

**ARTIGO: DA IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 331 DO TST EM CONTRATO DE CONVÊNIO COM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

**Autores:**

**SANDRA CRISTINA FLORIANO PEREIRA DE OLIVEIRA SANCHES**, bacharel em direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, especialista em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá – FIJ, Procuradora do Município de Diadema/SP, florianosandra@hotmail.com.

**FABIANA AMENDOLA BARBIERI**, bacharel em direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Procuradora do Município de Diadema/SP, fabianabarbieri@aasp.org.br.

**Resumo:** A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho aplica responsabilidade subjetiva aos tomadores de mão de obra quanto às obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada. Há indagações sobre aplicação deste enunciado aos Termos de Convênio firmados pela administração pública. Este artigo pretende demonstrar que não existe a possibilidade de ser declarada a responsabilidade subsidiária nos termos do Enunciado 331 do TST quando se tratar de convênio.

**Palavras Chaves:** Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, Contrato de Convênio – responsabilidade subsidiária.

**Introdução:** A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho é aplicada em casos de terceirização de mão de obra, cujo objetivo é responsabilizar subsidiariamente a empresa tomadora de mão de obra pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa interposta real empregadora. Apesar da clareza do texto da Súmula 331 do TST, existem indagações sobre a aplicação desta súmula em relação aos Termos de Convênio firmados entre a administração pública e entidades privadas.

## **1. Dos Convênios e dos Contratos de Prestação de Serviços**

Diz o artigo 241 da Constituição Federal que. *“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 19/98)”*.

Desta forma resta legitimada a administração pública a firmar convênio, que não se confunde com contrato administrativos, porém disciplinado em parte pela Lei nº 8.666/93, denominada Lei das Licitações e Contratos Administrativos.

Não sendo o Convênio um contrato administrativo nem todas as normas da Lei 8.666/93 lhe são aplicadas. Tanto é verdade que o art. 116

do referido diploma legal dispõe que sua aplicabilidade se dará apenas no que couber.

Entre os pontos em que não há obstáculos para se aplicar regra prevista na Lei nº 8.666/93, encontram-se as hipóteses disciplinadas no art. 71, o qual limita a responsabilidade da administração pública no que concerne às verbas trabalhistas, as quais são suportadas somente pela real empregadora.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Por meio do convênio a Administração Pública visa conjugar esforços para implantação, coordenação e execução dos programas e ações. Este tipo de contrato é muito utilizado pelas secretarias de saúde em cooperação técnica-científica.

Tomemos como exemplo os convênios firmados com agentes comunitários de saúde, onde, por meio do convênio normalmente se estabelece um sistema de prestação de serviços em nível ambulatorial e atendimento básico, com o objetivo de aprimorar o atendimento universalizado à clientela do Sistema Único de Saúde e implantar o Programa de Saúde da Família – PSF, Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS e Programa de Saúde Bucal – PSB.

É neste regime de colaboração entre os partícipes que se desenvolve os programas de cooperação técnica/científica para várias áreas, visando planejar, desenvolver e implantar Programa Sociais entre outros, implantando estratégias para redução de custos e aumento da receita à longo prazo, aumentando a eficiência dos serviços oferecidos ou financiados pela administração pública atendendo melhor o cidadão por um custo menor.

Desta forma, diferente da terceirização, o convênio não tem natureza contratual, sujeito a todas as regras da Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos). Apenas o acordo de vontades é o traço de semelhança entre o contrato e o convênio.

O que os difere, em essência, é a natureza e a caracterização destas vontades. Enquanto no primeiro as partes têm interesses contrapostos e distintos, no outro os partícipes guardam entre si interesses comuns e coincidentes.

Cabe ressaltar que é inexigível licitação para a celebração de convênio, seja por incompatibilidade com o instituto do convênio, seja por inviabilidade do seu objeto.

A posição jurídica dos partícipes é una e mesma, diferindo quanto ao grau de cooperação de cada um. A consequência da igualdade jurídica dos partícipes é a possibilidade de resolução do acordo a qualquer tempo, independentemente do termo previamente ajustado, vale dizer, há liberdade de ingresso e de retirada das pessoas envolvidas.

Podemos caracterizar o convênio da seguinte forma:

- a) os objetivos institucionais comuns que possuem os entes convenientes;
- b) a obtenção de um resultado comum, que se insere nas atribuições de cada um dos órgãos ou pessoas envolvidas;
- c) mútua e recíproca colaboração, **não se cogitando de preço ou remuneração tal qual ocorre com os contratos;**
- d) a atuação paralela e conjunta das vontades, em contraposição aos interesses diversos e via de regra simétricos das relações sinalagmáticas;
- e) a distinção entre partes, termo aplicável aos contratos, e partícipes, indicada por Hely Lopes Meirelles; e, por fim,
- f) ausência de vinculação contratual, o que traz em consequência a inadmissibilidade de "cláusula de permanência obrigatória" - expressão utilizada por Di Pietro - e de sanções por inadimplemento"<sup>1</sup>.

É perceptível de plano a inexistência de tomada de serviços, porquanto, a despeito do interesse comum, há autonomia de atuação dos convenientes, de modo que a entidade conveniada não é uma prestadora de serviço, fato que obsta a aplicação do Enunciado nº 331, do TST.

---

<sup>1</sup> 5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 3a ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas. 1999, pp. 177 e segs.

## **2. Da Inaplicabilidade do Enunciado 331 do TST aos convênios firmados com a Administração Pública.**

Diz o Enunciado 331 do TST que:

- 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). (INCISO IV ALTERADO PELA RES. 96/2000, DJ 18.09.2000) ( grifo nosso).

O Referido Enunciado diz respeito à “*contratação de trabalhadores por empresa interposta*”. Este tipo de empresa fornece os seus empregados para que eles prestem seus serviços em outras empresas. Por outro lado temos a figura do “*Tomador de Serviços*” que por sua vez contrata a empresa interposta, a qual coloca seus empregados à serviço da empresa tomadora de serviço.

O Enunciado n.º 331 do TST considera como legítima a terceirização referente ao trabalho temporário, atividade de vigilância, conservação e limpeza, além das atividades-meio de uma empresa.

Portanto, para que seja considerada a terceirização ilegítima e assim possível a aplicação do Enunciado 331 é necessário que estejam presentes dois requisitos da relação de emprego em relação ao tomador, são eles: a subordinação direta e a pessoalidade, pois a pessoalidade e a subordinação não fazem parte da terceirização, onde se prima pela inexistência de caráter pessoal. Quanto à subordinação o empregado da empresa interposta recebe ordens e salário desta e não da tomadora de serviço.

Ocorre que o tomador de serviços também poderá dar pequenas ordens aos terceirizados com o fito de dar sequencia na atividade empresarial, que é muito dinâmica, sem que isso se transforme em uma terceirização ilegal. Porém, esta linha tênue provoca dúvidas quanto ao fato de estar ou não o empregado da empresa interposta subordinado à empresa tomadora de serviço, fato que poderá tornar a terceirização ilegal.

Além destes critérios outros orientam a decisões judiciais na aplicação do Enunciado 331 do TST: a idoneidade financeira da empresa contratada e o fato de algumas atividades serem bastante especializadas, possibilitado a terceirização da própria atividade-fim da empresa, embora o referido Enunciado preveja que a empresa (pública ou privada) não pode terceirizar suas atividades-fim, mas apenas as atividades meio.

Desta forma, tem-se entendido que na terceirização, e somente neste caso, possível a responsabilidade subsidiária das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviços ou locador de mão-de-obra temporária, quando este não dispor de condições econômicas/patrimoniais, devidamente comprovadas, para satisfazer as obrigações assumidas, em face da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

No caso da celebração de convênio não se tem presente a figura do prestador de serviços, não se fala em mão de obra temporária, não se tem em mira a situação financeira do partícipe, tampouco há que se considerar culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Como já aludido, no convênio, os objetivos são comuns. O objetivo é a pesquisa, o ensino, a coordenação de programas de investimentos e serviços públicos, razão pela qual não existe parte e sim partícipes na celebração de termo de convênio.

Assim, uma vez celebrado o ajuste com a Administração Pública por meio de convênio com a entidade privada dá-se início a execução de prestação de serviço público social.



Entende-se por serviço público social os serviços que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos, e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos.

Aí reside a diferença, pois quando a administração pública cria um programa para diminuir a sua atuação em certos segmentos permite que a entidades privadas assumam uma atividade pública, pois estas entidades, tais como associações, fundações, qualificadas ou não, não pertencem à administração pública, são criadas e funcionam sob a égide de normas privadas.

Resta portanto, demonstrado que o convênio não guarda qualquer relação com a situação tutelada pelo Enunciado 331 do TST, razão da impossibilidade jurídica da aplicação do referido enunciado no caso vertente. Neste sentido:

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DE PROJETO ESTRATÉGICO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TST.** Os fundamentos adotados pelo Regional indicam que o convênio celebrado entre os reclamados visou à elaboração e execução de projeto estratégico, com a finalidade de possibilitar à Fundação Pública uma otimização de sua missão institucional, não tendo a Funasa sido tomadora dos respectivos serviços. Neste contexto, afastada a hipótese de terceirização, não há falar em aplicação da Súmula nº 331, item IV, do TST e, por consequência, em atribuição à segunda reclamada, Funasa, da pretensa responsabilidade subsidiária. Intacta a Súmula nº 331, item IV, do TST. Recurso de revista não conhecido. (1015001320075100018 101500-13.2007.5.10.0018,

Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/08/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011, undefined);

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LEGALIDADE DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E OS PROGRAMAS FAMÍLIA SAUDÁVEL E AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331, IV, DO TST .Sendo incontroversa a celebração de convênio entre os Reclamados, visando a interesses convergentes, no caso, o fomento da saúde pública do Município, conclui-se que é inaplicável à hipótese a diretriz do item IV da Súmula 331 do TST. Recurso de Revista não conhecido. (393 393/2006-014-08-00.4, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 04/11/2009, 4ª Turma,, Data de Publicação: 13/11/2009, undefined);

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LEGALIDADE DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE BELÉM E A COMISSÃO DE BAIROS DE BELÉM. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331, IV, DO TST .Sendo incontroversa a celebração de convênio entre os Reclamados, visando a interesses convergentes, no caso, o fomento do programa de saúde à comunidade carente , conclui-se que é inaplicável à hipótese a diretriz do item IV da Súmula n.º 331 do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (634004920075080016 63400-49.2007.5.08.0016, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 25/03/2009, 4ª Turma,, Data de Publicação: 07/04/2009,undefined).

## BIBLIOGRAFICA

Constituição Federal/1988,

Lei 8.666/93

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 3a ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas. 1999, pp. 177 e segs.