

INADIMPLENTO TRABALHISTA E JULGAMENTO DA ADC Nº 16/DF

Marcos Malaquias*

Com o início do julgamento da ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) nº 16 ajuizada pelo Distrito Federal perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, o tema relativo à responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para prestar serviços públicos voltou a ser destaque no cenário jurídico. Mais ainda, recentemente, após a prolação dos votos dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, no dia 24.11.10, que declararam a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, reconhecendo, por conseguinte, a isenção do ente público quanto ao adimplemento trabalhista.

Contudo, no referido julgamento, foi destacada a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, com base na Súmula nº 331 do TST, desde que demonstrada a existência de culpa do ente público na fiscalização da regularidade da empresa prestadora de serviço público. Veja-se, nesse sentido, a notícia extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal¹:

“Decisão:

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do art. 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O Ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

* Advogado.

1 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>> Acesso em: 25 nov. 2010.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.”

Com efeito, o resultado final do julgamento da ADC nº 16/DF mantém a viabilidade jurídica de aplicação do entendimento constantemente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, certo é que o ente público poderá ser responsabilizado quando demonstrada a culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

O posicionamento adotado pelos Ministros do STF corresponde, na prática, à própria valorização do papel constitucional atribuído ao Tribunal Superior do Trabalho – TST. Este, por sua vez, tem como papel preponderante a análise fática de questões afetas ao Direito do Trabalho.

Assim, a partir da verificação de cada caso, é possível que a Administração Pública seja responsabilizada, por meio da análise promovida pelo Colendo TST. Dessa forma, a aplicação da Súmula nº 331, item IV, mesmo diante da redação do art. 71 da Lei nº 8.666/93, mantém-se intacta.

Os prejuízos causados a terceiros, por ente público (ainda que indiretamente), não podem permanecer sem a devida reparação. Este aspecto fortalece a tese acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública, sobretudo porque o ente público dispõe de meios capazes de fiscalizar a atuação da empresa prestadora de serviço público.

Na ocorrência de falhas de fiscalização: 1) quanto à regularidade da pessoa jurídica constituída, no ato da contratação, e 2) quanto à gestão de recursos humanos após a contratação, há comprovação de modalidade culposa prevista no ordenamento jurídico (culpa *in eligendo* e *in vigilando*), razão pela qual exsurge plenamente cabível a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do Colendo TST.

Neste contexto, cabe salientar que o Estado assume a condição de garantidor da execução de serviços e atividades, por meio de novas formas de fiscalização e controle. A fim de corroborar, convém destacar a lição de Gonçalves (2007, p. 47):

“Entre as características principais nas transformações do Estado, destaca-se a manutenção dos princípios retores do Estado de Direito, baseados na separação dos poderes, garantia das liberdades e demais direitos individuais e submissão da Administração Pública à lei.”

O Estado, considerado como sujeito de Direito, é responsável pelos atos praticados no exercício das funções públicas, tendo o dever de arcar com os ônus suportados por um dos membros da sociedade, principalmente quando esse suporta demasiadamente algum encargo proveniente de um descumprimento da legislação.

A Administração Pública pode, no âmbito de sua atuação, verificar, preventivamente, a regularidade da atuação da empresa contratada e constatar o efetivo cumprimento da legislação trabalhista em relação à empresa que ela própria depositou confiança.

Neste particular, Gonçalves (2007, p. 118) destaca que “com relação ao controle nos contratos administrativos, verifica-se o poder geral da Administração em desempenhar a fiscalização da execução do contrato”.

Dessarte, essa fiscalização, para bem da Administração Pública, deverá ser ampla, com intuito de verificar a regularidade da atuação da empresa contratada não só em relação ao objeto contratado, mas, igualmente, em relação às implicações reflexas que convergem na prestação do serviço, a exemplo do que ocorre com o tratamento dispensado à mão de obra utilizado para o alcance do objeto do contrato de prestação do serviço público.

No mesmo sentido, Gonçalves (2007, p. 193) assevera que a Lei nº 8.987/05:

“Previu que o poder concedente terá acesso aos dados relativos a administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, bem assim que a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, parágrafo único).”

Ora, a responsabilidade pela reparação dos danos causados a outrem está intrinsecamente relacionada à ideia de que os membros que compõem a sociedade são responsáveis pelos fatos resultantes da conduta praticada ou por sua omissão. Santos (2008, p. 28) esclarece que:

“E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano às outras pessoas.”

No caso da Administração Pública há uma peculiaridade, qual seja, o vínculo existente entre o ente público e a empresa contratada para a execução de serviço que fora delegado, primeiramente, à Administração Pública. Assim, não há como afastar o caráter subsidiário do ente público nessa relação jurídica em relação a terceiros. Santos (2008, p. 192) destaca que:

“Mas é evidente que remanesce a responsabilidade do Estado, subsidiariamente, uma vez que foi sua a opção de prestar o serviço por meio de empresa privada e, principalmente, porque foi sua a escolha daquela determinada empresa. Assim, na hipótese nada incomum de restar impossível a responsabilização da empresa, v.g., por motivo de insolvência, subsiste a responsabilidade do Estado.”

A atuação do Estado não pode passar ao largo da possibilidade de responsabilização subsidiária, quando ocorre o inadimplemento trabalhista decorrente do descumprimento da legislação pela empresa contratada, justamente por envolver não só o elemento culpa, mas, igualmente, a efetivação de garantias constitucionais extensivas aos cidadãos.

Por isso, à luz desses aspectos, exsurge cristalina a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, justamente em face da falha na escolha das empresas prestadoras de serviços públicos e na fiscalização dos procedimentos adotados na gestão de recursos humanos. Nesse sentido, Araújo (2008, p. 40) considera que:

“A culpa *in eligendo* se caracterizava pela má escolha dos empregados ou propostos, por parte do patrão ou comitente; a culpa *in vigilando* se referia à falta de atenção e cuidado para com o comportamento das pessoas que estavam sob a guarda ou responsabilidade do agente;”

Mais adiante, a mesma autora destaca que:

“Isso poderia levar à conclusão de que o Estado é responsável pelos atos praticados pelos empregados das empresas prestadoras de serviço público. Tal, porém, não acontece porque o próprio texto constitucional estabelece que essas pessoas jurídicas de direito privado são objetivamente responsáveis pelos atos de seus empregados, em razão da prestação do serviço público.”

Na mesma esteira de entendimento, vale a lição de Gonçalves (2007, p. 195), segundo o qual:

“Como exigência atual, o Estado deve atuar, fazer atuar e incentivar o exercício do controle e fiscalização das atividades dos participantes

na prestação de serviço público delegado, ou na gestão de atividade pública por entidade privada, bem assim na gestão de atividade pública circundada pelo contrato de gestão.”

Em consonância com a referida assertiva, Vieira e Furtado (2008, p. 31) assevera que:

“Existe entendimento na Administração de que o acompanhamento do recolhimento de encargos trabalhistas e previdenciário não deveria ser realizado pelo gestor ou fiscal, e sim pelos órgãos responsáveis, como o Ministério do Trabalho e Secretaria da Receita Previdenciária, visto se tratarem de órgãos arrecadadores e fiscalizadores. Entretanto, na prática, tem-se percebido que devido à falta desse acompanhamento na gestão/fiscalização dos contratos por parte da Administração, quando da ocorrência de processo trabalhista impetrado pelo empregado contra a empresa, o Judiciário tem entendido que quando o empregador não cumpre com suas obrigações trabalhistas, a Administração acaba sendo responsabilizada.”

Dessa forma, vez que se constitui dever da Administração Pública gerir a fiscalização da regularidade das empresas privadas, no ato da contratação e, posteriormente, durante a prestação dos serviços públicos pela empresa terceirizada, tem-se cabível a atribuição de responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento trabalhista, quando demonstrada a existência de falha na escolha e na fiscalização da gestão.

Nesse sentido, a Administração Pública deve sempre selecionar, com prioridade ante as demais participantes do certame, as empresas que possuem condições suficientes ao cumprimento das questões jurídicas, técnicas e econômicas e, num segundo momento, o menor preço.

Com a adoção dessa medida, o próprio interesse público, em última análise, estará preservado. Justamente por isso, existe no âmbito da Lei de Licitações disposição expressa a respeito do cumprimento dos requisitos para habilitação da empresa a ser contratada. É o que dispõem os arts. 27 a 37 da Lei nº 8.666/93, segundo os quais:

“Art. 27. 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 – regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854 de 1999)

(...)

Art. 37. A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências do art. 27 desta Lei, ou as estabelecidas para classificação cadastral.”

No momento da habilitação jurídica da empresa, o ente público tem totais condições para constatar a qualificação técnica, econômica, jurídica e financeira. Nesse momento, é possível constatar se a empresa participante terá condições ou não de cumprir o objeto da licitação.

Como decorrência, se a Administração Pública não aproveita essa fase, cometendo falha ao habilitar quem não era capaz, afigura-se inafastável a sua responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento. No mesmo sentido, ainda que seja constatada a regularidade da empresa prestadora, se a Administração Pública, no decorrer da prestação do serviço público, não promove a fiscalização efetiva da regularidade da empresa, comete falha capaz de ensejar, igualmente, sua responsabilização.

Ora, se o agente público não cumpre o seu mister, contratando uma empresa que não seja juridicamente habilitada, ou tecnicamente capaz, ou, ainda, financeiramente sólida e, o mais grave, que não forneça garantias reais, não apenas no tocante à sua participação no certame, mas, igualmente, à formalização do contrato, mostra-se inequívoca a responsabilidade subsidiária do ente público.

E mais: se o agente público não acompanha cotidianamente a execução do contrato, bem como o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas, é claro que não ocorrência de prejuízos financeiros aos empregados, não haverá como se afastar definitivamente o risco da Administração Pública ter que indenizá-los.

Realmente, o teor da Súmula nº 331, item IV, do TST surge, então, como medida capaz de amenizar os prejuízos causados ao trabalhador, cuja ocorrência, em grande parte, poderá ser atribuída à Administração Pública, justamente por não ter o órgão público licitante exigido a comprovação de garantias reais, aptidão técnica e econômica, e por não ter acompanhado cada detalhe da execução do contrato. Por isso, afigura-se patente a coparticipação da Administração Pública na reparação de eventuais prejuízos que os trabalhadores venham a experimentar.

Consoante dito alhures, a Administração Pública dispõe de meios jurídicos capazes de preservar o cumprimento do contrato administrativo de terceirização de serviços públicos, até porque, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93, tal conduta constitui obrigação a ser cumprida.

A submissão do trabalhador aos efeitos negativos do inadimplemento trabalhista, não obstante a prestação laboral, constitui afronta a vários princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Assim, verifica-se que a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do TST, em detrimento da redação insculpida no art. 71 da Lei nº 8.666/93, tem o condão de resgatar a plena efetividade de um dos primados da ordem constitucional vigente, qual seja, o art. 1º e incisos da Constituição Federal de 1988:

“Art. 1º A República Federal do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.”²

A sociedade está ancorada nos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, de forma que tais princípios poderão ser invocados sempre que a liberdade e a integridade dos cidadãos estiverem comprometidas.

O teor da Súmula nº 331, item IV, do TST apresenta-se como um vetor capaz de recuperar o respeito à garantia fundamental do trabalhador referente à percepção de uma contraprestação justa em decorrência do trabalho realizado. Não por acaso a remuneração possui caráter alimentar. Daí a importância de se impedir que o inadimplemento trabalhista permaneça sem solução jurídica.

Sarlet (2003, p. 105), em relação ao estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, esclarece que:

“Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inciso III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão funda-

2 Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 out. 2005.

mental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

A corroborar o quanto abordado pelo ilustre autor, tem-se a lição de Barcellos (2002, p. 146), ao destacar a importância do princípio da dignidade humana:

“Como se sabe, os princípios constitucionais – e especialmente o princípio da dignidade humana – manifestam as decisões fundamentais do constituinte, que deverão vincular o intérprete em geral e o Poder Público em particular. Assim, os elementos aleatórios acima referidos – diferentes concepções da ordem jurídica, preconceitos etc. – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com as quais o intérprete inevitavelmente se depara. Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”

Neste mesmo sentido, está a lição do autor Bonavides (2004, p. 631):

“O admirável Estado de Direito construído por um constitucionalismo que protege e consagra na raiz de todos os seus princípios a dignidade da pessoa humana, sem a qual a liberdade é abstração – constitucionalismo de valores, por conseguinte –, cobra, para sua sobrevivência, no cotidiano exercício de suas funções, uma justificativa final, um título de legitimidade, cuja carência há de conduzir, como já advertimos, ao governo de juízes, à ditadura constitucional da toga, o que seria um desastre e uma fatalidade para a democracia.”

A partir das considerações feitas alhures, é possível salientar que, mesmo diante da declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, certo é que a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do Colendo TST ainda dispõe de plena força. Isto porque um dos principais fundamentos utilizados pela jurisprudência do TST está intimamente ligado à existência da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*. O ente público ao celebrar um contrato de prestação de serviços possui a obrigação de fiscalizar a prestação do serviço público em sua integralidade. Se não o faz, deve ser responsabilizado.

Esse poder de fiscalização, por sua vez, tem em si uma diretriz de fundamental importância, qual seja, garantir a qualidade do serviço público que será contratado. Como decorrência, a ausência efetiva do exercício dessa

prerrogativa e da adoção de providências quanto às eventuais irregularidades tende a caracterizar a culpa *in vigilando*.

De igual modo, no caso de contratação de empresa sem a capacidade financeira suficiente ao adimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados contratados, a Administração Pública incorre em culpa *in eligendo*.

Dessa forma, dúvidas não há quanto ao fato de que o Tribunal Superior do Trabalho em momento algum aplica o disposto na Súmula nº 331, item IV, com base em declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. De fato, o fundamento, consoante dito alhures, reside na demonstração da culpa em suas modalidades (*in vigilando* e *in eligendo*).

É certo que um dos argumentos utilizados pela Administração Pública em algumas medidas judiciais diz respeito ao comprometimento de recursos públicos voltados a outras finalidades, para que sejam utilizados no adimplemento das verbas trabalhistas, o que ocasionaria, em última análise, um dano irreparável aos cofres públicos.

No entanto, a Justiça do Trabalho, por meio das reiteradas decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, principalmente, vem decidindo com base na presença da culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* da Administração Pública, seja pela falha na escolha, seja pela ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço, pela responsabilidade do ente público no caso de inadimplemento trabalhista.

Daí porque o entendimento adotado pelo TST, não obstante a redação do art. 71 da Lei de Licitações, afigura-se, no mínimo, razoável. Diante da ausência de legislação específica, verifica-se que o TST, nos termos da Súmula nº 331, item IV, construiu uma interpretação convergente não só com os princípios específicos de proteção aos trabalhadores, mas, igualmente, com os ditames constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, como visto acima, a aplicação do referido entendimento em nada confronta com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, tal como definida pelo Excelso STF no julgamento da ADC nº 16/DF. Ao contrário, apenas proporciona a solução jurídica em consonância com a ordem constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade civil*. Direito Civil. São Paulo: RT, 2008.

DOCTRINA

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 587.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato Administrativo – tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil*. Direito Civil. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEIRA, Antonieta Pereira; FURTADO, Madeline Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Leis:

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331, item IV*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2010.