

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DA CONTRATADA À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juliana Haas*

I – INTRODUÇÃO

A Administração Pública não está impedida de firmar contratos de serviços para serem executados por terceiros do setor privado. Ao contrário, a própria Constituição Federal o prevê (art. 37, inciso XXI), e à legislação específica (Lei nº 8.666/93) coube regulamentar esse tipo de contratação.

A terceirização de serviços, no entanto, é objeto de permanente controvérsia, razão pela qual se dedica este trabalho a analisar a responsabilidade da Administração na terceirização lícita quanto às verbas trabalhistas não pagas por empresa por ela contratada.

II – CONTROVÉRSIA JURÍDICA ENVOLVENDO O ENUNCIADO DO TST E A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inúmeras são as demandas que tramitam na Justiça do Trabalho em que se discute a questão da responsabilidade da Administração Pública quanto aos créditos trabalhistas não pagos pela contratada.

Os entes federados, quando demandados judicialmente, alegam que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 prevê que a “inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”.

* *Analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região; pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná e em Gerência de Projetos – Setor Público pela Fundação Getúlio Vargas.*

O Judiciário Trabalhista, entretanto, vinha negando essa garantia ao aplicar o item IV da Súmula nº 331 do TST, segundo o qual:

“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.”

De acordo com Sérgio Pinto Martins, embora o TST não tenha dito que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 é inconstitucional, o fundamento que vinha sendo utilizado no julgamento da matéria era o fato de que o § 6º do art. 37 da CF, que trata de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, não faz distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista, razão pela qual não poderia fazer tal distinção a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A Administração Pública beneficiada pela prestação dos serviços, portanto, deveria responder pelo inadimplemento da prestadora, pois teria culpa *in eligendo* na escolha do parceiro inadequado e *in vigilando* por falta de fiscalizá-lo quanto às verbas trabalhistas devidas ao empregado.

As opiniões doutrinárias divergiam. Alguns autores pugnavam pela inconstitucionalidade do privilégio estabelecido para a Administração Pública no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Ilse Marcelina Bernardi Lora, por exemplo, defendia a tese de que o mencionado dispositivo era ofensivo ao princípio da dignidade e da valorização do trabalho e do trabalhador insculpidos na CF e que comprometia, portanto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, provocando seu esvaziamento. Nesse contexto, afirmava que afastar a responsabilidade do Estado significava deixar o trabalhador ao desamparo, numa atitude excessiva, desproporcional e afrontosa ao mínimo existencial.

Sustentava ainda que o dispositivo era incompatível com a regra insculpida no já citado § 6º do art. 37 da CF, segundo a qual o Estado responde objetivamente nos casos em que seu comportamento determina o dano e também nas situações em que o dano não é gerado por sua atuação, mas por atividade sua que cria a situação ensejadora do dano.

Concluía que nessas circunstâncias, detinha o Judiciário Trabalhista, no exercício do controle de constitucionalidade difuso, o poder-dever de afastar a

aplicação do dispositivo em comento, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços.

Também Helder Santos Amorim pugnava pela inconstitucionalidade de uma interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ou de qualquer norma com semelhante disposição, tendente a afastar do Poder Público a responsabilidade pela satisfação de direitos fundamentais inadimplidos pelas empresas por ele contratadas porque, segundo o autor, tal imunidade “constitui violenta lesão à liberdade fático-econômica do homem trabalhador, desferida pelo primeiro destinatário de sua guarda e proteção, que é o Estado”.

José Ribeiro de Campos, na mesma esteira, chegou a sustentar que a posição do TST expressada no item IV da Súmula nº 331 era a que mais se harmonizava com os princípios do Direito do Trabalho e da teoria da responsabilidade do Estado, pois se a Administração Pública, por comportamento omissivo ou irregular não fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, em típica culpa *in vigilando*, devia responder pelas consequências do inadimplemento do contrato.

Contudo, ponderava que as normas referentes à responsabilidade civil constantes no Código Civil em vigor e mesmo no anterior não sustentavam a tese adotada pelo TST na Súmula nº 331, pelo contrário, levavam à conclusão de que a responsabilidade da tomadora é solidária.

Rodrigo Curado Fleury, por outro lado, interpretava a proibição inculpada no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 como uma vedação à transferência direta da responsabilidade trabalhista para o ente público contratante, via previsão editalícia ou contratual, o que materializaria a figura da solidariedade contratual prevista no art. 896, 2ª parte, do CC revogado (art. 265, 2ª parte, do CC em vigor). Dessa forma, continuaria a empresa prestadora e real empregadora como responsável direta e primeira pelos débitos para com os empregados, havendo apenas a possibilidade de, esgotadas todas as formas e tentativas de execução quanto a esta, buscar-se a satisfação do crédito trabalhista junto ao ente público tomador. Este, após pagar a dívida, poderia buscar o ressarcimento junto à empresa contratada, que continuaria sempre sendo titular do débito, sub-rogando-se nos direitos do credor, de acordo com o que prevê o art. 985, inciso III, do CC revogado (art. 346, inciso II, do CC vigente).

No campo constitucional, o mesmo autor invocava, para defender a responsabilidade estatal subsidiária, o princípio da isonomia, afirmando que não era crível que dois trabalhadores da mesma prestadora, com idênticas atividades e atribuições, pudessem ter tratamento absolutamente diverso, apenas porque

um prestava serviços em um local onde funcionava um ente privado e outro onde estava instalado um órgão público.

Chamava ainda atenção para o aspecto da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, inscrita no § 6º do art. 37 da CF, que, por força do princípio da hierarquia das leis, se sobrepunha, segundo ele, à vedação de que trata o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Alegava que salvo a hipótese de comprovada fraude documental, dispunha a Administração de todos os elementos jurídicos suficientes à garantia da execução plena do contrato, razão pela qual eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da contratada certamente contaria com a conivência, ainda que sem culpa ou dolo, dos agentes públicos responsáveis, tanto na escolha da prestadora, donde decorreria culpa *in eligendo*, quanto na falta ou insuficiência de acompanhamento da execução do contrato, o que materializaria a culpa *in vigilando*.

Utilizando os mesmos argumentos, Reane Viana Macedo reputava mais acertada a aplicação da Súmula nº 331 do TST ao revés da disposição do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, porque fundada aquela

“Na busca da verdadeira justiça, na qual trabalhadores têm seus direitos resguardados e não se fazem menores diante da irresponsabilidade de quem quer que seja, mas se fazem valer perante todos, mostrando-se mais valiosa a vida e dignidade do ser humano como trabalhador do que os cofres públicos que justamente deveria servir para oferecer qualidade de vida para os cidadãos em todos os aspectos fundamentais, como o trabalho.”

Já Teresa Aparecida Asta Gemignani entendia que a diretriz jurisprudencial contida no item IV da Súmula nº 331 fora explicitada *secundum legem*, escorada no art. 186 do CC, aplicável por compatível com o Direito do Trabalho, tendo assim atuado o TST no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização da jurisprudência.

À Gisele Hatschbach Bittencourt, entretanto, causava estranheza a aplicação do enunciado do TST (jurisprudência) em detrimento da fonte formal e material do direito (lei), mormente quando em torno desta não houvera qualquer pronunciamento do STF declarando a sua inconstitucionalidade.

Para essa autora, a responsabilidade subsidiária, tal como vinha sendo imposta à Administração Pública, traduzia-se em verdadeira criação de uma nova ordem jurídica por poder não legitimado a tal (TST), em ofensa ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da CF.

Entendia ela, ainda, que o preceito inserto no art. 37, § 6º, da CF, que trata da responsabilidade extracontratual do Estado, não se prestava a justificar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em face da circunstância de que a terceirização faz surgir uma relação decorrente de contrato (contratual, portanto, e não extracontratual).

Além do mais, dizia ela, ao se aplicar a responsabilidade subsidiária aos entes públicos com base no art. 37, § 6º, da CF, uma incompatibilidade surgia, pois o dispositivo constitucional adota a teoria do risco administrativo – isto é, admite a redução ou até exclusão da responsabilidade – ao passo que a Súmula nº 331, item IV, do TST sequer confere tal oportunidade ao Estado, que fica impedido de se defender contra as alegações do empregado, donde concluía que à responsabilidade subsidiária no campo trabalhista vinha sendo dado o tratamento da teoria do risco integral.

Assim, insistia que a hipótese prevista no art. 37, § 6º, da CF era totalmente diversa daquela assentada na Súmula nº 331 do TST, até porque faltava ao Estado, quando lhe era imposta a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas, o elemento do nexo causal, pressuposto inafastável para a responsabilidade objetiva. Não havia como imputar ao ente público uma conduta comissiva ou omissiva quando o fato que gerava o dano ao empregado era causado pela sua empregadora, a prestadora de serviço.

Identificava a autora, nesse caso, uma efetiva supremacia dos interesses coletivos, o que impedia que toda a coletividade cedesse frente a um interesse que considerava privado.

Acrescentava, por derradeiro, que, porquanto legitimada pela ordem jurídica, a terceirização efetuada pelos entes públicos traduzia-se em um exercício regular de direito, razão pela qual não podia voltar-se contra si mesma, mediante condenação ao pagamento de verbas não adimplidas pela empresa terceirizada.

Dora Maria de Oliveira Ramos também era partidária da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Seu entendimento era o de que não estavam presentes na terceirização os pressupostos que dão respaldo à responsabilização objetiva do Estado, *in litteris*:

“(…) a inexecução das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços não estabelece relação de causa e efeito com a conduta do Poder Público. Ausente o nexo causal, pressuposto indispensável para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se cogita de sua responsabilização. O dano sofrido pelos trabalhadores da contratada

não tem nexo causal com ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração.

Incide na espécie, em consequência, a norma do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que isenta a responsabilidade do Estado, sendo descabida a invocação de sua inconstitucionalidade, porque não presentes os pressupostos da responsabilização objetiva do Estado.”

Como se vê, ponderosos argumentos existiam, favoráveis e contrários, tanto ao dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quanto ao enunciado da jurisprudência uniforme do TST.

Importa saber, pois, como o STF resolveu a questão.

III – POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Visando a afastar a controvérsia demonstrada, em março de 2007 foi ajuizada no STF pelo Governador do Distrito Federal, Ação Direta de Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com pedido de providência cautelar.

A petição inicial aduzia que, diante do entendimento do TST expresso no item IV da Súmula nº 331, encontrava-se com presunção de constitucionalidade relativizada o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual necessária intervenção do STF para restabelecer a força normativa do dispositivo legal, determinando a abstenção de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica pela Suprema Corte conferida.

Argumentava que a norma legal objetivava resguardar a Administração Pública, a qual, após ter tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, não podia ser responsabilizada pelo dano que não produziu e pelo qual, diligentemente e nos termos da lei, tentou evitar, inclusive por meio de fiscalização da execução do contrato.

Por isso, afirmava que a prevalecer o entendimento firmado pelo TST, violação haveria aos princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações, da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo e da separação dos poderes. Terminaria essa hermenêutica por resguardar as empresas fraudulentas, transferindo o ônus de maneira desmesurada e desproporcional ao Estado, que seria suportado por toda a sociedade.

No mês seguinte, o relator, Ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que a causa de pedir em que se lastreava a pretensão era por demais complexa para ser decidida em juízo prévio e sumário.

Assim que a ADC adquiriu notoriedade, diversos Municípios, Estados e a própria União nela ingressaram na qualidade de *amicus curiae*.

A ação foi submetida a julgamento em setembro de 2008, tendo sido proferidos dois votos; do Ministro Relator, que por não ver o requisito da controvérsia judicial, não conhecia da ADC, e do Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação. Em seguida, foi o julgamento suspenso em virtude do pedido de vista dos autos pelo Ministro Menezes Direito (hoje falecido).

Recentemente, em novembro de 2010, a ADC retornou a julgamento. Após breve debate, o Ministro Cezar Peluso (atual Presidente da Casa) resolveu dar por superada a preliminar, razão pela qual seria necessário o pronunciamento da Suprema Corte acerca do assunto.

O Ministro Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF, quanto no § 2º do art. 2º da CLT. Afirmou que o primeiro não encerraria a responsabilidade objetiva do Poder Público pelo inadimplemento da prestadora de serviços porque não haveria ato de agente público causando prejuízo a terceiros, que seriam os empregados da contratada. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria esses poderes sobre a empresa prestadora de serviços. Concluiu, dessa forma, que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a CF.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando, portanto, à terceirização de serviços, que decorre de contrato administrativo, diga-se.

O Plenário, então, por maioria, pronunciou-se pela procedência da ação, contra o voto do Ministro Ayres Britto que, por não encontrar previsão constitucional para a terceirização, entendeu que, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas da contratada, deve o Poder Público por elas responsabilizar-se. Impedido na ocasião encontrava-se o Ministro Dias Toffoli (sucessor do Ministro

Menezes Direito), em virtude de sua atuação anterior nos autos na qualidade de Advogado-Geral da União.

Em vista do entendimento fixado, o Plenário deu ainda provimento a uma série de Reclamações (RCL) ajuizadas no STF contra decisões fundamentadas na Súmula nº 331 do TST, determinando o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo julgamento, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, naquela ocasião declarada.

Lembre-se, por oportuno, que no primeiro semestre de 2010, o Ministro Marco Aurélio já havia julgado procedentes as RCL nº 9.016 e 8.889, ajuizadas pelos Estados de Rondônia e Pernambuco, respectivamente, contra decisões do TST que, com base na responsabilidade subsidiária, haviam condenado os entes federativos a pagar as verbas trabalhistas devidas por prestadoras de serviços terceirizados. Segundo as RCL, as decisões do TST, tomadas com base no item IV da Súmula nº 331 daquela Corte, teriam desrespeitado o princípio da reserva de plenário, assentado na Súmula Vinculante nº 10 do STF, segundo a qual viola essa cláusula a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, mesmo não declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afasta sua incidência. De acordo com o Ministro, o fato de o TST ter aprovado verbete que contraria preceito legal não afasta este último do mundo jurídico, sendo necessário o exame de possível discrepância do ato normativo com a CF.

Contudo, segundo o ponto de vista do Ministro Cezar Peluso, externado durante a sessão de julgamento, o decidido não impedirá o TST de, com base nos fatos de cada causa, reconhecer a responsabilidade do Poder Público em relação aos débitos trabalhistas de sua contratada.

Isso porque, segundo ele, a mera inadimplência da contratada não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas isso não significa que eventual omissão sua no dever de fiscalizar as obrigações da prestadora de serviços não venha a gerar essa responsabilidade.

É também como pensam Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa e Cavalcante, segundo os quais

“(…) a decretação da constitucionalidade do art. 71 pelo STF não implica na afirmação inexorável de que a Administração Pública está imune à responsabilidade subsidiária diante do não pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora.

Em outras palavras, a responsabilidade pelos direitos trabalhistas dos empregados das empresas prestadoras de serviços será reconheci-

da, pelo exame minucioso de cada demanda, quando houver a culpa *lato senso* do ente público contratante, como nos casos de contratação sem licitação, dispensa ilegal do processo licitatório etc. Não se pode esquecer que a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).”

De acordo com esse entendimento, portanto, não se poderia fazer uma leitura meramente literal do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, porque a pronúncia da constitucionalidade não retomou o superado paradigma de irresponsabilidade absoluta do Estado.

O que a ADC procurou afastar foi uma suposta generalização da responsabilidade subsidiária do Estado quando o prestador de serviços deixa de satisfazer suas obrigações perante seus empregados, remetendo a cada caso concreto tal apuração.

Diante disso tudo, o Ministro Milton de Moura França, atual Presidente do TST, anunciou para breve mudança na redação da Súmula nº 331, não efetivada, entretanto, até o fechamento deste trabalho.

IV – DEVER DE FISCALIZAR A EXECUÇÃO CONTRATUAL

O reconhecimento da responsabilidade no âmbito da Administração Pública, conforme decidido pelo STF, está intimamente ligado ao dever do Estado de fiscalizar a execução do contrato, tanto em relação à prestação dos serviços propriamente ditos quanto ao cumprimento das cláusulas contratuais. Com efeito, essa constitui uma obrigação inafastável do administrador, prevista nos arts. 58, inciso III, e 67 da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, conforme observa Bianca Duarte T. Lobato, não há um único dispositivo na Lei de Licitações e Contratos Administrativos que confira ao Poder Público, na celebração de contratos de prestação de serviços, o dever de acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas (salariais e rescisórias) por parte da contratada.

A única obrigatoriedade legal que existe, no tocante à fiscalização, decorre das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, as quais, de acordo com o que dispõe o art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, devem ser mantidas pelo contratado durante toda a execução contratual.

Dessa forma, a obrigação de fiscalização da Administração Pública no que diz respeito aos direitos do trabalhador estaria circunscrita à exigência da

Certidão Negativa de Débito (CND), do Certificado de Regularidade Fiscal (CRF) ou outros documentos hábeis para verificação de sua regularidade da contratada perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), respectivamente, conforme exigência contida no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.666/93. Insta lembrar, no entanto, que a obrigação decorrente das contribuições previdenciárias encontra-se mitigada diante da previsão contida no art. 31 da Lei nº 8.212/91, que condiciona o pagamento dos serviços prestados à retenção prévia das contribuições.

Por essas razões, a responsabilização da Administração Pública encontra-se restrita a eventuais débitos previdenciários e fundiários da contratada, exclusivamente.

Alguns poderiam suscitar a responsabilidade em relação aos demais direitos trabalhistas baseada na fiscalização da destinação dos valores cotados na planilha de custos e formação de preços integrante da proposta da contratada, formulada por ocasião da licitação.

Lobato ensina que à Administração compete, quanto a esses itens, a conferência dos livros de registro da empresa e recibos que comprovem que o preço cobrado pela prestação dos serviços, de fato, está sendo empregado para o custeio dos itens informados na planilha.

Esse atuar, porém, tem por objetivo, segundo o mesmo autor, verificar se os valores por ela pagos estão de acordo com a proposta apresentada e não salvaguardar os direitos dos trabalhadores, pois à Administração Pública não cabe se imiscuir na condição de empregador, passando a conferir o número de horas extras, a frequência dos empregados, sua escala de férias, os atestados médicos apresentados ou outras situações ligadas diretamente à relação de trabalho.

A admissão de interferência da Administração nas relações empregatícias da prestadora de serviços, nesses termos, implicaria o reconhecimento de que o contrato de terceirização de serviços estaria se transformando em verdadeira locação de mão de obra, marcada pela pessoalidade e subordinação direta com o empregado, caracteres só admitidos no setor público, em regra, a partir de prévia aprovação em concurso público.

Além do mais, embora na maioria das vezes seja possível estabelecer o número de trabalhadores necessários para a realização de determinado serviço, a Administração deve mensurar apenas os resultados, independentemente de quem ou quais trabalhadores os obteve. Só para citar um exemplo, nos serviços de limpeza e conservação, ao representante da Administração encarregado da

fiscalização da execução contratual cabe somente verificar se as áreas objeto da contratação estão limpas e/ou conservadas. Nessa tarefa, a ele não incumbe fiscalizar o adimplemento dos débitos trabalhistas da contratada, simplesmente porque não mantém a Administração vínculo pessoal com os empregados daquela.

Nesse sentido é o ensinamento de Ramos, para quem:

“O dever-poder de fiscalização da execução contratual fixado pelos arts. 58, III, e 67 da Lei de licitações refere-se ao adimplemento do objeto ajustado, vale dizer, à execução do contrato na forma e sob as condições pactuadas. Significa que a Administração Pública deve orientar a execução do contrato, fornecendo normas e diretrizes e constatando a conformidade do que foi executado com o que estava especificado na documentação que instruiu o instrumento convocatório da licitação e o contrato. A lei não concede à pessoa jurídica pública, enquanto parte numa relação contratual, o poder-dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada.”

Dessa forma, não há como configurar nexos causal entre o dano sofrido pelos empregados da prestadora, decorrente de um eventual inadimplemento desta em relação às suas obrigações trabalhistas, e uma suposta ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração, simplesmente porque a ela, com exceção das prestações previdenciárias e fundiárias, não foi dado o dever de fiscalizar as relações empregatícias da contratada.

Até porque, conforme Jorge Neto e Cavalcante, a atribuição de velar pelo cumprimento das normas trabalhistas é de competência dos órgãos integrantes do Ministério do Trabalho (atual Ministério do Trabalho e Emprego), como as Delegacias Regionais do Trabalho (transformadas em Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego) e do Ministério Público do Trabalho.

Assim, ausente o nexo causal, pressuposto indispensável para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se pode cogitar a responsabilização da Administração pelo cumprimento de direitos laborais dos trabalhadores terceirizados, conforme defende Ramos.

A Justiça Federal, aliás, já se pronunciou quanto à impossibilidade de se condicionar o pagamento da prestadora de serviços à satisfação de suas obrigações trabalhistas, conforme ementa do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.032697-3/DF abaixo transcrita:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVI-

ÇOS. EDITAL. EXIGÊNCIAS: FUNDO DE RESERVA E QUITAÇÃO ANTECIPADA DA FOLHA DE PAGAMENTO. ITENS 18.1 E 21.4.1. ILEGALIDADE.

1. A exigência de formação de Fundo de Reserva ‘com a finalidade de quitação de possíveis direitos e/ou verbas rescisórias trabalhistas’, e a condicionante de que ‘o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam’, constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, *parecem não encontrar respaldo na Lei nº 8.666/93*, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas.

2. Decisão suspensiva do Pregão Eletrônico, que se confirma (por maioria).

3. Agravo desprovido.” (grifou-se)

Segundo esse entendimento, não é admissível à Administração Pública fazer constar no contrato a ser celebrado com a prestadora de serviços a obrigatoriedade de esta fornecer mensalmente, sob pena de não pagamento da nota fiscal ou fatura, os recibos de pagamento de salários e de demais direitos trabalhistas exigíveis da empregadora.

Assim, se a Administração observou as regras dos arts. 55 e 67 da Lei nº 8.666/93, não pode ser responsabilizada pela satisfação dos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, já que o inadimplemento desses não caracteriza inexecução contratual.

Uma vez que não se admite a ingerência nos contratos empregatícios da prestadora de serviços, não há que se falar, portanto, em culpa *in vigilando* da Administração, tendo em vista que esta modalidade de culpa se caracteriza pela má fiscalização da execução contratual, quando a tomadora dos serviços deixa de adotar as providências necessárias ou as adota em medida inadequada ou insuficiente à regularização das faltas ou defeitos observados. Isso porque, por óbvio, não se pode fundar a responsabilidade da tomadora em elementos dos quais não pode ela se utilizar.

Também imprópria é a atribuição à Administração de culpa *in eligendo*, caracterizada pela má escolha da prestadora dos serviços, na medida em que, salvo hipóteses excepcionais previstas em lei, não há como o ente público *ex ante* estabelecer com quem vai contratar. A escolha da contratada é feita, em

regra, mediante processo licitatório, o qual o obriga a contratar com a licitante vencedora do certame.

Dada essa peculiaridade enfrentada pela Administração, ausente nas relações privadas, desde que o ente público tenha observado as regras próprias do processo licitatório, tais como as estabelecidas nos arts. 29, inciso IV, e 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, relativas aos procedimentos de habilitação e julgamento das propostas, é precário e incorreto o entendimento de que escolheu empresa inidônea para contratar.

Com efeito, a menos que a licitação seja considerada irregular ou fraudulenta, não há como, diante das exigências legais para a contratação, previstas nos arts. 27 e seguintes da Lei nº 8.666/93, admitir a má escolha da Administração, conforme professa Diogo Palau Flores dos Santos. Nessa esteira também Marçal Justen Filho, para que “presume-se que o sujeito que preenche os requisitos constantes da habilitação e cuja proposta é selecionada como vencedora disporá de total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato”.

Ademais, o ato administrativo no Estado Democrático de Direito está subordinado ao princípio da legalidade, o que equivale a dizer que a Administração pode atuar tão somente de acordo com o que a lei determina. Dessa forma, ainda que quisesse, não poderia criar no edital de licitação regras sobre fiscalização das normas trabalhistas.

O próprio TCU vem julgando ilegal a estipulação em processos licitatórios de exigências não previstas na lei, conforme se depreende do Acórdão nº 697/06 – Plenário, *in verbis*:

“[Relatório]

3.12.1. Todavia, a exigência da certidão negativa de débito salarial e certidão negativa de infrações trabalhistas vai na contramão do colocado na Lei nº 8.666/93:

‘Art. 29. Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.’

3.12.2. *As certidões de débito salarial e negativa de infrações trabalhistas não podem ser exigidas na habilitação de licitações por irem contra o disposto na Lei nº 8.666/93.* Este nosso entendimento também é o entendimento corrente do Tribunal de Contas da União. Por exemplo, o Ministro Benjamin, no voto do Acórdão nº 1.355, Ata 33/04 – Plenário, colocou:

‘Em relação à exigência de certidão negativa de débito salarial do Ministério do Trabalho e certidão negativa de todas as Varas de Justiça do Trabalho da sede da licitante (item 4.14), no âmbito da Tomada de Preços nº 5/02, tal exigência não está contemplada nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93. Estes dispositivos discriminam os documentos que demonstram a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal. Impor a obrigação de o licitante encaminhar certidão negativa de débito salarial junto ao Ministério do Trabalho não possui amparo legal, motivo por que não deve ser exigida do licitante.’

[Acórdão]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades que:

(...)

9.2.5. não exija dos licitantes a apresentação da certidão negativa de débito salarial e certidão negativa de infrações trabalhistas, pois tais documentos não estão listados entre aqueles que podem constar na habilitação de licitações, conforme arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93.” (grifou-se)

No mesmo sentido, de que as exigências de habilitação discriminadas na Lei nº 8.666/93 são exaustivas e não podem ser extrapoladas, vão os Acórdãos 1.899/07 e 1.391/09 – Plenário e 434/10 – Segunda Câmara.

Desse modo, forçoso concluir que a responsabilidade da União e demais entes federados como tomadores de serviços limita-se às hipóteses de terceirização ilícita, em que há locação permanente de mão de obra. Porém, nem mesmo nesse caso responderia o Estado pelas verbas trabalhistas, pois, segundo

Benjamin Zymler, em decorrência da nulidade absoluta do ato de admissão, a prestação devida pelo Estado perderia o caráter salarial, porque ausente o vínculo de emprego. Em face da vedação ao enriquecimento sem causa do Poder Público, os valores devidos pelos serviços já prestados assumiriam caráter indenizatório tão somente.

Cumpra esclarecer que o entendimento de que não responde o Estado, direta ou indiretamente, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, em nada avilta o trabalhador terceirizado, reduzindo-lhe direitos. Pelo contrário, apenas iguala sua situação à do empregado que presta serviços diretamente a uma empresa qualquer, que não possui resguardo da responsabilidade solidária ou subsidiária de quem quer que seja.

Há que se ter em mente, ainda, que em favor da Administração Pública milita o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, razão pela qual, para o resguardo dos direitos do trabalhador terceirizado, soluções outras podem e devem ser invocadas (como a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica da contratada, por exemplo), que não a responsabilidade subsidiária do Estado.

V – CONCLUSÕES

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao autorizar a execução de obras e serviços de forma indireta, define este modo de execução como o que “o órgão ou entidade contrata com terceiros” (arts. 6º, inciso VIII, e 10, inciso II, da Lei nº 8.666/93).

Tem-se, então, que no âmbito do Poder Público a terceirização é admitida e pode ser considerada lícita quando não burlar as normas constitucionais que regem as relações do Estado com seus agentes públicos, especialmente as que tornam obrigatório o concurso público para o provimento de cargos ou empregos na Administração.

A escolha da prestadora de serviços, contudo, está vinculada a um processo licitatório rigidamente previsto em lei, cujas exigências de habilitação não podem ir além daquilo que prevê o ordenamento. Exigências excessivas ou muito restritivas, ainda que possam significar maior segurança para o Estado, devem ser afastadas pelos órgãos de controle ou pelo próprio Poder Judiciário, por ofensa ao princípio da ampla competitividade.

Por isso, não há que se falar em culpa *in eligendo* da Administração Pública, uma vez que suas contratações de bens, obras e serviços sujeitam-se a um sistema jurídico-normativo que lhe impõe limitações, ainda que realizadas

com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Portanto, ocorrendo contratação lícita da empresa prestadora de serviço, por meio de regular licitação, dispensa ou inexigibilidade, conforme previsto no art. 37, inciso XXI, da CF, não haverá como condenar a Administração pela má eleição da contratada.

Tampouco culpa *in vigilando* existirá, uma vez que ausente no ordenamento pátrio o dever de a Administração fiscalizar o cumprimento dos débitos trabalhistas (salariais e rescisórias) da prestadora, sejam elas decorrentes ou não do contrato celebrado com o Poder Público.

A responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento da empregadora prestadora de serviços, pois, não encontra respaldo na teoria da responsabilidade do Estado. Ora, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos assim prevê, ao expressamente dispor no § 1º do seu art. 71 que incorre a responsabilidade originária, tampouco a supletiva, da Administração Pública pelo cumprimento das obrigações trabalhistas resultantes do contrato administrativo de prestação de serviços, as quais devem ser satisfeitas exclusivamente pela contratada. Tal dispositivo foi, aliás, por maioria, declarado constitucional pelo Plenário do STF no julgamento da ADC nº 16.

Ademais, é bom lembrar que a maior parte dos órgãos e entidades da Administração Pública não possui quadro técnico suficiente e qualificado para supervisionar detalhadamente todos os seus serviços terceirizados, de maneira que, prevalecendo o entendimento quanto à responsabilidade subsidiária da Administração, seria o ente público obrigado a contratar empresa fiscalizadora para gerenciar as prestadoras de serviços, num processo de quarteirização que, embora legalmente admitido, soaria absurdo do ponto de vista do uso racional dos recursos públicos. A assunção de um regime de responsabilidade, por conseguinte, contribuiria para aumentar o nível de incerteza nos custos dos contratos públicos de terceirização de serviços, com evidentes e indesejados reflexos negativos na eficiência administrativa do Estado.

VI – REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. “A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no Enunciado nº 331, IV, do TST”. In: *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 6, nº 66, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=40831>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

DOCTRINA

CAMPOS, José Ribeiro de. *A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FLEURY, Rodrigo Curado. “A responsabilidade trabalhista da administração pública na contratação de serviços terceirizados”. In: *Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual*. São Paulo, nº 35 (jul./dez. 2002), p. 148-151.

GEMIGNANI, Teresa Aparecida Asta. “Artigo da Lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente?” In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, a. 35, nº 65, jul./dez. 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. “A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010)”. In: *Justiça do Trabalho*. São Paulo, v. 27, nº 323, nov. 2010, p. 7-18.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOBATO, Bianca Duarte T. “A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos para terceirização de serviços”. In: *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 9, nº 98, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65418>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. “Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93”. In: *Trabalho em Revista – Encarte Curitiba: Decisório Trabalhista*, nº 137 (jul. 2008), p. 4.530-4.547.

MACEDO, Reane Viana. “A responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos”. In: *LTR Suplemento*. São Paulo, v. 46, nº 156, dez. 2010, p. 747-752.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZYMLER, Benjamin. “Contratação indireta de mão-de-obra versus terceirização”. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, v. 29, n. 75, jan./mar. 1998.