

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBRIGAÇÃO DE FAZER APLICADA NO PROCESSO DO TRABALHO.

Tercio Roberto Peixoto Souza – Procurador do Município do Salvador, lotado a Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista, Advogado, Professor da UNIFACS – Universidade Salvador, Pós Graduado em Direito Público pela UNIFACS – Universidade Salvador e Mestre em Direito pela UFBA – Universidade Federal da Bahia.

Endereço completo para correspondência – Rua Frederico Simões, nº. 153, Sala 1206, Cep. 41820-774, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia.

Telefax (71) 3342-6755

e-mail: tercio@msampaioadvogados.com.br

Relação da produção intelectual anterior:

- SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Flexibilização Trabalhista: Entre o Pleno Emprego e o Direito Fundamental do Trabalhador. Revista de Direito do Trabalho, v. 130, ano 2008.
- SOUZA, Tercio Roberto Peixoto . Contrato de trabalho suspenso e a extinção do estabelecimento: o que fazer?. JURID Publicações Eletrônicas, v. III, p. 693, 2007.
- SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Novo tratamento do preposto do empregador no processo do trabalho . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1458, 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10088>>. Acesso em: 29 jun. 2010.
- SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. CIPA e a fiscalização de terceirizados . Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2539, 14 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=15021>>. Acesso em: 29 jun. 2010.

Palavras-chave: Responsabilidade; Administração Pública; Obrigação Processual.

Keywords: Responsibility; Public Administration; Procedural Imposition.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 DO REGIME GERAL DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. 3 SOBRE A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO EXECUTIVO. 4 DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. 5 DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E DO NÃO CABIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA ENQUANTO DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. 6 CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos modernos, as terceirizações, longe de serem uma exceção, tratam-se de uma inconteste regra. Sem entrar no mérito dos eventuais benefícios ou prejuízos que são causados aos prestadores, aos tomadores ou aos próprios trabalhadores, no que tange à utilização de tal expediente, o fato é que tem sido uma constante a contratação de terceiros para a prestação de serviços, seja por particulares, ou pela própria Administração pública.

Tal contratação teria por finalidade permitir uma maior especialização, por parte do prestador do serviço, bem como uma otimização de custos, por parte do contratante, sendo permitida não apenas implícita, mas explicitamente pelo ordenamento pátrio em relação à Administração Pública (tal qual se depreende da própria Lei 8666/93).

Dado o seu caráter eminentemente tuitivo, consagrado no princípio da proteção ao hipossuficiente, coube ao Direito do Trabalho apresentar alguns delineamentos acerca do regime da responsabilidade do tomador dos serviços, visando impedir o desamparo do próprio trabalhador que, em diversas oportunidades, viu-se vítima da fraude.

Com efeito, a partir da utilização indiscriminada subcontratação, notou-se a interposição de pessoas físicas ou jurídicas sem qualquer capacidade econômica de assegurar o adimplemento das obrigações trabalhistas, que fraudulentamente passaram a figurar entre o trabalhador e o beneficiário final dos serviços, o contratante.

Como não havia o vínculo de emprego entre o contratante e o trabalhador que lhe prestou serviços, não havia mecanismos para a responsabilização do tomador do serviço.

Insatisfeito com tal estado de coisas, o Poder Judiciário, notadamente o Especializado Trabalhista, consagrou entendimento no sentido de que cabe ao tomador do serviço a responsabilidade pelo adimplemento das parcelas decorrentes daquela relação. No influxo da ‘não-responsabilidade’ a prática tem identificado o intuito da ‘total-responsabilidade’ por parte do Tomador.

Ou seja, o Poder Judiciário tem entendido que cumpre ao tomador, responsabilizado na forma da Súmula 331 do TST, a responsabilidade pelo pagamento de todas as obrigações, inclusive processuais, tais como custas, multas e demais despesas eventualmente deferidas em favor do trabalhador.

Ocorre que, quando a terceirização envolve diretamente a Administração Pública, a questão acaba tornando-se um tanto mais complexa, dada a diversidade de regimes jurídicos implicados na relação entre a Administração, o contratado e o trabalhador.

Com efeito, a contratação pública demanda formalidades específicas e a execução do mesmo contrato impõe limites não apenas à atuação do Poder Público, mas em relação ao próprio regime da sua responsabilidade.

Quando tal realidade é apresentada no contexto processual trabalhista, agravam-se as dúvidas, críticas e o tratamento assistemático da matéria. Isso porque não se tem discutido, na esfera processual trabalhista, como conciliar a eventual obrigação de fazer imposta ao devedor principal com a responsabilidade da Administração Pública, demandada como responsável subsidiária na demanda.

Daí, em hipótese concreta, facilmente apurada nas lides trabalhistas, nota-se verdadeiro ‘Deus nos acuda’ diante dos conseqüências daquela questão: Pode o Juízo impor ao ente público, na condição de devedor subsidiário, obrigação de fazer inicialmente devida ao verdadeiro empregador? Poderia o Município ser instado a, por exemplo, assinar a CTPS de um determinado trabalhador, para proceder-lhe a baixa do vínculo, em lugar da empresa prestadora do serviço? Poderia ser cominada multa em desfavor da Municipalidade pelo não cumprimento da obrigação pelo devedor principal?

Através do presente, busca-se o delineamento dos adequados contornos da matéria, a fim de que se desconstrua a noção de responsabilidade total e absoluta que se pretende impor à Administração, respondendo-se as perguntas acima dentro de alguma lógica sistêmica.

2. DO REGIME GERAL DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO.

O primeiro aspecto a que se deve fazer menção é o de que, em regra, cumpre apenas ao empregador a responsabilidade pelo adimplemento das parcelas decorrentes do contrato de trabalho.

Contudo, a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº. 6019/74) imputou como solidária a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços em relação às verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização na hipótese de falência da empresa de trabalho temporário (art. 16).

Ocorre que, como bem destaca Maurício Godinho Delgado¹ a solidariedade estava restrita ao pagamento daquelas verbas, com a condição de decretação de falência da empresa de trabalho temporário.

Diversos foram os esforços no sentido de se consagrar a responsabilidade que, a partir do entendimento de uma série de dispositivos legais e constitucionais, culminou com o

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2008. P. 432.

atual entendimento fixado na Súmula nº. 331 do E. Tribunal Superior do Trabalho. Aquela Súmula está assim vazada:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida)

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).

O entendimento constante da Súmula nº. 331 do E. Tribunal Superior do Trabalho tem por objetivo cessar o possível conluio entre empresas tomadoras e prestadoras de serviços que estejam com o intuito de fraudar a legislação trabalhista e, conseqüentemente, não pagar as verbas trabalhistas de seus empregados.

A mais alta Corte Trabalhista pretendeu, ao transformar em Súmula o entendimento em apreço, proteger o empregado de situação que se tornou corriqueira no País, qual seja, o fechamento repentino de empresas prestadoras de serviços que deixavam em desamparo os empregados a estas vinculados, os quais não tinham contra quem reclamar perante a Justiça do Trabalho.

Tal enunciado da posição dominante do TST indica claramente que na hipótese de terceirização, não há como se proceder ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a Administração Pública, na forma do art. 37 da CF/88 (inciso II da Súmula), mas igualmente demonstra que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações(Inciso IV).

Segundo Maurício Godinho Delgado tal esforço hermenêutico se deu:

“seja por analogia com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (art. 16, Lei 6.019/74); art. 2º da CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não-eventual, pessoal e oneroso; art. 8º, CLT, dispõe sobre a integração jurídica), seja por analogia com preceitos inerentes ao próprio Direito comum (arts. 159 e 160, I, in fine, CCB/1916, por exemplo)”.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento² demonstra que a intenção da aludida Súmula 331 fora justamente o de apurar o princípio finalístico da prestação do serviço, qual seja o de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Afinal, em última instância, o tomador teria sido beneficiário do serviço prestado pelo trabalhador, além de ser responsável pela escolha inadequada, capaz de ensejar prejuízos para os obreiros.

No que toca especialmente ao entendimento indicado no inciso IV da aludida Súmula, que trata da responsabilidade do tomador do serviço, cumpre especial atenção ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297751/1996, relatado pelo Min. Milton de Moura França, através do qual foi autorizada a redação atual daquela parte da Súmula.

Sem ingressar no mérito da argumentação apresentada pelo E. TST, as suas razões de decidir foram assim pontuadas:

“Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. (...)

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 374.

Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

(...) Por força da norma em exame, a irresponsabilidade da Administração Pública, em decorrência de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte daquele com quem contratou a execução de obra ou serviço, assenta-se no fato de sua atuação adequar-se aos limites e padrões da normatividade disciplinadora da relação contratual.

(...)

Evidenciado, no entanto, que o descumprimento das obrigações, por parte do contratado, decorreu igualmente de seu comportamento omissivo ou irregular em não fiscalizá-lo, em típica culpa in vigilando, inaceitável que não possa pelo menos responder subsidiariamente pelas conseqüências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro, no caso, o empregado.

(...)

Realmente, admitir-se o contrário, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame, em detrimento de uma exegese sistemática, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica.

(...)

Aliás, outra não é a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que ao dispor, "que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração pública.

(...)

Some-se aos fundamentos expostos que o art. 195, § 3º também da Constituição Federal é expresso ao preconizar que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais", o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.883/94, ao dispor que "prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei", providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo.

(...)

Registre-se, finalmente, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.

(...)

Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

Como ensina Hely Lopes Meirelles, em caso de dano resultante de obra, que, guardada a peculiaridade, mas perfeitamente aplicável à hipótese em exame, porque evidencia a natureza da responsabilidade sem culpa da Administração, "o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro" (Direito Administrativo - 16ª Edição RT. pág. 553 - 1991).(...)

Ou seja, fora reconhecida pelo E. TST como premissa para o seu raciocínio que é constitucionalmente válida a imputação de responsabilidade patrimonial à Administração porque inegável as parcelas a que se pretende proteger, no caso os direitos materiais dos trabalhadores e, diante da consagração da responsabilidade administrativa sob a modalidade do risco administrativo, a Constituição Federal autorizaria a imposição de 'responsabilidade sem culpa da Administração.

É nesse sentido que o E. Tribunal Superior do Trabalho compreende a questão da responsabilidade, que nos dizeres do Ministro Ives Gandra Martins da Silva Filho³, podem ser assim pontuados:

4. "In casu", a responsabilidade subsidiária decorre de dois fatores: a) a prestação direta dos serviços do empregado é para a empresa estatal, que se beneficia da força de trabalho alheia; e b) se a prestadora dos serviços que forneceu a mão-de-obra não é idônea ou não paga os salários de seus empregados, a estatal que a contratou tem culpa "in eligendo" ou "in vigilando" com relação à empresa terceirizada.

5. O que não se admite em matéria de Direito do Trabalho é a empresa tomadora dos serviços beneficiar-se do esforço humano produtivo e depois o trabalhador que o despendeu ficar sem receber a retribuição que tem caráter alimentar.

6. Assim, não há que se falar em violação do art. 37, "caput", da Constituição Federal, que prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, uma vez que não se discutiu, na decisão rescindenda, se era ou não necessário o concurso público antes da Constituição Federal de 1988, até porque reconhecida a inexistência de vínculo empregatício entre a Reclamante e o Banco, pois o foco da controvérsia voltou-se para o fato de que este beneficiou-se do labor da Autora (digitadora), uma vez que ela exercia função típica de sua atividade-fim, de modo que o "decisum" está devidamente respaldado numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico-trabalhista".

³ Acórdão unânime da SDI II do E. TST, proferido nos autos do Proc. nº ROAR - 1940-2001-000-15-00, publicado no DJ no dia 06/02/2004, que teve como relator o ilustre Ministro Ives Gandra Martins da Silva Filho

Ou seja, o fundamento apresentado pelo E. Tribunal Superior do Trabalho para a consolidação do entendimento apontado na Súmula 331 é justamente a afetação da riqueza gerada pelo trabalhador em favor do pagamento das suas verbas contratuais, de um lado, e a responsabilidade civil do tomador que, dada a sua culpa *eligendo ou in vigilando*, de outro, pode permitir que sejam causados danos em desfavor dos trabalhadores.

É justamente nesse sentido que têm sido proferidos diversos julgados, em todo o Poder Judiciário Trabalhista, inclusive no âmbito do E. Tribunal Superior do Trabalho:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO-CONHECIMENTO – DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 71 DA LEI Nº 8666/93 NÃO CONFIGURADA – Embora o artigo 71 da Lei nº 8666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. *Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária.* Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR 471868 – 4ª T. – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 31.08.2001 – p. 650)

O entendimento apontado acima, aparentemente contraria expressa disposição legal. Isso porque a Lei Federal 8.666, de 21/06/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para Licitações e Contratos da Administração Pública, em seu art. 71, dispõe que:

“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 estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento...”

A declaração de constitucionalidade do aludido dispositivo encontra-se subordinada ao controle concentrado de constitucionalidade pelo E. Supremo Tribunal Federal, através da ADC-DF nº. 16-9, não cabendo a esse estudo a sua análise.

De todo modo, parte-se da premissa fática de que tem-se imputado a responsabilidade subsidiária à Administração, quando na condição de tomador, na hipótese de não adimplemento das verbas trabalhistas pelo devedor principal, o real empregador.

Contudo, é preciso indicar tais premissas, para que se possa, com, efeito, conhecer os problemas que permeiam o objeto do presente trabalho. Tal qual denuncia Popper⁴ “um, assim chamado, assunto científico é, meramente, um conglomerado de problemas e soluções tentadas, demarcado de uma forma artificial. O que realmente existe são problemas e soluções e tradições científicas”⁵.

3. SOBRE A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO EXECUTIVO

Tal qual indicam Fredie Didier, Rafael Oliveira e outros⁶ o direito a uma prestação é o poder jurídico de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação que, caso inadimplida, recairão sobre o patrimônio do devedor ou de terceiros previstos em lei.

Daí porque a responsabilidade patrimonial seria a sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis, às providências executivas voltadas à efetiva satisfação da obrigação.

⁴ POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 19.

⁶ DIDIER JR, Fredie, OLIVEIRA, Rafael et all. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. P. 247.

Contudo, é preciso trazer à lume a explicação daqueles no que toca às regras sobre responsabilidade patrimonial, fazendo a necessária distinção acerca do teor material ou processual da lei que assim disponha.

Com efeito⁷:

‘uma regra sobre responsabilidade patrimonial, ao determinar qual é o sujeito que deve responder pelo cumprimento da obrigação, é uma regra de Direito material. Cuida de regular o processo obrigacional, definindo as posições jurídicas que os sujeitos devem assumir em determinada relação jurídica. Serve ao órgão jurisdicional como diretriz para a tomada de suas decisões. É o Direito material que determina quem é o responsável pela obrigação. Uma norma de direito material é uma norma de decisão: serve para a solução do problema jurídico posto à apreciação do órgão jurisdicional. E as regras sobre responsabilidade patrimonial têm essa função.

As regras que estabelecem limitações à responsabilidade patrimonial, impedindo que determinados bens sirvam à garantia da obrigação, são, porém, regras processuais, pois servem de controle ao exercício da função jurisdicional executiva. Uma regra é processual quando serve para definir o modo pelo qual o poder pode ser exercido. Ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como regra de Direito Processual.’”

Pois bem, feitas tais considerações, facilmente se depreende que, de fato, as regras definidoras da responsabilidade patrimonial da Administração Pública, inclusive aquelas ‘previstas’ na Súmula 331 do TST, possuem natureza eminentemente material, dado que definem, ao fim e ao cabo, a possibilidade de responsabilização do ente público, na hipótese de inadimplemento.

Não se tratam, portanto, de regras de caráter processual, dado que somente podem assim considerar aquelas que impõe, por exemplo, a impenhorabilidade do patrimônio público, segundo a lição acima indicada.

De outro lado, é preciso que se note que a prática judiciária tem equiparado a responsabilidade da Administração à posição do fiador, dentro da regra de responsabilidade geral, prevista no Código de Processo Civil.

Nesse sentido, os seguintes precedentes demonstram claramente tal entendimento, servindo este, inclusive, como fundamento para uma série de parcelas, dentre as quais, a própria multa prevista no artigo 477 ou 467, ambos da CLT:

⁷ DIDIER JR, Fredie, OLIVEIRA, Rafael et all. Curso de Direito Processual Civil: Execução. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. P. 255.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA/INDIRETA. TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA . A responsabilidade subsidiária não pode ser afastada com base no parágrafo 1º do art. 71 da Lei 8666/93 eis que tal dispositivo legal somente poderá beneficiar a Administração Pública quando esta comprovar que fiscalizou a efetiva satisfação das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da empresa que lhe oferece mão de obra, exigindo que esta comprove mensalmente o cumprimento das referidas obrigações, sendo certo que o ente público pode reter os pagamentos referentes à execução do contrato, ou até mesmo rescindi-lo, como forma de coibir a infringência de leis trabalhistas e previdenciárias por parte da prestadora de serviços. O dispositivo legal invocado pela recorrente não pode favorecer a Administração Pública quando esta, por omissão, participa da lesão perpetrada contra trabalhadores de cuja mão de obra se beneficia. 2- *Responsabilidade Subsidiária. Abrangência: . O responsável subsidiariamente, assemelha-se a figura do avalista ou fiador, está na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a satisfação total do credor e portanto responde por todos os créditos deferidos ao reclamante, inclusive multa do artigo 477 e multa do artigo 467 da CLT. Entendimento congruente aos termos da Súmula 331, IV do C. TST*⁸.

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Para que haja a responsabilização subsidiária do segundo reclamado, faz-se necessário o inadimplemento por parte da empregadora. *Restando evidenciada a inexistência de bens da executada principal e de valores nas contas bancárias da empregadora, incumbia ao agravante indicar bens do devedor principal para que se desobrigasse de responder pelos débitos devidos ao exequente, a exemplo do que ocorre com o fiador (artigo 827, parágrafo único do Código Civil e artigo 595, "caput" do CPC), o que não se verificou. Agravo improvido.*⁹

No mesmo sentido, o E. Tribunal Superior do Trabalho¹⁰, sobre o tema assim se pronunciou:

(...) DIREITO DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - ENTE PÚBLICO. Para o Direito do Trabalho, que tem o intuito de proteger os trabalhadores quanto à liquidez dos seus créditos, importa apenas que empresas e/ou instituições distintas e autônomas, com o escopo de bem desenvolverem suas atividades econômicas ou não, se associaram contratualmente e intermediaram mão-de-obra, dando causa à responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, na forma do item IV da Súmula 331 do c. TST, o qual se encontra em perfeita consonância com a Constituição Federal, em

⁸ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ex-Officio e Ordinário: 953200706802006 SP 00953-2007-068-02-00-6. Relator(a): Marcelo Freire Gonçalves. Julgamento: 08/04/2010. Órgão Julgador: 12ª turma. Publicação: 20/04/2010.

⁹ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo De Petição: Ap 233200401810008 Df 00233-2004-018-10-00-8. Relator(a): Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos. Julgamento: 19/05/2008. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: 30/05/2008.

¹⁰ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo De Instrumento Em Recurso De Revista: AIRR 207 207/2006-006-08-40.7. Relator(a): José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. Julgamento: 02/05/2007. Órgão Julgador: 5ª Turma. Publicação: DJ 25/05/2007.

seus artigos 1º, III e IV; 5º, 6º, 7º, 100, 170, caput e 173, § 1º, e Lei Complementar nº 5.172/62. (...) Como se vê, o tomador dos serviços de empregado terceirizado, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, responde subsidiariamente por todas as obrigações trabalhistas imputadas ao contratado, empregador direto, sendo absolutamente irrelevante, para eximi-lo dessa responsabilidade, não ter contribuído para esse descumprimento ou não ter tido possibilidade de evitá-lo. *Afinal, o responsável subsidiário tem, nesse caso, posição jurídica semelhante à do fiador ou do avalista de obrigações civis ou cambiais: sua responsabilidade integral decorre, pura e simplesmente, do inadimplemento das obrigações por eles garantidas, não se podendo pretender que respondam apenas pela parte daquelas obrigações para cujo descumprimento tenham de alguma forma contribuído.* Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Agravo. ISTO POSTO. ACORDAM os Senhores Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho em, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento. Brasília, 02 de maio de 2007. José Pedro De Camargo. Juiz Convocado Relator

Sendo assim, o presente estudo deve remeter à análise do art. 595 do CPC, que ainda segundo a lição de Fredie Didier e Rafael Oliveira¹¹ impõe ao fiador a condição de devedor e responsável, embora a sua obrigação seja tão somente acessória.

Ou seja, em relação ao fiador, o benefício de ordem previsto no CPC autoriza o benefício e excussão, autorizando, inclusive que o mesmo indique bens em nome do devedor, na tentativa de deixar à salvo os seus, assim como pode o fiador exigir a respectiva reparação dos danos sofridos frente ao devedor principal, em caso de pagamento do débito desse último.

Feita tal análise, cumpre agora aduzir acerca do regime da execução específica, das obrigações de fazer, de não-fazer e de entregar coisa distinta de dinheiro.

4. DA OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO-FAZER E ENTREGAR COISA.

No que tange ao regime geral das obrigações de fazer, não-fazer ou entregar coisa, é preciso mais uma vez remeter ao CPC, desta feita em relação aos arts. 461 e 461-A, os quais positivaram, definitivamente, as chamadas sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, assim vazados:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o

¹¹ Idem, p. 285.

pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1o Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2o Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3o Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.

Não obstante não seja da essência desse trabalho um estudo exauriente à respeito daqueles dispositivos, para o presente estudo faz-se necessário indicar as bases elementares acerca da compreensão do instituto.

Para tanto, em primeiro plano, cumpre evidenciar a posição de Arruda Alvim¹² que de longa data apresenta o tema sob os seguintes dizeres:

“A execução das obrigações de fazer e de não fazer, à luz da disciplina concretizada no art. 461 do Código de Processo Civil, com a redação decorrente da Lei nº. 8.952, de 13-12-1994, deve ser havida como modalidade de execução indireta com o fito de obter a especificidade da prestação, em que se aspira por excelência a uma modificação de comportamento do devedor, que não cumpre a obrigação, mas que, compelido pelo Judiciário, eficientemente, acaba realizando aquilo o que se obrigara. *Nesta modalidade de execução, portanto, não há propriamente sub-rogação, senão que ela pode e deve decorrer da conduta do próprio obrigado*”.

¹² ALVIM, Arruda. Obrigações de Fazer e de Não Fazer – Direito Material e Processo in TEIXEIRA, Sávio Figueiredo Teixeira. Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67.

Ou seja, segundo tal entendimento, a finalidade da imposição é justamente para que seja compelido o próprio devedor ao cumprimento daquilo o que se obrigara, ou seja, seja produzido em seu espírito uma modificação de comportamento, para que, pessoalmente, o devedor cumpra à obrigação.

Avançando-se sobre tal questão, admite-se como noção elementar, prevista em lei, a de que o Juiz pode determinar as medidas necessárias no sentido de prover a efetivação da tutela ou obtenção do resultado prático equivalente.

Sendo assim, a função daquele instituto é tão somente a imposição da obrigação de fazer ou não-fazer à parte, sendo certo que tal obrigação somente se converterá em perdas e danos na hipótese de optar o autor por tal expediente, ou ser impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Nesses casos, a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa prevista no artigo 287 do CPC (astreintes) incidente em caso de descumprimento da obrigação fixada judicialmente.

Isso porque, é preciso que se diga, as astreintes constituem-se em multa, aplicada ao devedor recalcitrante, sendo independentes das eventuais perdas e danos. Com efeito, 'a a astreinte foi uma criação da jurisprudência, e sua história é dominada por uma ruptura progressiva com a teoria das perdas e danos. Vale dizer, se inicialmente as multas eram representativas do que viriam a ser as perdas e danos, sucessivamente, ocorreu desvinculação, do que resultou a autonomia das astreintes.'¹³.

É preciso, ainda, indicar com clareza que a imposição daquela multa (astreinte) deve ser compatível com a própria obrigação. Daí porque Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁴ menciona expressamente que:

¹³ ALVIM, Arruda. Obrigações de Fazer e de Não Fazer – Direito Material e Processo in TEIXEIRA, Sávio Figueiredo Teixeira. Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 82.

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 945.

“(...) o juiz poderá, na sentença, impor multa diária (astreinte) ao réu (provimento judicial executivo lato sensu), independentemente de pedido do autor, *se for suficiente ou compatível com a obrigação*, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Ou seja, de acordo com a lição daquele mestre, a fixação daquela imposição deve, em primeiro lugar, ser compatível com a obrigação judicialmente fixada.

Não por outra razão, Nelson Nery Junior¹⁵ assim se posiciona sobre as aludidas multas:

“deve ser imposta a multa de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar valor em quantia pensando no pagamento. *O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo Juiz*”

No mesmo sentido, Mauro Schiavi¹⁶:

“Pensamos que o valor da multa deve ser razoável em compasso com a natureza da obrigação, a probabilidade de cumprimento, o comportamento do devedor e a efetividade do cumprimento da obrigação. As astreintes podem ser majoradas ou reduzidas de ofício pelo Juiz se se tornou excessiva ou insuficiente a garantia da execução, conforme faculta o §6º do art. 461, do CPC.”

Sendo assim, na fixação daquelas multas, é preciso não apenas a aferição da sua identidade com a própria obrigação, e a sua natureza (material), bem como, ao que parece, a apuração da própria relação processual em destaque.

Por isso, impossível a imposição de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública quando na condição típica de devedor subsidiário. Veja-se.

5. DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E DO NÃO CABIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA ENQUANTO DEVEDOR SUBSIDIÁRIO

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 673.

¹⁶ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 892.

A imposição de obrigação de fazer ao devedor principal não pode repercutir, sob qualquer aspecto, em face do devedor subsidiário, como a Fazenda Pública, nas reclamações trabalhistas, fundado na S. 331 do TST.

Em primeiro lugar, porque a obrigação de fazer, tal qual mencionado, visa, por essência, a responsabilidade pessoal e indelegável do obrigado. Ou seja, a tutela específica visa, tal qual já abordado, precipuamente que o próprio devedor assuma, ou melhor, cumpra o encargo a que, por lei ou avença se obrigara.

No mesmo sentido, Fredie Didier e Rafael Oliveira¹⁷:

“As obrigações (repita-se: em sentido amplo) tuteladas pelo art. 461 do CPC são aquelas que têm por objeto imediato uma conduta positiva ou negativa do devedor e que têm por objeto mediato uma prestação de fato, assim entendida *aquela que exige uma atividade pessoal do devedor.*”

Se é assim, então não se poderia exigir de um terceiro o efetivo cumprimento daquela obrigação de fazer ou não-fazer ou entregar. Daí porque é evidente o descabimento da cominação daquela obrigação em desfavor do mero devedor subsidiário que, efetivamente, não possui qualquer obrigação, seja legal, seja contratual, de assim proceder.

No mesmo sentido, e ainda de acordo com a natureza daquela tutela específica, é preciso identificar que a verdadeira efetividade da decisão judicial estaria não na mera imposição do cumprimento, por parte do devedor principal da obrigação, mas na imposição judicial, direta, dos efeitos pretendidos.

Mauro Schiavi¹⁸ indica alguns exemplos frequentes de obrigações de fazer executáveis na Justiça do Trabalho, entre as quais a reintegração de empregado estável, a anotação do registro do contrato de trabalho na CPTS do trabalhador, a determinação de promoção do empregado, a obrigação de entrega das guias de seguro-desemprego e/ou TRCT, para fins de saque do FGTS.

¹⁷ Idem. p. 422.

¹⁸ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 891.

Nessas hipóteses, evidente que a tutela jurisdicional se daria de forma muito mais efetiva se o próprio Juízo determinasse, através de alvará, a liberação do FGTS eventualmente depositado, bem como a concessão do seguro-desemprego ou, determinar à Secretaria da Vara a anotação na CTPS do trabalhador, somente a título de exemplo.

Sobre essa última hipótese, o regime geral da obrigação de anotação da CTPS do trabalhador está prevista nos arts. 29 e seguintes da CLT, não havendo dúvida quanto à obrigação do empregador em proceder às anotações previstas em lei.

Contudo, tal obrigação de fazer não se adéqua à relação jurídica existente em relação ao devedor subsidiário, dado que esse não poderia, jamais, por exemplo, proceder validamente as anotações devidas nas CTPS dos trabalhadores, embora eventualmente a administração seja responsável pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas ao trabalhador, na forma da Súmula 331 do TST.

Por isso mesmo que algumas cortes pátrias, inclusive o E. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, acertadamente entendem ser impossível a fixação de imposição de obrigação de fazer, quando a decisão judicial correspondente à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador se dará de maneira muito mais efetiva com a determinação da anotação pela própria Secretaria da Vara do Trabalho, na forma do art. 39 da CLT:

ANOTAÇÃO DA CTPS. MULTA DIÁRIA. Ante a possibilidade de a Secretaria da Vara do Trabalho realizar a anotação da CTPS, se descumprida pelo empregador, incabível a imposição de multa diária.¹⁹

MULTA DIÁRIA. ASSINATURA DE CTPS. Não se pode impor a multa por mora patronal, já que o art. 39 da CLT autoriza a que a Secretaria da vara do trabalho de origem faça as anotações necessárias do vínculo de emprego, na Carteira de trabalho e previdência social do obreiro. Inteligência dos arts. 247 do Código Civil, e 461, § 1º do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicados.²⁰

¹⁹ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0081500-69.2008.5.05.0026 RecOrd, ac. nº 014524/2009. Relatora Desembargadora Marama Carneiro. 1ª. TURMA. DJ 19/06/2009.

²⁰ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0028200-71.2007.5.05.0401 RecOrd, ac. nº 005773/2009, Relator Desembargador Valtércio De Oliveira. 4ª. TURMA. DJ 26/03/2009.

Por isso Cassio Scarpinella Bueno²¹ indica que a ‘diferença entre a tutela específica e o resultado prático equivalente ao do adimplemento repousa muito mais nos mecanismos a serem empregados jurisdicionalmente para obtenção do cumprimento da obrigação (pedido imediato) do que, propriamente, no bem da vida pretendido pelo autor (pedido mediato)’. O resultado prático é o mais relevante.

Identificado o não cabimento daquela obrigação, pela sua não identificação com a natureza da prestação a que se busca, é preciso, ainda, indicar o não cabimento da conseqüente multa por inadimplemento.

Isso porque, sendo impossível a cominação da obrigação de fazer, evidente o não cabimento da conseqüente multa por inadimplemento (287 do CPC), bem como a sua exigibilidade em caso de responsabilidade subsidiária.

Nesse sentido é possível mencionar a posição de alguns Tribunais que claramente indicam tal impropriedade:

“DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. A obrigação de registro é do empregador, em caso de descumprimento, da Secretaria da Vara. Assim, não tendo o tomador de serviço como evitar tal descumprimento, a ele não pode ser imputada a responsabilidade subsidiária, pois se na constância do contrato entre as partes até se poderia exigir do Estado contratante a responsabilidade in vigilando, após a rescisão, e sendo cominado em juízo obrigação que cabe, exclusivamente, à prestadora de serviço, não há como o Ente recorrente compelir ao cumprimento de tal obrigação.”²²

Ainda faz-se necessária a análise da questão sob a ótica exclusivamente da responsabilidade.

Com efeito, tal qual já mencionado, a responsabilidade da Administração, segundo o entendimento firmado, no âmbito da Súmula 331 do E. TST, trata-se do reconhecimento de obrigação de ordem material.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil Interpretado. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 1.404.

²² Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 14 Região - Recurso Ordinário: Ro 90820074041400 Ro 00908.2007.404.14.00. Relator(a): Juíza Vania Maria Da Rocha Abensur. Julgamento: 29/10/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Detrt14 n.204, de 03/11/2008”

A responsabilidade pelo débito, segundo posição consolidada na jurisprudência, e tal qual mencionado, decorre categoricamente da relação jurídico material existente entre o trabalhador e a Administração, unidos pelo liame da responsabilidade.

Tal qual mencionado, a responsabilidade de adimplir aos eventuais débitos não pagos por parte do tomador do serviço frente ao trabalhador decorre diretamente da ‘regra’ de direito material consagrada no entendimento sumulado. Isso porque, o item IV, da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, está assim vazada:

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).”

Sendo assim, a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas é a única, ao fim e ao cabo, que se poderia exigir da própria Administração, segundo o entendimento consolidado.

Portanto, mesmo o entendimento sumular veda expressamente a imposição de responsabilidade ao tomador do serviço quando a natureza da obrigação em jogo não for aquela qualificada como ‘obrigação trabalhista’.

Daí porque, facilmente se pode identificar, que a imposição de uma determinada obrigação de fazer, longe de constituir-se em uma obrigação trabalhista, trata-se de evidente cominação de ordem processual, já que fundado, exclusivamente, no preceito do art. 461 do CPC.

Fora justamente tal a justificativa apresentada pelo E. STJ, na compreensão do instituto, capaz de infirmar, segundo o quando demonstra o aresto abaixo, a possibilidade de limitação daquela multa.

Ou seja, dado o caráter eminentemente processual, autônomo, portanto, do instituto, não caberia a limitação daquela cominação:

PROCESSUAL CIVIL. 1) EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA IMPOSTA NO DESPACHO INICIAL. VALIDADE. 2) "ASTREINTE", CONSISTENTE EM ELEVADA MULTA, FIXADA LIMINARMENTE PARA A OUTORGA DE ESCRITURA. VALIDADE. 3) ALEGAÇÃO DE INSUBSISTÊNCIA DA MULTA, EM VIRTUDE DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, AFASTADA; 4) EMBARGOS DO DEVEDOR REJEITADOS DIANTE DE ANTERIOR JULGAMENTO; 5) VALOR DA MULTA COMINATÓRIA COM NATUREZA DE "ASTREINTE", TÍMIDA MODALIDADE BRASILEIRA DO "CONTEMPT OF COURT", DERIVA DE SANÇÃO PROCESSUAL, QUE NÃO SOFRE A LIMITAÇÃO DA NORMA DE DIREITO CIVIL PELA QUAL O VALOR DA MULTA NÃO PODE ULTRAPASSAR O DO PRINCIPAL. (...) 4.- A limitação, no âmbito do direito contratual, do valor da multa ao valor da obrigação principal (art. 920 do Cód. Civil/1916) não se aplica à multa de natureza de "astreinte", a qual constitui eficaz instrumento processual de coerção indireta para a efetividade do processo de execução, ainda, no processo nacional, tímido instrumento, se comparado com o "contempt of Court" do Direito anglo-americano, que responsabiliza mais fortemente a parte recalcitrante e o próprio patrocínio temerário desta. 5.- O valor da multa cominatória como "astreinte" há de ser naturalmente elevado, no caso de dirigir-se a devedor de grande capacidade econômica, para que se torne efetiva a coerção indireta ao cumprimento sem delongas da decisão judicial. 6.- Recurso Especial improvido.²³

No mesmo sentido:

AGRAVO DE PETIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA FIXADA NO TÍTULO JUDICIAL EXEQÜENDO. COISA JULGADA. INCIDÊNCIA. Demonstrado nos autos que o Município-agravante não se atentou para os comandos inseridos no dispositivo da sentença, vez que a pretendida incorporação salarial somente veio a ser materializada em outubro/2007, no curso do processo de execução forçada, deve ser aplicada multa "astreintes", *de natureza processual*, em obediência à coisa julgada material. Agravo improvido.²⁴

Portanto, seguindo o entendimento firmado, dada a natureza eminentemente processual da parcela, é evidente que o devedor subsidiário, com base na S. 331 do TST, não possui qualquer responsabilidade quanto ao seu eventual adimplemento, seja direta, seja indiretamente.

²³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 940309 MT 2007/0077995-4. Relator(a): Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 11/05/2010. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Publicação: DJe 25/05/2010.

²⁴ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. AGRAVO DE PETIÇÃO: AP 19520071111400 RO. 00195.2007.111.14.00. Relator(a): JUÍZA ELANA CARDOSO LOPES LEIVA DE FARIA. Julgamento: 18/12/2008. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DETRT14 n.241, de 26/12/2008

Por fim, ainda é preciso mencionar a incompatibilidade daquela responsabilidade à própria noção de fiança, defendida como alguns como sendo o equivalente à responsabilidade subsidiária, tal qual já mencionado.

Pontes de Miranda²⁵ ao conceituar a fiança indica claramente que o fiador se obriga (ou é obrigado) ao adimplemento *apenas* do contrato ou negócio jurídico, sem qualquer outra dívida que decorreu, decorre ou decorrerá daquela obrigação. Verbis:

A fiança é promessa de ato-fato jurídico ou de outro ato jurídico, porque o que se promete é o adimplemento do contrato, ou do negócio jurídico unilateral, nu de outra fonte de dívida, de que se irradiou, ou se irradia. ou vai irradiar-se a dívida de outrem.

(...)

O fiador vincula-se à prática do ato de outrem, que é o. devedor principal: o fiador tem de adimplir o que prometeu.. Em consequência disso, é devedor daquilo que prometeu: o ato-fato jurídico do pagamento, ou outro ato jurídico de adimplemente

Sendo assim, mesmo diante da equiparação da responsabilidade subsidiária com a fiança, como têm insistido alguns Tribunais pátrios, fica clara a impropriedade da imposição de qualquer obrigação processual ao responsável subsidiário.

Por óbvio, diante daquela limitação, a vedação persiste não apenas em relação à imposição da obrigação processual, como em relação à multa cominatória dele decorrente ou mesmo as eventuais perdas e danos passíveis de serem exigidas do devedor principal em face do seu inadimplemento.

Afinal, não fora o ente público o responsável pelo descumprimento, tampouco eventuais prejuízos sofridos pelo descumprimento da ordem judicial.

Evidente, assim, o não cabimento da imposição de qualquer obrigação de fazer em desfavor do obrigado subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas ao trabalhador.

6. CONCLUSÕES

A partir do quanto fora apresentado é evidente a infirmação da pretensa verdade que se apresenta, qual seja, a que pretende impor responsabilidade, ampla, geral e irrestrita ao

²⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. T. 44. Campinas: Bookseller, 2006.

devedor subsidiário pelas obrigações deferidas, em Juízo, em favor do trabalhador terceirizado.

A partir das premissas ora postas, restou evidente o não cabimento de cominação de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública, quando o ente público figura em Juízo na condição de devedor subsidiário, quando tal obrigação de fazer inicialmente era devida ao verdadeiro empregador.

Da mesma forma, restou demonstrado que, tão somente a título de exemplo, é ilegítima a imposição ao ente público, a, por exemplo, assinar a CTPS de um determinado trabalhador, para proceder-lhe a baixa do vínculo, em lugar da empresa prestadora do serviço, bem como outras obrigações de fazer cuja eficácia, no particular, restarão absolutamente manietadas.

Dada a impropriedade mencionada, manifesta a impossibilidade de imposição de multa ou mesmo de responsabilidade pelas perdas e danos em desfavor da Municipalidade pelo não cumprimento da obrigação pelo devedor principal. E sendo assim, não poderão ser imputadas em seus efeitos ao Poder Público, no particular.

Resta evidente que, a partir de um delineamento sensato, seguindo os adequados contornos da matéria, evidente a falsidade da premissa que pretende a responsabilidade total e absoluta da Administração, no particular.

A submissão de tal resposta à testabilidade, refutabilidade ou falsificabilidade é importante critério de demarcação da tese como fruto do pensamento científico.

No particular, é relevante demonstrar que as conclusões a que se busca nesta oportunidade não são fruto de uma mera ideologia. Aliás, é justamente um apego exagerado a determinadas ideologias, afetos a verdadeiro dogmatismo, que impede um adequado desenvolvimento do Direito do Trabalho.

O presente questionamento trata-se da tentativa de reafirmar a incoerência das respostas atribuídas até então, às questões mencionadas. Fora demonstrada a falta de razão do posicionamento que pretende a responsabilidade irrestrita da Administração. Se a

imposição da própria responsabilidade subsidiária à Administração é questionável, tal qual evidenciado, não se pode, sem qualquer razão legítima, impor a responsabilidade de todos os cidadãos, meramente representados pelo ente público, ao adimplemento de obrigação de ordem eminentemente processual, devida por um terceiro. Essa, sim, é a verdadeira premissa.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Obrigações de Fazer e de Não Fazer – Direito Material e Processo in TEIXEIRA, Sávio Figueiredo Teixeira. Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 940309 MT 2007/0077995-4. Relator(a): Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 11/05/2010. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Publicação: DJe 25/05/2010.

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 10 Região. Agravo De Peticao: Ap 233200401810008 Df 00233-2004-018-10-00-8. Relator(a): Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos. Julgamento: 19/05/2008. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: 30/05/2008.

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 14 Região - Recurso Ordinario: Ro 90820074041400 Ro 00908.2007.404.14.00. Relator(a): Juíza Vania Maria Da Rocha Abensur. Julgamento: 29/10/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Detrt14 n.204, de 03/11/2008.

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. AGRAVO DE PETICAO: AP 19520071111400 RO. 00195.2007.111.14.00. Relator(a): JUÍZA ELANA CARDOSO LOPES LEIVA DE FARIA. Julgamento: 18/12/2008. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DETRT14 n.241, de 26/12/2008.

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ex-Officio e Ordinario: 953200706802006 SP 00953-2007-068-02-00-6. Relator(a): Marcelo Freire Gonçalves. Julgamento: 08/04/2010. Órgão Julgador: 12ª turma. Publicação: 20/04/2010.

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0028200-71.2007.5.05.0401 RecOrd, ac. nº 005773/2009, Relator Desembargador Valtércio De Oliveira. 4ª. TURMA. DJ 26/03/2009.

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0081500-69.2008.5.05.0026 RecOrd, ac. nº 014524/2009. Relatora Desembargadora Marama Carneiro. 1ª. TURMA. DJ 19/06/2009.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo De Instrumento Em Recurso De Revista: AIRR 207 207/2006-006-08-40.7. Relator(a): José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. Julgamento: 02/05/2007. Órgão Julgador: 5ª Turma. Publicação: DJ 25/05/2007.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº ROAR - 1940-2001-000-15-00. DJ no dia 06/02/2004. Relator Ministro Ives Gandra Martins da Silva Filho. SDI II.

BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil Interpretado. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2008.

DIDIER JR, Fredie, OLIVEIRA, Rafael et all. Curso de Direito Processual Civil: Execução. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2010.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. T. 44. Campinas: Bookseller, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

POPPER, Karl. Lógica das Ciências Sociais. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2010.