriza a aludida desconsideração da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, no ordenamento jurídico brasileiro, é um instituto relativamente novo, necessitando ainda de algumas regulamentações. O legislador trouxe no novo Código Civil expressa hipótese da desconsideração, tornando-a não mais uma realidade jurisprudencial e doutrinária, mas também realidade legal, quando no art. 50 nos diz que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, vem sendo utilizada pelo Judiciário visando dar solução a questões baseadas em fraude, confusão patrimonial, e outros argumentos prestados pelos juízes, objetivando a garantia da satisfação de créditos diante da descaracterização da autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade pertinentes às pessoas jurídicas.

¹⁵ Op cit. p 355.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Embora a previsão da desconsideração esteja em um corpo legislativo do Direito Privado, não resta dúvida que este instituto possa ser aplicável a outros ramos do Direito, como no Direito Administrativo e neste sentido já existem decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, acreditamos que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito da Administração Pública é um grande avanço, pois se evita que sociedades comerciais com a finalidade de fraudar e prejudicar terceiros sejam constituídas, pois a responsabilidade alcançaria patrimonialmente a figura dos sócios, antes de se atingir a Administração Pública, o que traria sem sombra de dúvidas uma economia ao erário.

No tocante à culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, tem-se que este argumento não procede, pelo fato de que é totalmente inviável que se fiscalize a atividade de todas as empresas com as quais celebra contratos de prestação de serviços. Cabe à Administração Pública somente o ônus de tomar todas as precauções para escolher as empresas com as quais irá contratar, através do procedimento licitatório, sendo que o inadimplemento por conta dessas empresas não pode ser imputado àquele.

O Estado não tem meios de evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, podendo apenas aplicar sanções ao contratado, uma vez verificado o desrespeito às mesmas.

E repita-se, verificado o inadimplemento, a única medida a ser adotada pelo Estado é aplicar-lhe as sanções da Lei nº 8.666/93, como a rescisão unilateral do contrato.

Outrossim, não existe qualquer lei que obrigue os entes da administração pública a fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviço terceirizado. Pelo contrário, existe um dispositivo legal que afasta por completo a responsabilidade do Estado-contratante perante as dívidas trabalhistas assumidas pela empresa-contratada. Assim, incabível se cogitar de culpa *in vigilando* por parte do Estado, para imputar a este a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas.

A observância incondicional do item IV do enunciado em questão implica inviabilizar ou, no mínimo, dificultar a terceirização de prestação de serviços por parte dos entes que integram a administração pública.

Conforme dito anteriormente, a legislação consolidada não disciplina tal matéria, dada a sua especialidade. Somente a Lei de Licitações e Contratos é que trata da matéria de maneira clara e precisa.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Desse modo, torna-se imperiosa a estrita observância da legislação regente da matéria, tanto na fase pré-contratual (realização de licitação), quanto na fase posterior (execução do contrato), não havendo que se perquirir de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por parte do Estado.

Outro aspecto do tema a ser considerado é que quando o contratado oferece o seu preço no certame já estão embutidos todos os encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na execução do contrato, de sorte que, se o ente contratante for condenado subsidiariamente, será obrigado a pagar duas vezes, em evidente afronta à noção mais elementar de justiça. Entende, ainda, que o Direito do Trabalho não pode ser interpretado de modo tão dissonante do restante do ordenamento jurídico, desconsiderando simplesmente a existência de outras normas jurídicas, como é o caso do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Frente ao exposto, entendemos que não deve ser imputada à Administração Pública qualquer responsabilização subsidiária em face da inadimplência do contratado.

Infelizmente este não é o entendimento do TST, que reiteradamente, vem julgado, *contra legem*, pela procedência da responsabilidade subsidiária dos entes públicos em face das obrigações decorrentes da relação de trabalho com os empregados de empresas terceirizadas.

O STF por sua vez, não admite a alegada inconstitucionalidade do Enunciado 331, IV, sob o argumento de que o mesmo não se trata de ato normativo e portanto incabível ADI e declaração da inconstitucionalidade da súmula.

Consoante discorre Gustavo Pereira Farah, em sua obra "As súmulas inconstitucionais do TST", a máxima corte trabalhista edita súmulas consubstanciadas em verdadeiros textos legislativos, com aplicação geral e abstrata, que vinculam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública por intermédio de uma estrutura jurídica subordinante, a qual garante a irresistibilidade ao seu cumprimento. Estas Súmulas além de uniformizarem jurisprudência, criam, modificam e extinguem direitos.

O que ocorre é que o TST julga as próprias "leis" que fabrica, sem que sofra qualquer espécie de controle.

Do contrário, estaremos dando prevalência a um entendimento jurisprudencial em detrimento da legislação que rege a matéria. E, conforme dito anteriormente, é inconcebível que uma mera orientação jurisprudencial tenha o condão de revogar a legislação que passou por todo o processo legislativo.

FUNDAÇÃO COGE

GT TERCEIRIZAÇÃO

A criação, modificação ou extinção de direitos à margem ou sobre lei federal ou preceito constitucional por atos normativos ilegítimos, sob a forma de súmulas, fere a constituição, particularmente no que tange à tripartição dos poderes e o princípio da legalidade, princípio da vinculação do juiz à lei e o princípio da segurança jurídica, infringindo, objetivamente os seguintes artigos da CF: art. 1º, parágrafo único; 2º; 5º, incisos II e LIV; art. 37, *caput*; art. 44, *caput*; art. 49, XI; 60, § 4º, inciso III; 61, *caput* e 64, *caput*.

Com fundamento no Enunciado 331 do TST, são inúmeras as decisões condenatórias à Administração Pública, quanto ao pagamento de obrigações trabalhistas que cabem originariamente a empresa prestadora de serviços, dessa forma onerando o erário, contrariando o que se espera da Terceirização, que é a redução de custos.

Dessa forma o administrador público deve se acautelar na escolha da empresa prestadora dos serviços, exigir garantias e acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, especialmente quando do encerramento do contrato.

- SUJESTÕES DE AÇÕES PREVENTIVAS E REPRESSIVAS:

1) Preventivas:

– exigência de documentação, na fase de habilitação das empresas licitantes, para verificar a saúde econômica da empresa.

- exigência de garantia contratual.

- fiscalização do contrato durante a fase de execução.

- retenção da fatura, até que seja comprovado pela contratada o pagamento das verbas trabalhistas e dos tributos, mensalmente.

- previsão contratual de utilização da fatura retida para pagar os empregados da contratada.

2) Repressivas:

- Nos contratos de prestação de serviço - argumentação nas defesas para afastar a responsabilidade subsidiária, aplicando o §1º do artigo 71 da Lei 8.666 e não a Súmula 331 do C.TST, em razão do princípio da legalidade estrita, o que não tem sido aceito pela Justiça do Trabalho.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

- Nos contratos de obra – argumentação nas defesas da aplicação da OJ 191 do C.TST, que afasta a responsabilidade da dona da obra, caso esta não seja incorporada ou construtora.

- Utilização de créditos remanescente das empresas contatadas, inadimplentes, em forma de compensação (autorização contratual ou por escrito do responsável da empresa) para pagamento de acordos oferecidos na Justiça do Trabalho, quando as empresas são revéis, o que reduz o montante da execução e prestigia a Tomadora de Serviço perante o Judiciário.

- Inscrição do nome da empresa no cadastro de devedores, na própria tomadora de serviço e no CADIN, após 75 (setenta e cinco) dias inadimplente.

SUGESTÕES PARA FUTURAS SOLUÇÕES:

- Criação de regras próprias de licitação, conforme previsto na CRFB/88, no inciso III do §1º do artigo 173, o que inclusive já existe na Petrobras. Trabalho este que poderia ser desenvolvido em conjunto com as empresas interessadas integrantes da Fundação COGE e com as associadas;

- Treinamento para os gestores dos contratos para melhorar a fiscalização (controle preventivo). Possibilidade da Fundação COGE organizar curso ou congresso.

- Possibilidade de troca de dados entre as empresas que participam da Fundação COGE, no que se refere às empresas contratadas inadimplentes ou insolventes, com a criação de cadastro a ser administrado pela Fundação COGE para acesso comum das empresas.

- Mobilização no MP e no Judiciário, no que tange à legalidade da terceirização nas empresas, inclusive, estudando a possibilidade de ingressar com ADI questionando a Súmula 331 do C.TST (súmula legiferante) que contraria o artigo §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a exemplo do que fez o Conselho Diretor da Abradee que decidiu pela contratação do escritório do Dr. JOÃO PEDRO FERRAZ DOS PASSOS para atuar, na qualidade de *amicus curiae* no processo TST - RR 275/2005-801-10-00.3, em que figuram como partes a Companhia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins - CELTINS e o Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, como recorrente e recorrido, respectivamente, por seu avanço processual. A ação servirá de base para as Associadas que vêm, em todo o país, enfrentando problemas na contratação de terceirizados para funções consideradas atividade-fim da empresa.

**FUNDAÇÃO COGE
GT TERCEIRIZAÇÃO**

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA AFASTANDO A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DAS EMPRESAS PÚBLICAS TOMADORAS DE SERVIÇOS:

Acórdão-2ªT

RO 03239-2005-002-12-00-1

01801/2007

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

Não há fundamento legal ou jurisprudencial para a condenação subsidiária ou solidária de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que contrata a realização de uma obra na condição de dona e não é a tomadora dos serviços nos moldes da Súmula nº 331, IV, do TST, nem a empreiteira principal de que trata o art. 455 da CLT.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 1ª Vara do Trabalho de Blumenau, SC, sendo recorrente **CELESC DISTRIBUIÇÃO S/A** e recorrido **JOÃO DA SILVA NETO**.

Da sentença de fls. 70-78, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados na inicial, recorre a segunda ré.

Nas razões de recurso de fls. 81-87, insurge-se contra a condenação a responder de forma subsidiária pelo pagamento das verbas deferidas na sentença.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 132-140.

É o relatório.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

VOTO

Conheço do recurso e das contra-razões, por satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A Celesc Distribuição S/A, segunda ré, requer a reforma da sentença a fim de ser absolvida da condenação subsidiária imposta pelo Juízo de origem.

Merece acolhida a pretensão. A recorrente é uma sociedade de economia mista estadual cujo objeto social é a transformação, distribuição e comercialização de energia elétrica. Nessa condição e para cumprir o seu objetivo societário, contratou a primeira ré, mediante processo licitatório, para a prestação de serviços de manutenção, melhorias, troca de postes, cabos, entre outros, nas linhas de transmissão. Ela não é, portanto, tomadora de serviço, mas dona da obra, não havendo fundamento legal ou jurisprudencial para condená-la como co-devedora, pois não houve a caracterização das hipóteses previstas na Súmula nº 331, IV, do TST, nem no art. 455 da CLT.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO**. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO** para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária da Celesc Distribuição S/A.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 21 de agosto de 2007, sob a presidência da Ex^{ma}. Juíza Marta Maria Villalba Fabre (Relatora), os Exm^{os}. Juízes Geraldo José Balbinot e Maria Aparecida Caitano (Revisora). Presente a Ex^{ma}. Procuradora do Trabalho Cinara Graeff Terebinto.

Florianópolis, 28 de setembro de 2007.

MARTA MARIA VILLALBA FABRE

Relatora

PUBLICADO ACÓRDÃO NO DIÁRIO OFICIAL DE 11/10/2007

Ac.-2ªT-Nº 07581/2007

RO 07427-2005-035-12-00-0

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÓRGÃOS PÚBLICOS. Os órgãos da administração pública, quando contratam a prestação de serviços e preenchem os requisitos insertos no inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, não respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, por força do art. 71, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 5ª VARA DO TRABALHO DE FLORIANÓPOLIS, SC, sendo recorrentes **1. CENTRAIS ELÉTRICAS DE SANTA CATARINA S.A. - CELESC, 2. FELIPE PEREIRA, 3. PLANSUL PLANEJAMENTO E CONSULTORIA LTDA.** e recorridos **OS MESMOS**.

A 2ª ré interpõe recurso ordinário contra a sentença de fls. 280-287, complementada às fls. 304-307, em que foi julgado procedente em parte o pedido, pretendendo ser desonerada da responsabilização subsidiária pela condenação.

Em suas razões de fls. 309-323, a recorrente pede a sua exclusão da lide, sob o argumento de que o recorrido trabalhava para a 1ª ré, com quem mantinha vínculo, e esta foi contratada através de processo licitatório, cujo objeto é a prestação de serviços de atendimento comercial de emergências, na área de “call center”, via telefone 0800, que não tem relação com sua atividade-fim. Destaca que não dirigia a prestação de serviços do recorrido, que não o remunerava, tampouco lhe dava ordens ou fiscalizava seu trabalho. Aduz a inexistência de culpa seja na eleição ou na fiscalização e diz ainda ser inaplicável ao caso o Enunciado nº 331 do TST, ressaltando ser inconstitucional o inciso IV do referido enunciado. Invoca sua condição de integrante da administração pública indireta, não podendo ser responsabilizada pelos encargos trabalhistas requeridos pelo demandante, ora recorrido, na forma do Decreto-Lei nº 2.300/86 e § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Sucessivamente, na hipótese da manutenção da responsabilidade subsidiária, requer seja o mandado de citação, penhora e avaliação expedido somente contra a primeira ré, por ser a real empregadora do recorrido e devedora principal das obrigações trabalhistas decorrentes, bem como que somente após provada em sede de execução a incapacidade ou inidoneidade econômica do devedor principal, para arcar com o débito trabalhista, seja citada na condição de devedora subsidiária.

A 2ª ré comprova o depósito recursal à fl. 324, efetuado em 31.05.06, complementado em 03.08.2006 (fl. 325) em atendimento ao ATO nº 215 de 13.07.2006 do TST, que alterou o valor do depósito recursal a partir de 1º.08.2006. Comprovado o recolhimento das custas à fl. 326.

O autor, às fls. 329-332, apresenta recurso ordinário, pretendendo incluir na condenação a integração do valor pago “extrafolha”, com reflexos, ao argumento de que a prova testemunhal confirma a existência de valor pago à margem da folha no valor médio de R\$ 240,00.

A 1ª ré também interpõe recurso ordinário, pretendendo eximir-se da condenação ao pagamento das diferenças salariais, sob o argumento de que o autor exerceu as funções, de “atendente de

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

telemarketing” que também pode ser denominada de “operador de telemarketing”. Assevera ser, sob sua ótica, equivocado o entendimento de que o atendimento telefônico sem o uso de computador não se caracteriza como “atendente de telemarketing”, e sim mero telefonista, pois a própria atividade de “telemarketing” exige o uso da mídia, do computador, porém como usuário, e não como “operador”, requer em decorrência a exclusão das multas convencionais deferidas e dos honorários assistenciais.

Há comprovação do depósito recursal à fl. 356 e do recolhimento das custas à fl. 357.

Há oferecimento de razões de contrariedade pelo autor (fls. 335-341 e 359-362) e pela 1ª ré (fls. 342-346). Não há contra-razões da 2ª ré.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos recursos voluntários, porque atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, exceção feita à matéria versada no recurso da 2ª ré concernente à “subsidiariedade em sede de execução”, por ausência de lesividade. Conheço das contra-razões.

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA (ARGÜIDA PELA 2ª RÉ)

A 2ª ré requer a sua exclusão da lide, sob o argumento de que inexistiu vínculo de emprego com o autor e de que o objeto do contrato firmado com a sua real empregadora é atividade-meio, o que impede a responsabilização subsidiária de que trata a Súmula nº 331 do TST.

A condenação da 2ª ré (CELESC) decorre da declaração de responsabilidade subsidiária pelos direitos oriundos da relação mantida com a 1ª ré (PLANSUL), matéria de mérito, cuja análise a ele remeto.

Rejeito a preliminar.

M É R I T O

1 - RECURSO DA 1ª RÉ

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

DIFERENÇAS SALARIAIS. MULTAS CONVENCIONAIS. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

O recorrido foi admitido no cargo de “ATEND. TELEMARK.” (ficha de registro - fl. 15) e exerceu durante toda a contratualidade a mesma função, recebendo¹⁶ o piso salarial¹⁷ dos “Controladores, Digitadores, Atendentes de ‘telemarketing’ e telefonistas” previsto na cláusula 02, alínea “e”, das CCTs 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004 e 2004/2005 – fls. 44, 50, 57 e 64.

O MM. Juiz de primeiro grau concluiu que o autor exerceu a função de “Operador de telemarketing” e que o piso devido a ele seria o previsto para os “Supervisores, **operadores**, preparadores e técnicos em eletrônica, manutenção e contabilidade” na cláusula 02, alínea “c”, das CCTs 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004 e 2004/2005 – fls. 44, 50, 57 e 64, porque em face da prova oral que produziu restou comprovado que ele atendia aos clientes da 2ª ré por meio de telefone e utilizava o computador como ferramenta de trabalho, atividades que não se enquadram na função de telefonista ou mero atendente.

Os instrumentos coletivos juntados aos autos não contêm a descrição das atribuições das funções neles mencionadas, devendo, portanto, ser utilizados como parâmetro para identificar a função desempenhada a descrição constante na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, mais especificamente no código 4323-15¹⁸, o qual se refere ao “Operador de telemarketing receptivo” e ao “atendente de telemarketing” como expressões sinônimas cujas atribuições são as de atender usuários, oferecer serviços e produtos, prestar serviços técnicos especializados, fazer serviços de cobrança e cadastramento, via teleatendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes.

Além do recorrido não ter comprovado que exercia atividades dos ocupantes das funções de “supervisor, operador, preparador e técnico em eletrônica, manutenção e contabilidade”, a prova por ele produzida indigita que ele exercia exatamente as tarefas típicas do “atendente de telemarketing” ou “operador de telemarketing receptivo” descritas no CBO de 2002, função enquadrada na cláusula 02, alínea “e” dos instrumentos coletivos juntados aos autos, que por merecerem interpretação

¹⁶ Recibos de pagamento de fls. 18-21 consta o CBO nº 38020 (telefonista – segundo a CBO de 1994) e nos de fls. 22-31 consta o cód. CBO nº 4223-15 (operador de telemarketing receptivo – segundo CBO de 2002)

¹⁷ CCT 2003/2204 -fl. 57, recibo de pagamento de fl. 216 – valor do piso R\$ 398,00

¹⁸ 4223-15 - **Operador de telemarketing receptivo** - Atendente central telemarketing, Atendente de informações (telemarketing), **Atendente de telemarketing**, Operador de atendimento receptivo (telemarketing), Teleoperador receptivo (telemarketing).

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

restritiva não comportam o posicionamento adotado pelo MM. Juiz de 1º Grau.

Portanto, reputo indevidas as diferenças salariais deferidas em primeiro grau em decorrência do enquadramento do autor na função de operador prevista na cláusula 02, alínea “c” dos instrumentos coletivos trazidos à colação (fls. 44, 50,57 e 64), bem como reflexos, multas convencionais e honorários assistenciais consecutórios, restando improcedente a ação.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação as diferenças salariais deferidas, reflexos, multas convencionais e honorários assistenciais consecutórios, julgando improcedente a ação e revertendo as custas de R\$ 270,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 13.500,00, ao autor, das quais é dispensado, em face dos benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos à fl. 185.

2 - RECURSO DA 2ª RÉ

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTIDADE PÚBLICA (ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93). ENUNCIADO Nº 331 DO TST

A recorrente pretende a exclusão de sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento das parcelas pecuniárias deferidas na sentença.

Só pelo provimento dado ao recurso da primeira recorrente do qual resultou a inexistência de condenação a matéria já estaria solucionada. No entanto, por qualquer ângulo que se observe não remanesce a responsabilidade subsidiária da recorrente, já que não há controvérsia a respeito do fato de que o autor foi contratado pela primeira ré para trabalhar na função de “atendente de telemarketing” (CTPS, fl. 17), que, por sua vez, firmou contrato com a recorrente (segunda ré – fls. 110-121 e 125-137), mediante Processo de Licitação (Concorrência nº 082/2002) para a prestação de serviços de “telemarketing’ para o atendimento de emergência e do transbordo do atendimento comercial do ‘call center’ da CELESC nas dependências da contratada”, hipótese não albergada no Enunciado nº 331 do TST.

Ademais, o inc. IV do Enunciado nº 331 do TST tutela a intermediação de mão-de-obra pressupostamente válida, ou seja, dentro das hipóteses permitidas pela legislação, como o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), de vigilância (Lei nº 7.102/83) e de asseio e conservação.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Desse modo, também por terem sido preenchidos os requisitos previstos no art. 37, XXI, da Constituição da República, já que não há controvérsia sobre o tema e por aplicação do que dispõe o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não reconheço a responsabilidade subsidiária da 2ª ré.

Dou provimento ao recurso para excluir a responsabilidade subsidiária da 2ª ré.

3 - RECURSO DO AUTOR

INTEGRAÇÃO DO PAGAMENTO EXTRA-FOLHA

Não há nos autos prova de pagamento “por fora”. Os depoimentos das testemunhas são insuficientes para desconstituir a prova documental apresentada pela defesa, e o recorrente não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Nego provimento ao recurso.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS**, exceção feita à matéria versada no recurso da 2ª ré concernente à “subsidiariedade em sede de execução”, por ausência de lesividade; por igual votação, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, da 2ª ré - CELESC. No mérito, por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA 1ª RÉ** para excluir da condenação o pagamento das diferenças salariais e reflexos, as multas convencionais e os honorários assistenciais, julgando improcedente a ação. Por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR**. Por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA 2ª RÉ** para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária. Custas no valor de R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), pelo autor dispensadas, em face dos benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos à fl. 185.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 06 de março de 2007, sob a presidência da Ex.^{ma} Juíza Marta Maria Villalba Fabre (Relatora), os Ex.^{mos} Juízes Ione Ramos (Revisora) e Geraldo José Balbinot. Presente a Ex.^{ma} Procuradora do Trabalho Quézia Araújo Duarte de Aguiar.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Florianópolis, 23 de maio de 2007.

MARTA MARIA VILLALBA FABRE
Relatora

PROC. Nº TRT - RO 00794-2003-002-06-00-2

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

JUIZ REDATOR : VALDIR JOSÉ SILVA DE CARVALHO

JUÍZA RELATORA : ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

**RECORRENTE : ESTADO DE PERNAMBUCO (HOSPITAL DA
POLÍCIAMILITAR DE PERNAMBUCO)**

**RECORRIDOS : JULIANE CLÍMACO FERREIRA DA SILVA e
REALIZA TERCEIRIZAÇÃO LTDA.**

**ADVOGADOS : ROMERO CÂMARA CAVALCANTI e FLÁVIO
JOSÉ DA SILVA**

REMESSA ex officio : 2ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE/PE

**EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA. INOCORRENTE.**

“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 o registro de imóveis (artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93)”. Recurso Ordinário provido.

Vistos.

Cuida-se de remessa necessária da MM. 2ª Vara do Trabalho do Recife e de recurso voluntário do Estado de Pernambuco (Hospital da Polícia Militar de Pernambuco).

Peço vênha à Ex^{ma} Sr^a. Juíza Relatora para adotar o relatório de sua lavra aprovado em mesa:

“Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Recurso Ordinário nº 00794-2003-002-06-00-2, em que é recorrente o ESTADO DE PERNAMBUCO e são recorridas JULIANE CLÍMACO FERREIRA DA SILVA e REALIZA TERCEIRIZAÇÃO LTDA.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

A 2ª Vara do Trabalho do Recife, mediante a sentença de fls. 133-137, julgou parcialmente procedente a postulação contida na Reclamação Trabalhista.

Em suas razões recursais de fls. 141-160, o Reclamado, ESTADO DE PERNAMBUCO (Hospital da Polícia Militar de Pernambuco), reitera a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*. Alega que celebrou contrato de prestação de serviços com a empresa Realiza Terceirização Ltda., consoante as regras estabelecidas pela Lei nº 8.666/93. Por conseqüência, entende não existir culpa *in eligendo* ou *in vigilando* de sua parte, sob pena de violação ao princípio basilar de direito administrativo, alusivo à legitimidade dos atos da Administração Pública. Acrescenta que a tese da culpa *in vigilando* contraria as premissas lógicas da terceirização, visto que, se a finalidade do instituto é a redução de custos e o enxugamento da máquina administrativa, a exigência de fiscalização constante importa em contrariedade às próprias razões que levaram à adoção dos serviços terceirizados. Sustenta não haver prova nos autos de que a Reclamante efetivamente prestava serviços ao Estado de Pernambuco, como empregada da Realiza Terceirizações Ltda. Afirma incidir à hipótese o inciso II do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que exclui os entes públicos do tratamento dispensado aos demais tomadores de serviços. Assevera a impossibilidade de aplicação à hipótese do inciso IV do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em face de sua manifesta inconstitucionalidade e contrariedade ao inciso IV da mesma súmula. Aduz que o artigo 37, II, da Constituição da República, veda expressamente qualquer responsabilidade da Administração Pública. Pede, por isso, provimento ao recurso para que seja excluída da condenação a sua responsabilidade subsidiária. Cita jurisprudência. Pede provimento do apelo, a fim de se ver excluído da relação processual.

Contra-razões pela Reclamante à fl.0 162-163. A Reclamada REALIZA TERCEIRIZAÇÃO LTDA não ofereceu contrariedade ao apelo.

A Procuradoria Regional do Trabalho, por intermédio do Dr. José Janguê Bezerra Diniz, em seu parecer de fl. 168-170, opinou pelo não conhecimento da remessa necessária e pelo não-provimento do Recurso.

É o relatório.”

VOTO:

Preliminarmente

DO NÃO CABIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

No tocante à preliminar de não cabimento da remessa necessária suscitada pela MM. Juíza Relatora, predominou, em sessão de julgamento, o entendimento deste Revisor, no sentido de não acolhê-la, tendo em vista ser inaplicável, ao presente caso, a regra contida no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, uma vez que a decisão recorrida foi ilícida, quando o prefalado dispositivo reporta-se a valor certo, entendendo-se este como líquido.

Ademais, a condenação foi imposta à reclamada Realiza Terceirização Ltda., empresa privada, não se aplicando, destarte, o sobredito comando legal, que se destina, exclusivamente, ao ente público, cuja responsabilidade, *in casu*, é apenas subsidiária.

Mérito:

Em face da maior abrangência da remessa necessária, passo a apreciá-la conjuntamente com o recurso voluntário interposto pelo Estado de Pernambuco (Hospital da Polícia Militar de Pernambuco).

Em que pese o Juízo *a quo* ter decidido pelo reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Estado de Pernambuco (Hospital da Polícia Militar de Pernambuco), com relação às obrigações trabalhistas resultantes de vínculo empregatício entre a reclamante e a Realiza Terceirização Ltda., deste divirjo.

Tem razão o recorrente na sua pretensão de ser excluído da lide, eis que a hipótese de contratação de mão-de-obra terceirizada por ente público não gera vínculo de emprego com a tomadora, pelo que se depreende da regra inserta no artigo 37 da Constituição Federal, que proíbe os órgãos públicos de contratar pessoal sem concurso, e nem implica responsabilidade subsidiária, consoante o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *verbis*:

“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 o registro de imóveis.”

Com efeito, a legislação retromencionada foi sábia em excluir esses entes da responsabilidade pelos contratos, posto que se permitisse que o tomador, nesses casos, assumisse as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, certamente, abrir-se-ia uma porta ao empreguismo no serviço público, eis que não podendo contratar diretamente, os políticos fariam suas nomeações através desse expediente.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Como acima demonstrado, o item IV do Enunciado nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, invocado pelo MM. Juízo de 1º grau para declarar a responsabilidade subsidiária do Estado de Pernambuco (Hospital da Polícia Militar de Pernambuco), contraria frontalmente a Lei, devendo ser esta prevalente sobre o entendimento jurisprudencial consubstanciado no aludido Enunciado.

Neste sentido, aliás, é o lúcido voto do Ex^{mo}. Juiz Josias Figueirêdo de Souza, no Processo Nº TRT REO 00024/01, a quem peço vênua para transcrever e adotar os seus fundamentos como razões de decidir, *in verbis*:

“Ao que me parece, o aludido Enunciado não logrou sanar as controvérsias existentes sobre a matéria. Isso porque sua função é a de cristalizar a Jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho acerca de uma determinada questão, mas não suprir a falta de uma norma dentro do ordenamento jurídico, razão por que não produz o efeito vinculativo que normalmente é empregado por alguns tribunais, dispensando-se, inclusive, a discussão sobre a respectiva matéria sumulada. Com maior evidência, relativamente aos entes públicos da administração direta ou indireta, a mencionada orientação não pode prevalecer. Eis que vigentes os termos da Lei nº 8.666/93, os quais dispõem, em seu artigo 71, *ipsis verbis*: “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato de trabalho. Parágrafo 1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.” (redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95).

Não é admissível que se empreste aos Enunciados uma força de efetividade maior do que a da própria lei, nomeadamente se a dicção da norma converge de modo claro com os princípios constitucionais pertinentes à matéria. A questão, pois, não reside somente na hierarquia formal entre as fontes do direito, mas principalmente em relação ao aspecto substancial dessas fontes e a sua relação direta com as balizas constitucionais. E, nesse cotejo, entendo que as disposições legais acima referidas constituem perfeita identificação com a Lei Maior.”

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Regional: Na mesma linha, as seguintes jurisprudências deste Sexto

“A pretensão de se responsabilizar a administração pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços encontra óbice intransponível no artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Recurso ordinário a que se dá provimento, para declarar excluído da relação processual o Estado de Pernambuco.” Proc. TRT-00036-2003-391-06-00-8. 2ª Turma. Juiz Relator Dr. Ivanildo da Cunha Andrade. Publicado no DOE de 24.10.03

“ENTE PÚBLICO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato. A inadimplência do contratado em relação aos mencionados encargos não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato. Agravo improvido.” Proc. TRT- 02666-2003-906-06-00-2. 1ª TURMA. Juiz Relator Dr. Ivan de Souza Valença Alves. Publicado no DOE de 18.12.03.

Logo, merece reforma a sentença *revisanda*, no particular, para excluir da relação processual o Estado de Pernambuco (Hospital da Polícia Militar).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento da Remessa Necessária, suscitada pela Ex^{ma}. Sra. Juíza Relatora. No mérito, dou provimento à mesma e ao recurso voluntário, para excluir o Estado de Pernambuco da relação processual, permanecendo a condenação em relação à Realiza Terceirização Ltda.

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por maioria, rejeitar a preliminar de não conhecimento da Remessa Necessária, suscitada pela Ex^{ma}. Sr^a. Juíza Relatora. MÉRITO: por maioria, dar provimento à mesma e ao recurso voluntário, para excluir o Estado de Pernambuco da relação processual, permanecendo a condenação em relação à Realiza Terceirização Ltda., contra o voto da Ex^{ma}. Sr^a. Juíza Relatora (que negava provimento ao Recurso Voluntário).

Recife-PE, 11 de janeiro de 2005.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Valdir José Silva de Carvalho
Juiz Redator

Ementa: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. "O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas [...] resultantes da execução do contrato" (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/93).

Acórdão 1826/2007 - Juiz Marcos Vinicio Zanchetta - Publicado no TRTSC/DOE em 08-03-2007, página: .

Ac.-1ªT-Nº 01826/2007

RO 00150-2006-045-12-00-2

8486/2006

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

"O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas [...] resultantes da execução do contrato" (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/93).

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Balneário Camboriú, SC, sendo recorrente **MUNICÍPIO DE TIJUCAS** e recorridas **1.ANA LÚCIA SILVA** e **2.TECKLIMP - ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS S/C LTDA.**

Adoto, na forma regimental, o relatório do Ex^{mo.} Juiz Relator:

“Da sentença das fls. 177-181, complementada às fls. 185-186, que, além de ter julgado procedente em parte a demanda, lhe aplicou a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC (embargos de declaração de cunho protelatório), recorre a este Tribunal o Município de Tijucas.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Nas razões recursais das fls. 191-201, que repisam as da sua contestação, o ente de direito público objetiva eximir-se da obrigação de satisfazer, em face da responsabilidade subsidiária que lhe foi impingida, os créditos trabalhistas inadimplidos pela efetiva empregadora da reclamante e que se encontram deferidos no título judicial censurado.

Afirma, em síntese, que a decisão afrontou o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, bem como não se ateu ao fato de o recorrente, ao contratar a 1ª demandada (TECKLIMP Administração de Serviços S/C Ltda.), o fez na condição de dono da obra, para realização de obra certa e com plena observância das regras inerentes ao procedimento licitatório.

Requer, outrossim, eximir-se da obrigação de pagar diferenças salariais; 04 dias de saldo de salário; indenização de 30 dias de aviso prévio não concedido; 5/12 de férias, acrescidas do terço constitucional; 05/12 de gratificação natalina; FGTS e respectiva indenização compensatória de 40%; multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT e a multa correspondente 1% do valor da causa, esta última em função de terem sido considerados protelatórios os seus embargos de declaração.

Postula, finalmente, a reforma do julgado que reconheceu à autora os benefícios da Justiça gratuita.

Não há contra-razões.

A ilustre representante da Procuradoria Regional do Trabalho manifesta-se nos autos às fls. 210-211, pelo não-conhecimento da remessa de ofício e conhecimento do recurso voluntário. Opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo seu parcial provimento, no sentido de afastar da responsabilidade subsidiária a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

É o relatório.”

VOTO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Juízo sentenciante condenou subsidiariamente o Ente Público, na qualidade de tomador dos serviços, por débitos trabalhistas decorrentes da relação de emprego entre o autor e a TECKLIMP – Administração de Serviços S/C Ltda.

Pretende o Ente Público, em suas razões recursais, afastar a responsabilidade subsidiária a ele atribuída, aduzindo, basicamente, que está protegido pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas).

Pois bem.

Por meio da Resolução nº 96/2000, o Colendo TST achou por bem alterar o item IV da Súmula nº 331 a fim de estender os seus efeitos aos órgãos públicos.

Ouso discordar do entendimento precitado, uma vez que *CONTRA LEGEM, data venia*, e o faço pelas razões abaixo declinadas.

Reza a legislação federal que vem regulando as licitações nas entidades da Administração Direta e Indireta:

Art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.93:

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas [...] resultantes da execução do contrato.

E seu § 1º assim dispõe, *verbis*:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, 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.

Ora, diante do texto expresso da Lei, qualquer decisão no sentido de condenar QUER SOLIDÁRIA, QUER SUBSIDIARIAMENTE a Administração Pública **SERÁ, INEXORAVELMENTE, CONTRA LEGEM**, como bem adverte o administrativista Toshio Mukai em sua obra "Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos" (Saraiva, 2ª edição, 1990, p 117).

Vale ressaltar, também, que mesmo que o Administrador quisesse quitar os débitos da prestadora de serviços tal procedimento estaria, desde logo, afrontando o princípio da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*), uma vez que a Administração somente deve fazer o que a lei determina e jamais fazer o que ela veda. Eis o magistério do insigne jurista Cretella Júnior (*in* "Comentários à Constituição", vol. IV, Forense Universitária, 1ª ed, 1991, p 2142):

Nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes pode tomar decisões que contrariem normas válidas do sistema jurídico em que se encontram. Mesmo a mais alta das

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

autoridades deve “suportar a lei que editou”, até que esta seja derogada por outra mais recente.

De qualquer sorte, há que se ponderar que a idoneidade financeira é pré-requisito para a participação na licitação (C.F./88, art. 195, § 3º; arts. 27 a 29 da Lei nº 8.666/93). Assim, presume-se que com a contratação através do processo licitatório a referida idoneidade já ficara cabalmente demonstrada, diante da documentação exigida durante aquele processo.

Quanto ao argumento no sentido de que não se pode dar tratamento diferenciado às entidades estatais, deve-se ponderar que a legislação federal citada não ofende o princípio constitucional da igualdade, na medida que, em se tratando de contratação de serviços de terceiros, as entidades da Administração Pública Direta e Indireta sofrem limitações constitucionais (art. 37, inc. XXI) que não atingem as empresas da iniciativa privada. Com efeito, aquelas estão legalmente compelidas a efetuar licitação quando necessitam contratar tais serviços (sujeitando-se às rígidas regras impostas pela Lei das Licitações e, por isso, não podendo preterir o ganhador da concorrência e, até mesmo, não podendo denunciar o contrato fora das hipóteses previstas na precitada legislação específica), enquanto que a atividade privada pode eleger, livremente, quem será o prestador de serviços e, ainda, não encontra tantos empecilhos legais na hipótese de desejar desvincular-se da empresa contratada.

Um outro argumento que deve ser rebatido é o consistente em que a legislação ordinária já invocada ofenderia a Norma Constitucional insculpida no art. 37, § 6º. Ocorre, porém, que o Texto Maior pressupõe que o "ato" do seu "agente" tenha sido "ilegal" (*vide* Pinto Ferreira, "Comentários à Constituição Brasileira", Saraiva, 2º vol, p 404). Ora, se a Administração Pública, através de seu servidor, contrata a empresa

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

prestadora de serviços obedecendo às normas inseridas da Lei das Licitações, certamente não está praticando ato ilegal. Caberia, então, proceder-se a uma alteração na legislação ordinária para que passasse a ser uma exigência legal a verificação periódica, pela Entidade contratante, do cumprimento regular das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada (alteração legal essa que ainda não ocorreu...). Logo, não há afronta ao citado Texto Constitucional.

Em assim sendo, entendo que não pode haver imposição de responsabilidade ao Ente Público, sob pena de violação direta a texto legal em pleno vigor, o qual, enquanto não afastado incidentalmente pelo rito previsto no art. 480 e seguintes do CPC (incidente que, desde logo, opino não seja suscitado), deve ser acatado pelos Órgãos Judicantes da Nação, como sói ocorrer nos países em que prevalece o Estado de Direito e onde prevalece o princípio da reserva legal (art. 5º, inciso II, da Carta Magna).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do Município para isentá-lo de qualquer responsabilidade pelos débitos trabalhistas devidos pela real empregadora.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO**. No mérito, por maioria de votos, vencido o Ex.^{mo} Juiz Relator, **DAR-LHE PROVIMENTO** para isentar o ente público de qualquer responsabilidade pelos débitos trabalhistas devidos pela real empregadora. Manter o valor arbitrado à condenação.

Custas na forma da lei.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 05 de dezembro de 2006, sob a Presidência do Ex.^{mo} Juiz Marcos Vinicio Zanchetta, os Ex.^{mos} Juízes Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira e Maria Aparecida Caitano. Presente a Ex.^{ma} Dr.^a Teresa Cristina Dunka Rodrigues dos Santos, Procuradora do Trabalho.

Florianópolis, 19 de janeiro de 2007.

MARCOS VINICIO ZANCHETTA

Redator Designado

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Ementa: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A administração pública fica desonerada de qualquer responsabilidade por encargos e dívidas pessoais afetos à empresa contratante, por força do que dispõe o art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Acórdão 610/2007 - Juíza Maria Aparecida Caitano - Publicado no TRTSC/DOE em 08-02-2007, página: .

Ac.-1ªT-Nº 00610/2007

RO 02810-2005-039-12-00-7

9219/2006

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA.
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA.** A administração pública fica desonerada de qualquer responsabilidade por encargos e dívidas pessoais afetos à empresa contratante, por força do que dispõe o art. 71 da Lei nº 8.666/93.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 3ª Vara do Trabalho de Blumenau, SC, sendo recorrente **MUNICÍPIO DE BLUMENAU** e recorrido **RENALDO RITZKE**.

Adoto o relatório da Ex^{ma}. Juíza Lourdes Dreyer, Relatora sorteada na forma regimental, *in verbis*:

Inconformado com a sentença que acolheu parcialmente o pedido, recorre o Município de Blumenau a esta Corte.

O recorrente pretende eximir-se da responsabilidade subsidiária que lhe foi imputada em conjunto com a Companhia de

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Urbanização de Blumenau (URB), segunda reclamada, pelos créditos devidos pela prestadora de serviços, primeira reclamada e empregadora do recorrido, LBZ Serviços Ltda. Argumenta que o recorrido não comprovou ter laborado para o Município. Salienta que o dono da obra não pode ser responsabilizado pelos débitos trabalhistas das empresas por ele contratadas, não se aplicando ao caso a disposição contida do item IV da Súmula nº 331 do TST. Pugna pela adoção da hipótese prevista na Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-I do TST.

O recorrido apresenta contra-razões, defendendo a manutenção do julgado.

O Ministério Público do Trabalho manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja excluída a responsabilidade subsidiária do Município.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

Censura o recorrente o reconhecimento judicial da sua responsabilidade subsidiária. Sustenta que nos autos não há prova de que tenha se beneficiado dos serviços do recorrido e muito menos de forma exclusiva.

Baseou-se a decisão profligada na assertiva de que existem inúmeros processos similares, presumindo-se a prestação de

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

serviços pelo autor ao recorrente. Busca então o recorrente a reforma da sentença que acolheu a tese da responsabilidade subsidiária.

Assiste-lhe razão.

Na hipótese em exame, é impossível a manutenção dos termos alinhados na sentença. O município encontra-se sujeito à observância das atuais normas constitucionais, donde a questão merece também análise sob esse prisma, à luz das disposições expressas do Direito Administrativo.

Assim, impõe-se volver a atenção para a Lei n.º 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Dispõe o art. 71 do referido Diploma Legal:

Art.71 - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Desprovidos de qualquer vício nulificador, os encargos relativos à mão-de-obra terceirizada permanecem integralmente sob a responsabilidade da empresa contratada, ficando assim desonerada a

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

administração pública de qualquer responsabilidade, ainda que subsidiária, pois não se trata da hipótese sedimentada no Enunciado n.º 331 do TST.

Assim sendo, dou provimento ao recurso para afastar a responsabilidade subsidiária atribuída ao Município de Blumenau. Mantenho o valor arbitrado à condenação.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO**. No mérito, por maioria de votos, vencida a Ex.^{ma} Juíza Relatora, **DAR-LHE PROVIMENTO** para afastar a responsabilidade subsidiária do Município de Blumenau, com base no que dispõe a Lei n.º 8.666/93. Manter o valor arbitrado à condenação.

Custas dispensadas.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 07 de novembro de 2006, sob a presidência do Ex.^{mo} Juiz Marcos Vinicio Zanchetta, as Ex.^{mas} Juízas Lourdes Dreyer (Relatora) e Maria Aparecida Caitano (Revisora). Presente a Ex.^{ma} Dr.^a Cristiane Kraemer Gehlen Caravieri, Procuradora do Trabalho.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2006.

MARIA APARECIDA CAITANO

Redatora designada

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MUNICÍPIO. REALIZAÇÃO DE CERTAME PÚBLICO. A realização de prévia licitação é elemento bastante para eximir o ente público da responsabilidade subsidiária na contratação de serviços terceirizados, mormente porque nesse procedimento não cabe a possibilidade de eleição, mas simplesmente a consagração do vencedor. Não havendo prova de irregularidade no ato, presumem-se a certeza de diligência e a observância dos requisitos legais na apuração da idoneidade da empresa contratada, o que afasta, definitivamente, a possibilidade de declaração da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando* e, via de consequência, a responsabilização subsidiária do contratante. Acórdão 626/2007 - Juiz Geraldo José Balbinot - Publicado no TRTSC/DOE em 08-02-2007, página:

Ac.-2ªT-Nº 00626/2007

RO 03678-2005-040-12-00-0

8977/2006

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MUNICÍPIO. REALIZAÇÃO DE CERTAME PÚBLICO. A realização de prévia licitação é elemento bastante para eximir o ente público da responsabilidade subsidiária na contratação de serviços terceirizados, mormente porque nesse procedimento não cabe a possibilidade de eleição, mas simplesmente a consagração do vencedor. Não havendo prova de irregularidade no ato, presumem-se a certeza de diligência e a observância dos requisitos legais na apuração da idoneidade da empresa contratada, o que afasta, definitivamente, a possibilidade de declaração da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando* e, via de

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

consequência, a responsabilização subsidiária do contratante.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 1ª VARA DO TRABALHO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ, SC, sendo recorrente **MUNICÍPIO DE ITAPEMA** e recorrido **ALDO JOSÉ MARTINS**.

Irresignado com a decisão *a quo*, da lavra da Ex^{ma}. Juíza Rosilaine Barbosa, que acolheu em parte os pedidos declinados na peça vestibular, recorre a esta Corte o Município de Itapema.

Argúi sua ilegitimidade passiva para constar no pólo passivo da presente demanda e pretende ver-se absolvido da responsabilidade subsidiária a qual restou condenado.

Apesar de devidamente intimado, o autor deixou transcorrer *in albis* o prazo para contra-arrazoar o recurso ordinário interposto pelo segundo demandado (fls. 07 e 100).

A douta representante do Ministério Público do Trabalho opina pelo conhecimento do recurso, pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso para que as multas sejam excluídas da responsabilidade subsidiária.

É o relatório.

VOTO

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Conheço do recurso ordinário do Município de Itapema, uma vez satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade: tempestividade (fl. 77), representação processual (fl. 96-96v) e lesividade (fls. 73-75). Preparo dispensado, conforme o disposto no art. 1º do Decreto n.º 779/69 e no art. 790-A da CLT.

PRELIMINAR

Ilegitimidade passiva

Argúi o Município de Itapema em suas razões recursais a sua ilegitimidade para constar no pólo passivo da presente demanda. Sustenta não se enquadrar no previsto no art. 2º da CLT e ter firmado com a primeira ré (Construtora Albino e Albino Ltda.) contrato de prestação de serviços mediante prévio certame licitatório, fato que entende eximi-lo do pagamento de qualquer verba trabalhista.

Razão não lhe assiste.

Na qualidade incontroversa de beneficiário dos serviços prestados pelo autor, o recorrente é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, sendo titular da relação jurídica deduzida nestes autos.

Registro que o obreiro não postula o reconhecimento do vínculo empregatício com o ente público, mas, tão-somente, sua responsabilização, de forma subsidiária, pelos haveres trabalhistas inadimplidos pela ex-empregadora, matéria concernente ao mérito, a ser examinada no tópico seguinte.

Rejeito a preliminar.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

MÉRITO

Responsabilidade subsidiária

Ante acta, apesar de a douta representante do Ministério Público do Trabalho opinar pelo provimento parcial do recurso, no sentido de excluir da responsabilidade subsidiária do ente público as multas ao qual restou condenado, registro que o Magistrado sentenciante, na parte dispositiva do julgado revisando (item 4 - fl. 74), já excetuou dessa responsabilização as multas dos arts. 467 e 477 da CLT.

Superado esse aspecto, passo à análise das razões recursais do ente municipal quanto à matéria em epígrafe.

Alega o Município de Itapema não ter mantido relação trabalhista com os empregados da empresa contratada (primeira ré – Construtora Albino). Aduz, em síntese, ter mantido com ela contrato de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitário, regido por normas de direito administrativo e civil, inexistindo, assim, possibilidade de sua responsabilização pelos créditos inadimplidos pela ex-empregadora do autor, notadamente em face do prescrito no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

O Juízo de origem, todavia, com base no prescrito na Súmula nº 331, IV, do TST, acolheu o pleito exordial de responsabilização subsidiária do ente público, excetuando apenas as multas dos arts. 467 e 477 da CLT.

Merece reforma o julgado revisando.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

In casu, entendo restar inaplicável o entendimento consubstanciado na Súmula nº 331, IV, do TST, porquanto do exame do documento das fls. 44-59 exsurge que a contratação da empresa prestadora dos serviços (Construtora Albino e Albino Ltda.) pelo Município de Itapema ocorreu mediante procedimento licitatório, segundo o manequim da Lei nº 8.666/93 (contrato nº 168/2003, decorrente do processo licitatório nº 125/2003 – vinculado à tomada de preços 16/2003). Destaco que o referido contrato teve por objeto a administração, operação e manutenção do sistema de abastecimento de água do Município contratante e perdurou por toda a contratualidade do autor (1º-9-2003 a 30-6-2004 – período reconhecido em sentença).

Ilustro esta ilação colacionando o julgado desta E. Corte:

RESPONSABILIDADE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. A administração pública, direta ou indireta, não pode ser responsabilizada, nos contratos de terceirização de serviços, pela inadimplência do prestador de serviços para com seus empregados, diante do que dispõe o art. 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, sendo inaplicável ao caso o Enunciado nº 331, IV, do c. TST. (Acórdão 4722/1997 - Juiz Telmo Joaquim Nunes - Publicado no DJ/SC em 20-05-1997)

Cabe destacar a inexistência de qualquer alegação da parte *ex adversa* quanto à ocorrência de irregularidades na licitação pública supramencionada ou no contrato de prestação de serviços dela decorrente.

A submissão da prestadora contratada ao devido certame público é pressuposto *juris tantum* de legitimidade dessa contratação, em observância ao princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos, inclusive no que pertine à verificação da idoneidade da empresa contratada, porque esse procedimento legal possui critérios

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

objetivos concretos para a aferição da regularidade da empresa e da sua capacidade econômico-financeira.

Assim, a contratação da prestadora em obediência aos ditames legais afasta, de *per si*, a possibilidade de aplicação do posicionamento jurisprudencial consagrado na Súmula nº 331, IV, do TST, na estrita observância do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que o regular certame licitatório é elemento bastante para eximir o ente da administração pública direta da responsabilidade subsidiária na contratação de serviços tercerizados, em decorrência da certeza de diligência e observância dos requisitos legais na apuração da idoneidade da empresa contratada, desta forma afastando a *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*.

Não incide o órgão público em *culpa in eligendo*, pois, a partir do momento em que o ente público contrata serviços em obediência ao procedimento licitatório insculpido na Lei nº 8.666/93, diversamente do que ocorre com as empresas privadas, que têm possibilidade de contratar e descontratar livremente, não compete à instituição licitante a escolha de um dos concorrentes, mas simplesmente a consagração do vencedor.

Tampouco se pode falar em *culpa in vigilando*, já que o dever de fiscalização previsto no art. 67 da Lei das Licitações cinge-se ao controle da regular execução dos serviços contratados, escapando da alçada do ente contratante a averiguação do cumprimento de todos os encargos trabalhistas da prestadora, sendo descabida a ilação de que sua inadimplência seja capaz de transferir esse ônus ao Município, principalmente quando, diante da condição associativa do vínculo do autor com a primeira ré, tais obrigações, em tese, inexistiam.

Afastada a responsabilidade subjetiva, também não há falar em responsabilidade objetiva, pela aplicação do art. 37, §6º, da

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Constituição Federal, porquanto para configurá-la necessário seria haver nexos de causalidade entre o dano sofrido pelo postulante e o ato praticado pelos agentes públicos.

Neste caso, o dano decorre diretamente da inadimplência da empregadora, e não da administração pública, a qual contratou a prestação de serviços mediante a observância do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88).

Em arremate, em atenção aos princípios que regem a Administração Pública, repito que as obrigações contratuais assumidas pela Administração Pública não podem extrapolar os limites estabelecidos nas normas cogentes, e o art. 71 da Lei nº 8.666/93 explicita que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, advindos da execução dos serviços licitados, são inteiramente da empresa contratada nos moldes desse Diploma Legal.

Entendo que se aplica ao caso vertente, pois, a excludente da responsabilidade subsidiária do Município, conforme a previsão do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não havendo falar em responsabilização subsidiária do ente público municipal.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, no particular, para absolver o Município de Itapema da responsabilidade subsidiária.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO**

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

RECURSO; por igual votação, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, por unanimidade de votos, **DAR-LHE PROVIMENTO** para absolver o Município de Itapema da responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas deferidos ao autor. Manter o valor da condenação.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 07 de novembro de 2006, sob a presidência da Ex^{ma}. Juíza Marta Maria Villalba Fabre, os Ex^{mos}. Juízes Geraldo José Balbinot e Sandra Marcia Wambier. Presente o Exmo. Procurador do Trabalho Paulo Roberto Pereira.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2006.

JUIZ GERALDO JOSÉ BALBINOT

Relator

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Ementa: TOMADOR DE SERVIÇO. RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. MULTAS PREVISTAS nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT. INAPLICABILIDADE. As multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT apresentam natureza punitiva e, portanto, devem ser suportadas apenas pelo infrator da Norma Legal, no caso a empresa contratante, não podendo ser aplicadas ao tomador de serviços, que responde subsidiariamente pelo pagamento apenas das parcelas trabalhistas não adimplidas pelo empregador.

Acórdão 553/2007 - Juíza Gisele P Alexandrino - Publicado no TRTSC/DOE em 09-02-2007, página: .

Ac.-3ªT-Nº 00553/2007

RO 00923-2006-052-12-00-9

9707/2006

**TOMADOR DE SERVIÇO.
RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. MULTAS
PREVISTAS NOS ARTS. 467 E 477, § 8º, DA CLT.
INAPLICABILIDADE. As multas previstas nos arts.
467 e 477, § 8º, da CLT apresentam natureza punitiva e,
portanto, devem ser suportadas apenas pelo infrator da
norma legal, no caso a empresa contratante, não podendo
ser aplicadas ao tomador de serviços, que responde
subsidiariamente pelo pagamento apenas das parcelas
trabalhistas não adimplidas pelo empregador.**

**VISTOS, relatados e discutidos estes autos de
RECURSO ORDINÁRIO, provenientes da VARA DO TRABALHO DE
TIMBÓ, SC, sendo recorrente MADÊMER MADEIRAS LTDA. e
recorrido LAÉRCIO DIMAS POLTRONIERI.**

Inconformada com a sentença de fls. 108-113, que julgou os pedidos do autor procedentes em parte e condenou a 2ª ré, de forma

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

subsidiária, à satisfação dos créditos reconhecidos ao autor, recorre a 2ª ré a esta Corte, postulando sua reforma.

Argúi a 2ª ré, de forma preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam* para figurar no pólo passiva da demanda. No mérito, sustenta não ser responsável subsidiária pelos créditos devidos ao autor, postulando, por fim, a exclusão da condenação ao pagamento das multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, ambos da CLT.

O autor apresenta razões de contrariedade às fls. 145-149.

A 1ª ré deixou de apresentar recurso e contra-razões (fls.144 e 152).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso e das contra-razões, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

Argúi a segunda ré a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, alegando que não há ilícito na contratação de um terceiro para prestação de serviços.

Diante disso, diz ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, devendo, portanto, ser excluída da lide.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

A preliminar, no caso, confunde-se com o próprio mérito, que versa sobre a responsabilidade subsidiária da segunda ré, e com ele será analisada.

Rejeito.

MÉRITO

1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS

A segunda ré se insurge contra a decisão que a responsabilizou subsidiariamente pelo pagamento das parcelas reconhecidas ao autor. Alega que a contratação da prestação de serviços de vigilância ocorreu de forma lícita, ressaltando que atua no ramo madeireiro, enquanto a primeira ré, no setor de vigilância, e que como a atividade de vigilância não é atividade-fim da empresa, poderia ser terceirizada.

A insurgência não merece prosperar.

A contratação do serviço de vigilância caracteriza a terceirização porque remete a terceiro a incumbência de determinada atividade que, não obstante não esteja inserida nas atividades finalísticas, é necessária à empresa contratante.

O Enunciado nº 331 do E. TST prevê a contratação terceirizada do serviço de vigilância, nos termos da Lei nº 7.102/83, em seu item III, esclarecendo apenas que ela não gera vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviço senão quando demonstradas a pessoalidade e a subordinação direta. Contudo, a exemplo de qualquer forma de terceirização, aponta, no item seguinte, a responsabilidade

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

subsidiária do tomador de serviços quando inadimplidas as obrigações trabalhistas do prestador de serviços em relação a seus empregados.

Portanto, essa responsabilização alcança a segunda demandada, uma vez que usufruiu do trabalho do empregado, ainda que contratado por intermédio de uma empresa prestadora de serviços, e ao benefício auferido corresponde o dever de vigilância para com o cumprimento das obrigações trabalhistas, na forma do entendimento pacificado no TST. Cumpre esclarecer que restou configurada a *culpa in vigilando* da segunda ré, porquanto a ela cabia fiscalizar o correto adimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços contratada.

Por essas razões, mantenho a responsabilização subsidiária da segunda ré.

2 – MULTAS DOS ARTS. 467 E 477, § 8º, DA CLT

A segunda ré requer a exclusão das multas previstas nos arts. 467 e 477 da CLT, por entender que elas não são aplicáveis ao responsável subsidiário.

Tem razão.

Entendo inaplicáveis ao responsável subsidiário as multas previstas nos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, em face de sua natureza. Por se tratar de penalidades, devem ser suportadas apenas pelo infrator da norma legal, no caso a empresa contratada, não podendo ser aplicadas a terceiro.

FUNDAÇÃO COGE GT TERCEIRIZAÇÃO

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, neste tópico, para excluir da responsabilidade subsidiária as multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DO RECURSO**; por igual votação, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, sem divergência, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para excluir da responsabilidade subsidiária as multas previstas nos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT. Manter o valor provisório da condenação fixado na sentença.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 7 de novembro de 2006, sob a Presidência do Ex.^{mo} Juiz Gilmar Cavalheri, as Ex.^{mas} Juízas Gisele Pereira Alexandrino (Relatora) e Mari Eleda Migliorini (Revisora). Presente a Ex.^{ma} Dr.^a Alice Nair Feiber Sônego Borner, Procuradora do Trabalho.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2006.

GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Relatora

COMITÊ JURÍDICO

Coordenador: **Mariano Menegotto – ELETROSUL**

Autora: **Dr^a. Fabíola Fachini - ELETROSUL**

“Considerações Gerais sobre o Mercado de Créditos de Carbono”

Sumário: Introdução. I. O Surgimento do Mercado de Créditos de Carbono:
1.1 O Problema do Aquecimento Global e a Organização das Nações Unidas.
1.2 O Objetivo Final da Convenção Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas. 1.3 O Protocolo de Kyoto e o Mercado de Créditos de Carbono. 1.4. O Conceito de Créditos de Carbono. **II. O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) 2.1.** Definição. 2.2 Previsão Legal. 2.3 Objetivos. 2.4 Regime Jurídico. 2.5 Requisitos de Participação. 2.6 Estrutura Institucional. 2.7 Ciclo do Projeto. 2.8. Etapas do Processo de Certificação. 2.9. Custo do Processo de Certificação e Tempo Estimado de Tramitação. **III. Formas de Negociação dos Créditos de Carbono. Considerações Finais.**

Introdução

O presente ensaio tem por objetivo apresentar uma visão geral acerca do mercado de créditos de carbono, tema que, nos últimos anos, vem assumindo um crescente destaque em âmbito internacional, dada a sua relação com o problema do aquecimento global.

É importante salientar que a abordagem ora em apreço busca tão-somente transmitir ao leitor um breve panorama a respeito do tema, não tendo, desta forma, a menor pretensão de esgotá-lo, o que exigiria um aprofundamento de análise incompatível com o perfil do presente estudo.

Considerando tal perspectiva, inicialmente, discorrer-se-á a propósito da origem do “mercado de créditos de carbono”, descrevendo-se, em linhas gerais, o contexto de formação de tal mercado. Nessa oportunidade, será atribuído um especial destaque à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, bem como ao Protocolo de Kyoto, instrumentos jurídicos que, por assim dizer, estabeleceram as linhas mestras do mercado de créditos de carbono.

Em seguida, analisar-se-á, de modo também bastante breve, o conceito de “Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)”- que representa a pedra angular do aludido mercado -, bem como as etapas de certificação do projeto e a comercialização de seus eventuais créditos, finalizando, assim, uma visão geral acerca dos principais conceitos que caracterizam o mercado de créditos de carbono..

O problema do aquecimento global é uma questão que, cada vez mais, está sendo colocada em debate tanto no cenário nacional como no internacional. Logo, o “mercado de créditos carbono”, consistindo, atualmente, em uma das principais medidas voltadas a contornar tal problemática, trata-se de uma realidade que tende somente a se consolidar, exigindo, assim, uma especial atenção de todos os setores da sociedade, especialmente do setor empresarial.

I – O Surgimento do Mercado de Créditos de Carbono.

Como já foi salientado na introdução do presente estudo, a criação do “mercado de créditos de carbono” está diretamente relacionada ao problema do aquecimento global, não sendo possível compreender, adequadamente, tal mecanismo, sem que seja realizada ao menos uma breve alusão a esse importante tema. Assim, nas linhas abaixo, serão apresentadas algumas

considerações, de ordem geral, acerca do referido problema, bem como da reação internacional no sentido de combatê-lo.

1.1 – O Problema do Aquecimento Global e a Organização das Nações Unidas

Durante as décadas de 70 e 80, surgiram as primeiras evidências científicas que já apontavam para a participação do homem no processo de aquecimento global.

Constatou-se que o aquecimento observado no planeta, de cerca de 0,5 grau Celsius, estava diretamente vinculado à emissão antrópica dos chamados “Gases de Efeito Estufa”, também conhecidos pela sigla GEEs.

Chegou-se à conclusão que, se nada fosse feito, a temperatura da atmosfera aumentaria, ainda neste século, em alguns graus, acarretando efeitos inequívocos e potencialmente catastróficos para o planeta.

Diante desse cenário, a Assembléia-Geral das Nações Unidas estabeleceu, no ano de 1990, o “Comitê Intergovernamental de Negociação para a Convenção-Quadro sobre Mudança Climática”. Estabeleceu-se, assim, um abrangente processo de discussão internacional do qual participaram mais de 150 países. No período compreendido entre fevereiro de 1991 e maio de 1992, foram realizadas 5 reuniões, no âmbito do citado Comitê, orientadas à apreciação de possíveis medidas ao combate do problema do aquecimento global.

Ao final de quase dois anos de intensas discussões, foi adotada, na cidade de Nova York, no dia 09 de maio de 1992, a esperada “Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima”.

Ainda no ano de 1992, 155 países firmaram a referida Convenção na “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio

Ambiente e Desenvolvimento”, conhecida como a “Cúpula da Terra” (RIO 92), que foi realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 1992.

A Convenção entrou em vigor, em âmbito internacional, somente no dia 21 de março de 1994, ou seja, 90 dias após o depósito, na ONU, da sua quinquagésima ratificação.

O Brasil foi o primeiro país a assinar a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, fato que se verificou já em junho de 1992. O Congresso Nacional ratificou a Convenção em fevereiro de 1994. Desta forma, tal acordo entrou em vigor, no Brasil, no mês de maio de 1994, no nonagésimo dia após sua ratificação pelo Congresso Nacional.

1.2– O Objetivo Final da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas

Como bem destaca Flavio Rufino Ganzani:

O primeiro ponto a ser observado em uma convenção internacional é o seu objetivo, ou seja, a razão pela qual existe ou, ainda, a sua finalidade. Assim, a pergunta inicial (...) é: qual o objetivo da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, e :por que ele é determinante a qualquer ato decorrente da Convenção.” (*in*: Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil. O Protocolo de Kyoto e a Cooperação Internacional. São Paulo: Peirópolis, 2002, p 30).

Tendo como norte tal orientação, verifica-se que o texto da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, inicia-se com algumas considerações de ordem geral, lançadas em seu preâmbulo; seguidas de definições (art. 1º) e, por fim, da descrição de seu objetivo (art. 2º).

O art. 2º prevê que o **objetivo final** da Convenção é alcançar a:

“**estabilização** das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”

Com o propósito de implementar esse objetivo, foram celebrados, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, diversos instrumentos jurídicos, entre os quais destacam-se o Protocolo de Kyoto, em dezembro de 1997, e os Acordos de Marrakesche, em novembro de 2001, que, por assim dizer, lançaram as bases do mercado de créditos de carbono, foco do presente estudo.

A exemplo da Convenção-Quadro, o Protocolo de Kyoto e os Acordos de Marrakesche também foram ratificados pelo governo brasileiro, estando plenamente em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

1.3– O Protocolo de Kyoto

Por meio do Protocolo de Kyoto, foi estabelecido, em linhas gerais, que os países industrializados devem diminuir, em 5,2 %, o total de emissões de GEEs na atmosfera, levando-se em conta os níveis atingidos em 1990, ano em que ocorreu a criação do Comitê

Intergovernamental de Negociação para a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

Tal Protocolo estabeleceu que apenas os países desenvolvidos tem o **compromisso formal** de reduzir as suas emissões, dada a responsabilidade histórica dessas nações frente ao problema do aquecimento global.

Adotou-se, nesse particular, o **princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada** entre os países que compõem a citada Convenção.

Consoante o Prof. Flavio Rufino Ganzani:

Esse princípio afirma que as necessidades específicas e circunstâncias especiais das Partes ‘países em desenvolvimento’ sejam consideradas, e que, tendo em vista a situação mais frágil destes últimos, a iniciativa de ações de combate à mudança do clima e seus efeitos advenha dos países desenvolvidos. Em consonância com o **Princípio do Poluidor-Pagador**, que prega que aquele que utiliza técnicas poluidoras (países desenvolvidos) há mais tempo que os menos desenvolvidos, por uma questão de equidade, tem o dever de contribuir proporcionalmente à poluição que causou, arcando com a maior parte do ônus de mitigar efeitos adversos da mudança do clima. Daí, a adoção do Princípio da Responsabilidade Comum porém Diferenciada, de acordo com o grau de poluição causado pelos países desenvolvidos.” (*Ob. cit.*, p. 38. Grifou-se)

Eduardo Vieytes também explica, com muita propriedade, essa relação, que consiste em:

(...) repartir com eqüidade os custos das correções ambientais de que o planeta necessita: em primeiro lugar, considerar a situação econômica dos distintos países do mundo; em segundo lugar, aclarar a responsabilidade de um e outro na geração de problemas ecológicos” (*in*: El derecho al ambiente como derecho de participación. Zarantz: Arateko, 1990, p. 19).

Dentro dessa perspectiva, estabeleceu-se que cada país industrializado responderá por uma meta diferenciada de redução de emissões, que deve ser cumprida no período de 2008 a 2012.

A meta da União Européia, por exemplo, é de diminuir em 8% as suas emissões, já a do Japão é de 6%, e assim por diante.

E é, justamente, em meio a esse novo contexto internacional, marcado por um severo sistema de controle de emissões de GEEs, que se estabeleceu o “mercado de créditos de carbono”, representando uma espécie de flexibilização na observância dos compromissos assumidos pelos países desenvolvidos, indicados no Anexo I da Convenção.

Tal comércio apresenta-se como um instrumento **suplementar**, colocado à disposição dos países desenvolvidos, tendo por escopo viabilizar o cumprimento das metas de redução fixadas no âmbito do Protocolo de Kyoto.

Desta forma, caso os países desenvolvidos não consigam atender tais metas apenas com base em ações domésticas, estes têm a possibilidade de utilizar o chamado “Mecanismo de Desenvolvimento Limpo” (MDL), ou seja, eles estão autorizados a **adquirir créditos**, resultantes de projetos implementados em países em desenvolvimento - como é o caso do Brasil - que reduzam as emissões de GEEs ou absorvam carbono da atmosfera.

O mercado de créditos de carbono foi criado com o intuito de facilitar o cumprimento das metas estipuladas no Protocolo de Kyoto, considerando as dificuldades que os países desenvolvidos certamente passarão a enfrentar diante do novo padrão de emissões de GEEs. Tal mecanismo permite que projetos que reduzem, efetivamente, as emissões dos citados gases, ou que contribuem para a sua remoção da atmosfera, recebam **certificados válidos para o cumprimento das metas do Protocolo de Kyoto**. Esses certificados é que representam os decantados créditos de carbono, os quais, como já foi acima sublinhado, podem ser vendidos aos países que necessitam diminuir os seus níveis de emissão de gases de efeito estufa.

1.4. O Conceito de Créditos de Carbono.

À vista do exposto, torna-se fácil perceber que os “créditos de carbono” nada mais são do que “certificados de redução de emissões de GEEs” - também chamados de “certificados verdes” -, emitidos pelo Conselho Executivo do MDL, em razão da implementação de projetos previamente registrados como MDL, nos termos do Protocolo de Kyoto. Tais certificados é que são comercializados nesse incipiente mercado, sendo emitidos na exata proporção da redução de emissões de GEEs que o projeto, comprovadamente, gerou. Cada certificado corresponde à redução de emissão de uma tonelada de GEEs à atmosfera. Logo, o potencial de geração de “créditos de carbono” de um determinado projeto, está diretamente relacionado com a sua capacidade de reduzir, em toneladas, emissões de GEEs.

II – O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)

2.1. Definição.

Nos termos do prof. Flavio Rufino Gazani, o MDL trata-se de um “instituto jurídico **embasador** de projetos que, qualificados como Projetos de MDL, tornam-se fontes de direitos e deveres a empreendedores e a terceiros que deles participam” (Ob. cit. p. 57)

O MDL consiste, portanto, em uma espécie de “termo de referência”, que define quais são as **regras mínimas** a serem atendidas pelo empreendedor, para ter o seu projeto reconhecido no âmbito do Protocolo de Kyoto.

Cabe ressaltar que tal mecanismo foi concebido com o intuito de possibilitar que determinados projetos - considerados ambientalmente sustentáveis - também possam ser aproveitados para o cumprimento das metas estabelecidas no Protocolo de Kyoto, ainda que implementados em países em desenvolvimento, ou seja, em nações que não possuem o compromisso formal de redução de CO₂.

Parte-se do princípio que qualquer país que esteja desenvolvendo um programa de redução de CO₂, independentemente da sua condição no Protocolo de Kyoto, desde que tenha ratificado tal acordo, está contribuindo, automaticamente, para a minimização do problema do aquecimento global.

Nesse sentido, o MDL representa, justamente, o conjunto de normas mínimas que devem ser obedecidas para que tais projetos ingressem na esfera do Protocolo de Kyoto, passando a gerar direitos e deveres no campo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

Saliente-se que o MDL, ao permitir que as nações em desenvolvimento também contribuam para a observância das metas do Protocolo de Kyoto, consiste, em verdade, em um instrumento de **flexibilização** do próprio Protocolo, eis que permite aos países

industrializados que se beneficiem das reduções obtidas naquelas nações.

2.2. Previsão Legal.

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo encontra-se previsto no art. 12 do Protocolo de Kyoto, o qual define, em linhas gerais, o seu objetivo, requisitos e regime jurídico.

2.3. Objetivos

Segundo prescreve o item 2 de tal dispositivo:

“2. O objetivo do mecanismo de desenvolvimento limpo deve ser **assistir às Partes não incluídas no Anexo I** para que atinjam o **desenvolvimento sustentável** e contribuam para o **objetivo final da Convenção**, e **assistir às Partes incluídas no Anexo I** para que **cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões**, assumidos no Artigo 3.”

“3. Sob o mecanismo de desenvolvimento limpo:

(a) As Partes **não incluídas** no Anexo I poderão **beneficiar-se de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões**; e

(b) As Partes **incluídas** no Anexo I podem **utilizar as reduções certificadas de emissões**, resultantes de tais atividades de projetos, para contribuir com o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3, como determinado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo.”

2.4. Regime Jurídico

“4. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve sujeitar-se à autoridade e orientação da **Conferência das Partes** (...) e à supervisão de um **Conselho Executivo** do MDL.”

A Conferência das Partes é o órgão supremo do Protocolo de Kyoto, orientando não só o MDL, mas também o próprio Conselho Executivo de tal mecanismo.

Cabe à Conferência das Partes “estabelecer um controle e uniformidade da aplicação e implementação do MDL em todos os países que adotarem tais políticas, de modo que sua atuação é a de supervisionar o cumprimento das metas” (Gazani, *ob. cit.* p. 271).

Já o Conselho Executivo é o órgão responsável pela supervisão direta do MDL, agindo sempre sob a autoridade e orientação da Conferência das Partes, respondendo a esta completamente.

Tal órgão “executa as determinações legais e demais obrigações a ele impostas (...), de forma a dar cumprimento ao estabelecido na UNFCCC [Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas]” (Gazani, *ob. cit.* p 276).

2.5. Requisitos de Participação

“5 As reduções de emissões resultantes da cada atividade de projeto devem ser **certificadas** por **entidades operacionais** a serem designadas pela Conferência das Partes (...), com base em:

- (a) Participação **voluntária** aprovada por cada Parte envolvida;
- (b) Benefícios **reais, mensuráveis** e de **longo prazo** relacionados com a mitigação da mudança do clima, e
- (c) Reduções de emissões que sejam **adicionais** às que ocorreriam na ausência da atividade certificada do projeto.”

Logo, para que um projeto seja reconhecido como MDL, no âmbito Protocolo de Kyoto, deverá satisfazer, necessariamente, as três condições acima apontadas, previstas no artigo 12 do citado instrumento jurídico.

Por fim, estabelece, ainda, tal dispositivo, em seu último item, que “as reduções certificadas de emissões, obtidas durante o período do ano de 2000 até o início do primeiro período de compromisso, podem ser utilizadas para auxiliar no cumprimento das responsabilidades relativas ao primeiro período de compromisso”.

2.6. Estrutura Institucional

Para que um projeto seja reconhecido como MDL – condição primeira para passar a gerar créditos de carbono – deverá ser submetido a um criterioso processo de **aferição** e **verificação**, realizado por meio de instituições e procedimentos estabelecidos no âmbito do Protocolo de Kyoto. Entre as **instituições** relacionadas ao MDL, destacam-se aquelas a seguir indicadas:

1. Conselho Executivo.

Como já foi consignado anteriormente, trata-se do órgão responsável pela supervisão do MDL. Entre as suas responsabilidades, destacam-se:

- o credenciamento das Entidades Operacionais Designadas (EOD);
- o registro das atividades como MDL;
- a emissão de “Reduções Certificadas de Emissões” (RCEs), que vêm a ser, justamente, os “créditos de carbono”;
- desenvolvimento e operação do Registro do MDL; e

- estabelecimento e aperfeiçoamento de metodologias para definição da linha de base, monitoramento e fugas.

2. Autoridade Nacional Designada (AND).

Os governos de países participantes de atividades de projetos de MDL devem designar na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas uma “Autoridade Nacional” para o MDL.

A “Autoridade Nacional Designada” (AND) atestará que a participação dos países é voluntária, e, no caso do país em que serão implementadas as atividades do projeto, que tais atividades contribuem ao desenvolvimento sustentável do país, a quem cabe decidir, de forma soberana, se este objetivo do MDL está sendo observado. As atividades de projetos do MDL devem ser aprovadas pela AND.

Tal autoridade, no Brasil, é representada pela “Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (CIMGC), estabelecida por Decreto Presidencial em 07 de julho de 1999.

O Decreto indica que a CIMGC deve levar em conta “a preocupação com a regulamentação dos mecanismos do Protocolo de Kyoto e, em particular, entre outras atribuições, estabelece que a Comissão será a Autoridade Nacional Designada para aprovar projetos considerados elegíveis do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, cabendo, também, à Comissão definir critérios adicionais de elegibilidade àqueles considerados na regulamentação do Protocolo de Kyoto.”

A CIMGC é presidida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia e vice-presidida pelo Ministério do Meio-Ambiente. É composta ainda por representantes dos ministérios das Relações Exteriores; da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; dos Transportes; de Minas e Energia; Planejamento, Orçamento e Gestão; do Desenvolvimento,

Indústria e Comércio Exterior e da Casa Civil da Presidência da República.

A Secretaria Executiva da Comissão é desempenhada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

3. Entidades Operacionais Designadas (EOD).

São entidades nacionais ou internacionais, credenciadas pelo Conselho Executivo e designadas pela Conferência das Partes, que ratificará ou não o credenciamento feito pelo Conselho Executivo. As responsabilidades das Entidades Operacionais Designadas consistem em:

- **validar** atividades de projetos de MDL, de acordo com as decisões dos Acordos de Marraquesche;
- **verificar e certificar** reduções de emissões de gases de efeito estufa e remoções de CO₂;
- manter uma lista pública de atividades de MDL;
- enviar um relatório anual ao Conselho Executivo;
- manter disponíveis para o público as informações sobre as atividades de projeto de MDL, que não sejam consideradas confidenciais pelos participantes do projeto.

2.7. Ciclo do Projeto de MDL

As atividades de projeto que tenham por escopo a redução de emissões de gases de efeito estufa serão consideradas elegíveis à condição de MDL, desde que atendam, em linhas gerais, aos seguintes requisitos:

- a participação seja voluntária;
- contem com a aprovação do país no qual essas atividades serão implementadas;

- atinjam os objetivos de desenvolvimento sustentável definidos pelo país no qual as atividades de projeto forem implementadas;
- reduzam as emissões de gases de efeito estufa de forma adicional ao que ocorreria na ausência de projeto do MDL;
- contabilizem o aumento de emissões de gases de efeito estufa que ocorrem fora dos limites das atividades de projeto e que sejam mensuráveis e atribuíveis a essas atividades;
- não causem impactos colaterais negativos ao meio ambiente local; e
- propiciem benefícios mensuráveis, reais e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima.

2.8. Etapas do Processo de Certificação.

Para que um projeto seja registrado como MDL no âmbito do Protocolo de Kyoto, e passe a obter “reduções certificadas de emissões” (RCEs) – “créditos de carbono” ou “certificados verdes”-, é necessário observar um rigoroso processo de certificação, o qual envolve as seguintes etapas:

1. Elaboração do Documento de Concepção do Projeto (DCP).

Trata-se do documento que dá início ao processo de certificação de eventuais reduções de emissões de gases de efeito estufa. Tal documento deve retratar, de modo detalhado, todos os elementos que constituem o projeto que se pretende registrar como MDL. Além da descrição das atividades do projeto e da indicação dos respectivos participantes, o DCP deverá incluir a descrição da metodologia da linha de base e das metodologias para o cálculo da redução de emissões de gases de efeito estufa esperada. Deve,

ainda, conter a indicação do período de obtenção de créditos; um plano de monitoramento; a justificativa para a adicionalidade da atividade do projeto; relatório de impactos ambientais; comentários dos atores, bem como informações quanto à utilização de fontes adicionais de financiamento.

2. Submissão do DCP à Entidade Operacional Designada (EOD) para obter a validação das atividades do projeto.

Com base no DCP, a Entidade Operacional Designada irá analisar e, sendo o caso, **validar** as atividades do projeto proposto, checando se o mesmo cumpre os requisitos do Protocolo de Kyoto. Tal Entidade é, ainda, responsável pelo envio do DCP ao Conselho Executivo do MDL.

3. Submissão do Projeto à Autoridade Nacional Designada (AND), a fim obter a respectiva “Carta de Aprovação”.

É importante salientar que a Entidade Operacional Designada, antes de encaminhar o DCP ao Conselho Executivo, deverá ter recebido de cada participante da atividade do projeto a “Carta de Aprovação” das respectivas ANDs, que, além de atestar a voluntariedade do projeto, reconhece que o mesmo contribui para o desenvolvimento sustentável da nação. Essa confirmação deverá ser disponibilizada ao público e aberta a comentários.

4. Submissão do Projeto, por meio da EOD, ao Conselho Executivo do MDL, para obter o registro do Projeto como MDL.

Nesta etapa, o Conselho Executivo irá aceitar, formalmente, a atividade de projeto do MDL com base no Relatório de Validação da EOD. Esse processo é chamado de registro e se completa 8 (oito) semanas após ter sido entregue ao Conselho Executivo. O Conselho Executivo poderá solicitar uma revisão do relatório de validação, caso os requisitos estabelecidos não tenham sido atendidos, e, nesse caso, deverá comunicar a decisão à EOD e aos participantes da atividade do projeto e torná-la pública. Uma atividade de projeto não aceita poderá ser reconsiderada após uma revisão de acordo com os itens necessários para a validação. O registro é uma etapa necessária e anterior à verificação/certificação e emissão das RCEs. As RCEs só devem ser emitidas para um período de obtenção de créditos com início após a data de registro de uma atividade de projeto do MDL.

5. Observância do Plano de Monitoramento, previsto no Projeto, para quantificar-se as reduções, efetivamente, ocorridas.

Um plano de monitoramento deverá integrar o DCP. O método de monitoramento deverá estar de acordo com a metodologia previamente aprovada ou, se utilizada nova metodologia, deverá ser aprovada ou sua aplicação ter se mostrado bem-sucedida em algum outro lugar. A implementação do plano de monitoramento cabe aos participantes do projeto e quaisquer revisões no plano de monitoramento devem ser submetidas novamente a validação. **A implementação do plano de monitoramento registrado é uma condição para verificação/certificação e emissão das RCEs e, portanto, deverá ser submetida previamente à EOD.**

6. Verificação e Certificação, pela EOD, das reduções informadas no Plano de Monitoramento integrante do Projeto de MDL.

A EOD verificará se as reduções de emissões monitoradas ocorreram como resultado da atividade do projeto de MDL. A EOD deverá relatar por escrito, ou seja, deverá certificar que a atividade do projeto atingiu, de fato, as reduções de emissões declaradas no período. A certificação formal será baseada no “Relatório de Verificação” e será considerada definitiva 15 (quinze) dias após ter sido recebida pelo Conselho Executivo. Esta certificação garante que as reduções de emissões de gases de efeito estufa foram adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade do projeto. A declaração da certificação é enviada aos participantes da atividade do projeto, às partes envolvidas e ao Conselho Executivo e, posteriormente, tornada pública. A EOD irá:

- verificar as metodologias utilizadas;
- assegurar que a metodologia e documentação estão completas e, se necessário, recomendar correções;
- determinar as reduções de emissões de gases de efeito estufa;
- informar aos participantes das atividades do projeto quaisquer modificações necessárias;
- providenciar o Relatório de Verificação para os participantes da atividade do projeto.

A EOD deverá, ainda:

- fazer inspeções de campo;
- entrevistar os participantes do projeto e atores locais;
- coletar dados e medições;
- observar práticas estabelecidas;
- testar a confiabilidade do equipamento de monitoramento.

7. Submissão do Relatório de Verificação e Certificação ao Conselho Executivo, para a emissão de RCEs iguais à quantidade verificada de reduções de emissões antrópicas de GEEs.

O “Relatório de Verificação e Certificação” incluirá solicitação para que o Conselho Executivo emita montante de RCEs correspondente ao total de emissões reduzidas obtidas pela atividade de projeto de MDL. A emissão ocorrerá 15 (quinze) dias após o recebimento da solicitação, a menos que uma das Partes envolvidas na atividade do projeto ou pelo menos três membros do Conselho Executivo requisitem a revisão da emissão das RCEs. Essa revisão deve limitar-se a questões de fraude, mau procedimento ou de incompetência da EOD. Nesse caso, o Conselho Executivo deverá finalizar, em 30 (trinta dias) a revisão.

8. Envio de dados ao Administrador do Registro do MDL, que, trabalhando sob a autoridade do Conselho Executivo, emitirá, de pronto, a quantidade especificada de RCEs para as contas abertas para tal fim no próprio Conselho Executivo.

O administrador do Registro do MDL, subordinado ao Conselho Executivo, deposita as RCEs nas contas abertas nesse mesmo Registro, de acordo com o solicitado no Documento de Concepção do Projeto, em nome das Partes, bem como dos participantes das atividades de projeto do MDL, já deduzida parcela equivalente a 2% do total das RCEs, que será integralizada em um fundo de adaptação, destinado a ajudar os países mais vulneráveis a se adaptarem aos efeitos adversos da mudança climática. Outra parcela, determinada pela Conferência das Partes, por

recomendação do Conselho Executivo, será utilizada para cobrir despesas administrativas do MDL.

9. Possibilidade de venda das RCEs aos países desenvolvidos que integram o Anexo I da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e que tenham ratificado o Protocolo de Kyoto, possuindo, assim, um compromisso formal de redução de emissões de gases de efeito estufa.

Cabe ressaltar que, embora o crédito de carbono só se constitua, propriamente, ao final do processo de certificação junto à ONU, este pode ser comercializado em qualquer etapa do processo de certificação ou antes mesmo de iniciá-lo, conforme a vontade do empreendedor e o perfil do negócio que este pretende realizar.

2.9. Custo do Processo de Certificação e Tempo Estimado de Tramitação.

Segundo informações divulgadas na imprensa, o custo do processo de certificação gira em torno de 250 mil dólares.

O Banco Mundial é, hoje, um dos principais investidores que atuam em tal mercado, possuindo uma unidade de financiamento exclusivamente voltada ao desenvolvimento de projetos de MDL, no âmbito do Protocolo de Kyoto. Esse fundo chama-se “Prototype Carbon Fund” (PCF) e vem estabelecendo uma série de parcerias com empresas interessadas em ingressar no mercado de créditos de carbono, financiando os custos do processo de certificação junto ao Conselho Executivo do MDL.

Em tais operações, o Banco Mundial costuma celebrar uma “Carta de Intenções” com as entidades envolvidas no projeto de MDL, prevendo a dedução dos custos do processo de certificação

dos primeiros pagamentos dos créditos. O Banco assume, ainda, o compromisso de comprar 30% dos créditos gerados, com a possibilidade de optar pela compra de mais 30%, se manifestar interesse nesse sentido. O autor do projeto fica com a livre disposição dos créditos remanescentes, podendo, se desejar, colocá-los no mercado.

O prazo típico, contado desde a coleta dos dados para a elaboração do DCP até a emissão das RCEs pelo Conselho Executivo do MDL, é de 12 meses. Esse período, no entanto, pode se estender caso seja empregada uma metodologia ainda não aprovada no âmbito do MDL.

III. Formas de Negociação dos Créditos de Carbono.

Cenário Internacional e Nacional.

Atualmente, metade das emissões são vendidas para o Banco Mundial. A negociação desses ativos também é realizada na Bolsa de Valores de Chicago e em países como o Canadá, República Tcheca, Dinamarca, França, Alemanha, Japão, Holanda, Noruega e Suécia, cada qual com as suas regras, além do mercado regional europeu.

A previsão é que o mercado de créditos de carbono deva atingir, em 2007, a cifra de U\$ 13 bilhões de dólares, de acordo com a consultoria Point Carbon (Carbon Marketing Forecasting). Segundo estimativas do Banco Mundial, o Brasil poderá ter uma participação de 10% nesse mercado.

Atento à conjuntura internacional, o Brasil lançou, no dia 06 de dezembro de 2004, o “**Mercado Brasileiro de Redução de Emissões**” (MBRE), que entrou em vigor no segundo semestre de 2006, atuando como uma espécie de plataforma de negociação de

tais projetos, com o objetivo de facilitar os investimentos internacionais.

O Mercado Brasileiro foi instituído por meio de um Convênio firmado entre o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio e a Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo, o que evidencia a intenção do governo brasileiro de ingressar, de modo contundente, nesse promissor mercado.

Quanto aos contratos a serem celebrados no âmbito da venda de créditos de carbono, a definição das suas cláusulas dependerá das peculiaridades de cada negociação, devendo ser estipuladas caso a caso.

Considerações Finais

A presente abordagem, como já havíamos destacado em sua introdução, foi concebida com o único propósito de transmitir ao leitor uma visão geral acerca dos principais conceitos que caracterizam o mercado de créditos, representando tão-somente uma breve introdução a este relevante tema, que vem atraindo, cada vez mais, a atenção de diversos segmentos da sociedade.

Nesse contexto, o Setor de Energia Elétrica desponta como um dos mais promissores segmentos da economia quanto à capacidade de implementação de projetos de MDL, destacando-se, principalmente, em razão dos chamados projetos de geração de energia elétrica “limpa ou alternativa”, como é o caso da energia eólica, da solar e da proveniente de biogás.

Assim, cabe ao empresariado brasileiro, especialmente do Setor de Energia Elétrica, investir em pesquisas e aproveitar essa importante oportunidade de, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente e passar a contar com uma nova e - ao que tudo indica - promissora fonte de recursos.

COMITÊ JURÍDICO

Coordenador: **Mariano Menegotto – ELETROSUL**

GRUPO DE TRABALHO

Coordenador: **Daniel Steffens – AMPLA**

Ariovaldo Medeiros – CHESF

Heliane Stilben – ONS

Marco Antônio da Costa – FURNAS

Sandra Regina Stela – AES ELETROPAULO

PARECER JURÍDICO – PROPRIEDADE INTELECTUAL

Apontamentos Gerais sobre a Titularidade da Propriedade Intelectual na Relação Empregador – Empregado e Contratante – Contratado no Setor Elétrico Brasileiro

I – Considerações Preliminares

Por força da Lei 9991 de 24 de julho de 2000, criada com a intenção de contornar a ‘crise energética’ que se alastrava no país, foi estabelecido que as concessionárias de geração (art. 1º) e de transmissão de energia elétrica (art. 2º) ficariam obrigadas a aplicar anualmente o montante mínimo de 1% de suas receitas líquidas em pesquisa e desenvolvimento no setor elétrico.

Referido diploma legal apenas veio ao encontro dos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal, que em seu art.218 prevê:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita.

A partir da edição dessa Lei 9991/2000, é inegável que o tema propriedade intelectual passou a ser objeto de ampla discussão, até porque os 'inventos' e demais formas de criação cresceram numa forma jamais vista.

Fruto, também, dessa nova ordem, e considerando a necessidade de regulamentar ainda mais o setor, foi editada a Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004, que dispõe sobre os incentivos à inovação e à pesquisa tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do País. Com efeito, especialmente para a Administração Pública, passou-se a ter um outro importante instrumento legal capaz de estimular e promover o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação.

Entre os assuntos mais preocupantes envolvendo o tema 'propriedade intelectual', merece destaque à questão atrelada à titularidade dessas criações, tanto na relação empregado e empregador como também no vínculo decorrente de contrato de natureza privada ou administrativa.

Em virtude disso, e considerando as avançadas discussões que vêm sendo implementadas pela FUNCOGE no âmbito do Comitê Jurídico de Propriedade Intelectual, foi realizado em 12 de maio de 2006, em conjunto com a Light o '*1 Simpósio Jurídico Sobre Propriedade Intelectual no Setor Elétrico Brasileiro*', e se estabeleceu, no âmbito do referido Comitê, o compromisso de elaborar o presente parecer, o qual tenta ressaltar, ainda que de maneira não individualizada, as principais orientações sobre o assunto.

O trabalho encontra-se estruturado da seguinte maneira: I- Conceito de propriedade intelectual; II- Legislação pertinente à matéria; III- Titularidade das criações intelectuais na relação empregado e empregador e na relação contratante contratado; e IV- Considerações finais.

I- Conceito de propriedade intelectual

Na lição de De Plácido e Silva (*in Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.651), propriedade intelectual trata-se de ***“toda espécie de propriedade que se origina ou provinha de qualquer concepção ou produto da inteligência, para exprimir o conjunto de direitos, que competem ao intelectual (escritor, artista ou inventor) como autor da obra imaginada, elaborada ou inventada”***.

A propriedade intelectual encontra-se dividida em dois segmentos: a **propriedade industrial**, que se atrela às criações intelectuais que são trazidas à indústria para sua exploração, e o **direito autoral**, que consiste na prerrogativa que assegura **“ao autor de obra literária, artística ou científica, a propriedade exclusiva sobre a mesma, para que somente ele possa fluir e gozar de todos os benefícios e vantagens que dela possam decorrer, segundo os princípios que se inscrevem na lei civil”** (De Plácido e Silva, p.270).

Conforme os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (*in Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.144 e 145), o direito autoral e a propriedade intelectual são diferenciados basicamente por dois pontos: **quanto à origem do direito e quanto à extensão da tutela**.

Com relação ao primeiro ponto, este se fundamenta no fato de que para o direito industrial o registro da criação tem caráter constitutivo, de sorte que a prerrogativa de exclusividade será disponibilizada por quem pedir a patente ou o registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), não interessando quem tenha sido o primeiro a inventá-la. Já o segundo, encontra-se relacionado à extensão da tutela jurídica.

Ademais, o primeiro protege a própria idéia inventiva, ao passo que o segundo cuida apenas da forma em que a idéia se exterioriza. Exemplos de criações ligadas à propriedade industrial: invenções, ou seja, criações de produtos até então inexistentes, e modelos de utilidade, isto é, o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação. Exemplos de criações ligadas ao direito autoral: programas computador e obras literárias.

II- Legislação básica sobre o assunto:

Considerando essas diferenças entre a propriedade industrial e o direito autoral, a legislação infraconstitucional aborda o tema com base nos seguintes diplomas:

***Lei 9279, de 14 de maio de 1996, regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual;**

***Lei 9609, de 19 de fevereiro de 1998, dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de**

computador, sua comercialização no país, e dá outras providências;

***Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.**

Evidentemente, as leis acima referidas tratam-se das normas básicas atinentes ao assunto, podendo, também, ser destacados outros textos normativos, que serão explorados a seguir neste parecer jurídico, entre os quais:

***Lei 8666, de 21 de junho de 1993, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências;**

***Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.**

Pois bem, uma vez delineados os conceitos de propriedade intelectual, propriedade industrial, direito autoral, bem como a legislação básica, resta-nos responder a quem pertencerão as criações intelectuais frutos das relações **empregado- empregador** e **contratante-contratado**:

III- Relação empregado – empregador

Quando as criações forem decorrentes de relação de emprego, a Lei 9729/1996 destaca expressamente em seu título I, Capítulo XIV, artigos 88 a 93 como a titularidade desses direitos merece ser distribuída, tanto para as empresas privadas como àquelas que compõem Administração Pública, segundo menciona o art. 93 do aludido diploma legal (*“Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal”*).

Com efeito, quando a invenção ou o modelo de utilidade decorrerem do próprio contrato de trabalho, no qual a execução

ocorra no Brasil e tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais o empregado foi contratado, dispõe o art. 88 que eles pertencerão **exclusivamente** ao empregador.

Quando, por outro lado, a invenção ou o modelo de utilidade forem desenvolvidos de maneira desvinculada da relação de trabalho, e sem se utilizar da estrutura do empregador (meios, dados materiais, equipamentos, etc.), a titularidade incumbirá ao empregado, segundo redação do art. 90.

Por fim, se a invenção ou o modelo de utilidade forem resultantes da contribuição pessoal do empregado e, também, de recursos, dados, meios, materiais instalações ou equipamentos do empregador, a propriedade será comum, salvo disposição contratual em sentido adverso, nos termos do art. 91.

Seguindo o mesmo raciocínio, porém, tratando especificadamente dos programas de computador, que, como visto acima, atrelam-se ao direito autoral, a Lei 9609, de 19 de fevereiro de 1998, estabelece em seu art. 4º, que ***“salvo disposição em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência do contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos”***.

Em se tratando de empresas vinculadas à Administração Pública, e conquanto os dispositivos legais citados autorizem a celebração de ajuste em sentido adverso, recomenda-se que as regras de distribuição de titularidade sejam seguidas à risca, de modo que, quando determinado ‘invento’ for resultante, por exemplo, de contrato de trabalho, a empresa sempre será a proprietária, sob pena de se restar fragilizada junto aos Órgãos de Controle Externo (TCU, TCE, Ministério Público, etc.).

De toda a forma, a despeito de se conferir à empresa a titularidade das criações intelectuais, impende registrar que deverá ser assegurada ao inventor uma premiação, conforme previsão em estatuto ou regimento interno. Veja-se, pois, a redação do art. 93, parágrafo único, da Lei 9279/96:

Parágrafo único. Na hipótese do art. 88 será assegurada ao inventor, na forma e condições previstas no estatuto ou no regimento interno da entidade a que se refere este artigo, premiação de parcela no valor das vantagens auferidas com o pedido ou com a patente, a título de incentivo.

No mesmo diapasão, o art.3º do Decreto n. 2553, de 16 de abril de 1998, que regulamenta o dispositivo supra referido, reforça a idéia de se estabelecer uma premiação ao empregado inventor, porém, limitando-a em 1/3 das vantagens auferidas pela entidade. Com efeito, colhe-se do aludido dispositivo:

Art.3º. Ao servidor da Administração Pública direta, indireta, fundacional, que desenvolver invenção, aperfeiçoamento ou modelo de utilidade e desenho industrial, será assegurada, a título de incentivo, durante toda a vigência da patente ou do registro, premiação da parcela do valor das vantagens auferidas pelo órgão ou entidade com a exploração da patente ou do registro.

§ 1º Os órgãos e as entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional promoverão a alteração de seus estatutos ou regimentos internos para inserir normas que definam a forma e as condições de pagamento da premiação de que trata este artigo, a qual vigorará após publicação no *Diário Oficial* da União, ficando convalidados os acordos firmados anteriormente.

§ 2º A premiação a que se refere o *caput* deste artigo não poderá exceder a um terço do valor das vantagens auferidas pelo órgão ou entidade com a exploração da patente ou do registro.

Vale ressaltar, ademais, que para as empresas enquadradas nos parâmetros da Lei 10.973/04 (Lei de Inovações Tecnológicas), o que será melhor abordado no próximo ponto quando for tratada a relação contratante – contratado, encontra-se assegurado ao criador a participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos auferidos (art. 13).

IV- Relação contratante – contratante

Na hipótese dos 'inventos' originarem-se da formalização de contratos administrativos e de direito privado, sem, portanto, qualquer vínculo empregatício, a regulamentação será diversa,

porém, observando-se a regra de que às empresas de índole privada o poder de negociação será obviamente bem mais vantajado.

Logo, para esta situação (contratação de empresas vinculadas ao setor privado) prevalecerá a discricionariedade do administrador, que em determinados momentos reputará mais conveniente ceder o direito de titularidade desse produto do intelecto.

Todavia, em se tratando de empresas vinculadas à Administração Pública, a 'viga mestra' da legislação brasileira reside no art. 111 da Lei 8666/93, que assim dispõe:

Art. 111 – A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo como previsto no regulamento do concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único – quando o projeto referir-se à obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação.

Com efeito, como se pode facilmente perceber, o poder de negociação das estatais, à luz do art. 111 da Lei 8666/93, revela-se bem mais volátil, de sorte que toda vez que for realizado contrato administrativo tendo por objeto a criação de inovações tecnológicas os direitos de exploração do produto deverão ser inteiramente cedidos pelo contratado.

Há que se ponderar, contudo, que se os contratos ou acordos celebrados pela Administração Pública enquadrarem-se nos parâmetros da Lei de Inovações Tecnológicas, a negociação será mais ampla, especialmente quando a União e suas entidades autorizadas participarem minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção do produto ou processo inovadores; bem como na situação em que as Instituições Públicas celebraram 'acordos' de parceria para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, **ocasião em que a titularidade de criações intelectuais dependerá basicamente da proporção da participação de cada envolvido, conforme estabelecido no contrato.** Nesse sentido:

Art. 5º – Fica a União e as suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.

Parágrafo único – A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação.

[...]

Art.9º – É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas ou privadas.

[...]

Parágrafo 2º – As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 6º desta Lei.

Parágrafo 3º – A propriedade intelectual e a participação nos resultados referidas no parágrafo 2º deste artigo, serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado, do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes.

Logo, se uma empresa estatal celebrar acordo dessa natureza enquadrado nos termos da Lei de Inovações Tecnológicas, a titularidade da propriedade intelectual decorrente dessa parceria dependerá sempre do que for disposto pelas partes, mediante contrato, respeitando-se a proporção daquilo que veio a ser agregado individualmente pelo envolvido.

No entanto, questiona-se: quando determinados acordos ou contratos celebrados com a Administração Pública enquadrar-se-ão nos parâmetros da Lei de Inovações Tecnológicas?

A incidência da Lei de Inovações Tecnológicas e por consequência a possibilidade (e não obrigatoriedade) de se partilhar a titularidade da propriedade intelectual, dependerá do enquadramento das pessoas envolvidas nos conceitos de **Agência de**

- quando for descoberto pelo empregado, sem vinculação ao seu contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, o direito de exploração pertencerá exclusivamente ao empregado;

- quando resultar da contribuição pessoal do empregado, sem vinculação ao seu contrato de trabalho, e de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada disposição contratual em contrário, a propriedade do 'inventor' será comum aos mesmos, em partes iguais;

- quando da regulamentação da premiação ao empregado pelo 'inventor', caberá às empresas que compõem a Administração Pública observar à regra inserta no art. 3º, parágrafo 2º, do Decreto n. 2.553/1998, no que concerne à limitação de 1/3 do valor das vantagens auferidas pela empresa, lembrando que, caso exista um enquadramento das entidades envolvidas nos parâmetros da Lei 10.973/2004, há um teto que variará de 5% até 1/3 de tais rendimentos;

- quando as empresas do setor Elétrico não forem vinculadas à Administração Pública e nem tampouco aos ditames da Lei 10.973/04, os percentuais de premiação poderão ser diversos dos acima explicitados;

e.2)na relação empresa/contratada

- quando o 'inventor' for descoberto após a formalização de contrato formalizado com a Administração Pública, tendo como objeto a criação ou o aperfeiçoamento de bens suscetíveis de utilização na indústria, a titularidade incumbirá a própria e a ninguém mais;

- quando o contrato formalizado com a Administração Pública enquadrar-se nos parâmetros da Lei 10.937/04, a titularidade dos 'inventos' reportar-se-á ao que for celebrado entre as partes, respeitando-se a parcela de atuação na proporção daquilo que veio a ser agregado individualmente pelos envolvidos;

- quando as empresas do setor Elétrico não foram vinculadas à Administração Pública e nem tampouco aos ditames da Lei 10.973/2004, prevalecerá a autonomia dos envolvidos.

É o nosso entendimento.

Florianópolis, 06 de outubro de 2006.

Mariano Martorano Menegotto
ELETROSUL

Ariovaldo Medeiros
CHESF