

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS CONTRATOS DE TRABALHO EM FACE DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS

ÁLVARO DOS SANTOS^(*)

Nota do Autor: Apresentei este trabalho em uma das aulas da cadeira de Direito Administrativo do Curso de Mestrado da Universidade de Coimbra em Portugal. O texto que segue é muito próximo do que foi originalmente apresentado e discutido em classe, realizei, apenas, a supressão de um intróito inicial onde eu agradecia o fato de ter sido admitido como mestrando na Universidade e etc. Outrossim, efetuei pontuais alterações a título de correções ortográficas observadas. Direito Administrativo foi a matéria opcional que escolhi dentre aquelas oferecidas para o biênio 1998/1999. O trabalho recebeu críticas severas não só dos colegas como do próprio mestre orientador (Sr. Dr. Vital Moreira — que conduziu o ano de estudo com vibrante entusiasmo e visível competência), tendo em vista, especialmente, as conclusões alcançadas. Em verdade, o trabalho atingiu o objetivo pretendido, ou seja, "levantar discussão a respeito da proposição" e, com efeito, foi um dos melhores momentos da minha passagem pela Universidade de Coimbra. Por certo, rebati as críticas recebidas usando, por evidente, a forma a mais cordial possível, porém, com decisiva convicção a respeito da idéia defendida. Pesou, ainda, nessa minha atitude, a observação de que se tratava de uma cadeira onde a maioria dos participantes era de origem administrativista e, assim, concluí, enxergaram a explanação com olhos absolutamente pregados na "lógica jurídica" e, como sei, as questões que envolvem lides trabalhistas devem ser analisadas, pensadas e decididas com base em determinante interpretação social dessa mesma lógica jurídica, é claro. As críticas foram bem-vindas, aprende-se com elas...é como "viver as experiências dos outros". Saudações a todos.

(*) Juiz do Trabalho substituto, TRT da 15ª Região — Campinas/SP.

I — INTRODUÇÃO

A responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes não se resume ou restringe a um problema jurídico é, além disso, um problema social.

"A questão social, dia-a-dia mais avassaladora, e as doutrinas socialistas, exigindo a progressiva intervenção do Estado, que se pretende levar ao extremo oposto à concepção individualista do Estado-gendarme, tornaram este assunto de culminante importância e palpitante actualidade; porque se ao lado da faculdade quase ilimitada reconhecida ao Estado de intervir em toda actividade individual e social, não for posta, dum modo nitido e preciso, a sua rigorosa responsabilidade, e a dos que, como órgãos do Estado, exercem essa intervenção e em geral executam as outras funções próprias dessa entidade jurídico-política, então o convívio social seria insuportável, o direito e a justiça palavras vãs e sem sentido, o arbítrio arvorado em lei e a função do Estado, em vez de coordenadora e harmônica, converter-se-ia em tirânica e dissolvente".⁽¹⁾

As palavras acima, da lavra de *Luiz da Cunha Gonçalves*, foram pronunciadas em 1905 em trabalho acostado ao acervo da biblioteca da Universidade de Coimbra. Com efeito, em que pese o transcurso de quase um século desde a divulgação do texto, o fato é que a questão da responsabilidade do Estado desde há muito desperta o interesse dos cultores do Direito na busca incessante de uma solução ao menos indicativa do rumo a seguir. E desde aqueles tempos havia enorme preocupação em limitar a liberdade de atuação do Estado, por meio de seus órgãos, como fator preponderante para o equilíbrio da sociedade, por outra, dos entes administrados.

Tão-somente a questão individualizada da apuração do tipo e alcance dessa responsabilidade anunciada, seria o bastante para justificar a existência de estudos visando a busca de explicações plausíveis e atuais quanto ao tema, porém, acresce, que o enfoque deste trabalho tem cruzamento, ainda, com fato emergente do Direito do Trabalho, ou seja, com tema de fulcral importância naquela área jurídica, isto é com a viabilidade do próprio contrato individualizado de trabalho em razão da evolução natural do Estado, que a partir de determinado momento histórico viu-se as voltas com a necessidade de descentralizar e desconcentrar sua atuação administrativa tendo em vista uma maior mobilidade e adequação do aproveitamento dos, no mais das vezes, escassos recursos financeiros.

II — OBJETIVO DO TRABALHO

Assim, o objetivo deste trabalho é definir a existência, ou não, de responsabilidade do Estado com relação aos créditos originados pela

(1) *Luiz da Cunha Gonçalves*. "A Responsabilidade da Administração pública pelos Actos de seus Agentes", Coimbra, Typografia Universal, 1905.

ocorrência de contratos de trabalho firmados pelas empresas concessionárias de serviços e obras públicas junto aos trabalhadores empenhados diretamente nas tarefas dos serviços concedidos e, se positiva a resposta, de que tipo de responsabilidade se trata.

III — TÍTULO DO TRABALHO

Logo de início cumpre esclarecer a respeito da dúvida que tomou-me de assalto já na questão referente à adoção do título para o trabalho.

Com efeito, alguns administrativistas adotam em seus escritos a expressão "Responsabilidade do Estado" e afirmam, que é um erro falar em "Responsabilidade da Administração pública", ou seja: sendo o dano resultante de comportamento de qualquer dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo ou Judiciário) a responsabilidade é do Estado, vez que a Administração Pública, não tem personalidade jurídica e, por isso, não pode ser sujeito de direitos e obrigações⁽²⁾.

De outra banda existem autores, que preferem a expressão "Responsabilidade da Administração Pública" e justificam essa preferência alegando que é da atividade administrativa dos órgãos públicos que emerge a obrigação de indenizar. Por outras palavras os atos de governo como entidade política, em princípio, não geram responsabilidade⁽³⁾.

Ora bem, de minha parte, prefiro a segunda hipótese, tal como figura no texto do título escolhido. De efeito, o objeto maior de reflexão é efetivamente a responsabilidade da Administração Pública e temos que essa entidade funciona como uma espécie do gênero mais elevado, ou seja, e, agora sim, a Responsabilidade do Estado a quem se subordina também a responsabilidade por atos legislativos e judiciais, que não serão alvos de observação posto que tal assunto comporta dissertação própria cuja envergadura, por certo, extrapola os limites deste estudo⁽⁴⁾. Mas, considerando-se a força da expressão "Responsabilidade do Estado" é possível que, por vezes, ela apareça no texto porém, se o fato ocorrer, tenha-se presente que estou me referindo à responsabilidade da Administração Pública, tal como acima foi definido.

Justificado, pois, o texto do título adotado em face do tema escolhido, cumpre expender algumas colocações a respeito da delimitação da matéria de modo que esteja enquadrada dentro dos limites pretendidos. A ausência dessa explicação, considerando-se a vastidão de possibilidades que a questão central oferece comprometeria todo o trabalho.

(2) *Maria Silvia Zanella Di Pietro*. "Direito Administrativo", São Paulo, Ed. Atlas, 1990.

(3) *Hely Lopes Meirelles*. "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, Ed. Malheiros, 20ª ed., 1995.

(4) A respeito, ver por ex.: *Maria Lucia Amaral Pinto Correia*, "Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador", 1998, Coimbra, Editora Coimbra.

IV — LIMITES DA QUESTÃO

Veremos adiante, que a concessão de serviços e obras públicas, espécie de contrato administrativo, importa várias atividades, tais como: concessão de serviço público, concessão de obra pública, concessão de uso de um bem público. De outro lado, outros contratos administrativos têm marcado a atuação da administração pública, tais como: o contrato de prestação ou locação de serviço, o contrato de obra pública, o contrato de fornecimento e o de empréstimo.

Mas para a consecução deste trabalho, importa ressaltar, que apenas são objeto de interesse os contratos de concessão de serviços e obras públicas e, ainda, o contrato de obra pública.

Outrossim, não entrarei em discussão a respeito de atividades econômicas do Estado, assim entendidas aquelas atividades que o Estado executa por intermédio das empresas estatais ou suas assemelhadas quais sejam: as Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista, Autarquia ou Fundação Pública⁽⁵⁾.

Por exclusão, então, e como consequência natural, repito, interessam-me aquelas atividades exercidas por meio das empresas concessionárias ou mesmo aquelas exercidas por empresa privada contratada para a execução de uma obra específica.

Anote-se, por oportuno, que não desconheço que as Empresas Públicas e de Economia Mista podem ser, ao mesmo tempo, concessionárias de serviços públicos, porém, este assunto não se insere na área de interesse para o desenvolvimento deste estudo, vez que tratando-se de *responsabilidade oriunda da inadimplência de créditos trabalhistas* é meridiano pensar e concluir que aquelas empresas e, por consequência lógica, a Administração Pública são, nesse caso, direta e subjetivamente responsáveis pela quitação de tais créditos, uma vez que não se trata de questão que envolva terceiros.

Portanto, a análise torna-se efetiva e de importância quanto ao fato da existência desses mesmos créditos trabalhistas e, no caso típico, a desonra desses compromissos junto aos trabalhadores por parte das *empresas privadas concessionárias de serviços públicos*. Por oportuno diga-se, que a falta de pagamento pode ocorrer não só pela falência da empresa concessionária ou prestadora de serviço como pela simples inadimplência imotivada ou, será melhor dizer, pela deliberada intenção de burla aos direitos trabalhistas e respectivos créditos dos obreiros.

Assim, entenda-se a explanação com a base restrita que acima foi expressa.

(5) Art. 37, n. XIX da CF/1988.

V — A RESPONSABILIDADE CIVIL

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*. O tema contém, é evidente, a raiz latina *spondeo* — fórmula pela qual se vinculava no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta: (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*), ou seja, “prometes me dar um Cento? Prometo”.

Conclui-se, então, que o vocábulo — responsabilidade — tem como idéia central o ato de responder por algo, por alguma coisa.

A responsabilidade civil supõe alguns pressupostos, quais sejam: a existência de uma ação comissiva ou omissiva; a ocorrência de um dano moral ou patrimonial e o nexó de causalidade entre o dano e a ação.⁽⁶⁾

A ação, que é elemento constitutivo da responsabilidade, poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente do ato ilícito apóia-se na idéia de culpa do agente. De outro lado, a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, teoria objetivista que vem se impondo na atualidade considerando-se a insuficiência da culpa para solucionar a questão dos danos de um modo geral.

O dano, por certo e logicamente, não pode deixar de compor o rol de pressupostos da responsabilidade, vez que não se concebe a responsabilidade civil, que resulta na reparação civil, sem a ocorrência de um dano patrimonial e de um prejuízo imediatamente mensurável, de preferência.

Por último, pressuposto também inafastável da responsabilidade civil é o nexó de causalidade, o liame, o vínculo entre a ação e o resultado ocorrido. O nexó de causalidade é, realmente, um fato gerador da responsabilidade civil, entretanto não se pode esquecer que há necessidade de uma adequação entre o ato e a ocorrência do dano.

Ora, ainda que rapidamente abordado o tema relativo aos pressupostos da responsabilidade civil; importa ressaltar, como consequência lógica, que existem fatores excludentes dessa mesma responsabilidade, isto é: a força maior, ou seja fato de terceiro (exceto o devedor) ou do credor, que impossibilita o cumprimento obrigacional; o caso fortuito, isto é o acontecimento provindo da natureza, sem nenhuma intervenção da vontade humana e, finalmente, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, fatos que dispõem maiores explicações uma vez que falam por si.

Pelo visto até o momento conclui-se, que emergem duas grandes espécies de “responsabilidade”, quais sejam: a primeira inclusa no âmbito da inexecução obrigacional, eleita pela doutrina como sendo a “responsabilidade contratual” e a segunda, resultante do não cumprimento de norma legal, batizada pela mesma doutrina, como referente à responsabilidade “extracontratual”.

(6) Classificação de *Maria Helena Diniz*, in “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 7, 1984, Editora Saraiva.

Ora, se duas pessoas estabelecem normas contratuais e, por estas normas regulam seus interesses particulares, é certo que firmam uma lei entre elas. Assim, as cláusulas normativas estabelecidas de comum acordo devem ser cumpridas — mais que isso, rigorosamente observadas, sob pena de procedimento diverso resultar em responsabilidade do infrator.

De outra banda, é inerente a todo ser humano o respeito ao direito alheio, isto é ainda que não exista um contrato escrito entre todos os seres humanos a sociedade, ao longo dos tempos, estabeleceu regras de conduta com base na moral dominante, no direito natural e, ainda, no direito substantivo. O desrespeito às regras em questão acaba por imputar ao transgressor a responsabilidade civil chamada extracontratual.

E, anote-se, quanto a esta última (extracontratual), em termos de apuração da efetiva responsabilidade civil referente ao ato ilícito (delitivo em contraposição ao contratual), duas teorias disputam a preferência da doutrina e da jurisprudência, ou seja a "Teoria Subjetiva" e a "Teoria Objetiva".

O ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à responsabilidade civil e em termos de direito privado, adota a Teoria da Responsabilidade Subjetiva, isto é orienta que o ressarcimento pelos danos e prejuízos causados decorre da culpa. Anote-se, que se trata da culpa *fato sensu*, ou seja aquela que abrange o dolo e a culpa (*stricto sensu*).

O art. 159 do CCB diz *in verbis*:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Redação desta parte conforme o Dec. Leg. n. 3.725/19).

Assim, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito⁽⁷⁾.

Mas a Teoria Subjetiva, baseada na culpa, recordar não é demais, em face do natural desenvolvimento físico e cultural da sociedade e especialmente do progresso tecnológico extremamente evolutivo, deixou de ser um parâmetro seguro para a aferição da responsabilidade.

Surge, então, a Teoria Objetiva, que fundamenta, a reparação de prejuízos em dois sistemas, o primeiro baseado no risco e ao depois, o segundo, no dano objetivo. O risco supõe a exposição da sociedade ao padrão de uma atividade exercida por determinada pessoa física ou jurídica e, essa circunstância é, por si só, o bastante para eventual indenização em face do virtual prejuízo advindo da mesma atividade. O dano objetivo, como o pró-

(7) Washington de Barros Monteiro. "Curso de Direito Civil", 1990, 24ª ed., Ed. Saraiva.

prio nome diz, emerge da só existência do dano. Em ambos os casos não se cogita a idéia de culpa (*lato sensu*) mas, tão-somente, da ocorrência de um nexo de causalidade, ou seja um "vínculo entre o prejuízo e a ação de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível"⁽⁸⁾.

Por outras palavras, "no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar"⁽⁹⁾.

Diga-se por oportuno, como afirma *Ripert*, um dos expoentes da Teoria Objetiva, "a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia de responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva"⁽¹⁰⁾.

Nada obstante anote-se, em que pese a circunstância anteriormente mencionada, no sentido da admissão da Teoria Subjetiva (*vide* acima o art. 159 do CCB), o direito privado positivo brasileiro assume casos em que a responsabilidade objetiva marca presença, por exemplo: a responsabilidade do hotelheiro, pelo furto praticado por empregados contra hóspedes; a responsabilidade do banco que paga cheque falsificado..., dentre outros.

Consigne-se, com intuito ilustrativo e, mais do que isso, para demonstrar a força da Teoria Objetiva que, também, a própria Lei Substantiva Civil Brasileira (CCB) em alguns dos seus artigos, consagra a dita teoria, ou seja a objetiva, veja-se como exemplo, para citar apenas um, o que diz o art. 1.527 do CCB:

Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

- I — Que o guardava e vigiava com cuidado preciso.
- II — Que o animal foi provocado por outro.
- III — Que houve imprudência do ofendido.
- IV — Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

VI — A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Agora, uma visão da responsabilidade civil no campo do direito público.

No passado era absolutamente impossível pensar em responsabilidade da Administração Pública, com efeito, as legislações antigas não conheceram direito individual capaz de se contrapor a Administração Pública.

Falo da época dos Reis, que eram "deuses" ou "filhos dos deuses", podiam dispor com soberania sobre as pessoas e seus bens.

(8) *Maria Helena Diniz*. "Curso de Direito Civil Brasileiro", 1984, 7º vol., Ed. Saraiva.

(9) *José de Aguiar Dias*. "Da Responsabilidade Civil", 1983, 1º vol., Rio de Janeiro, Editora Forense.

(10) *Ripert*. "O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno".

Na Pérsia operou-se uma evolução, foi quebrada a imutabilidade soberana do Estado e a forma sacerdotal foi sucedida pela forma despótica. Ora, como se pode concluir, nenhum progresso trouxe, ou seja a dita evolução foi efêmera, ineficaz.

Sob a égide dos governos absolutos era negada a responsabilidade do Estado (Adm. Pública). Dizia-se "o rei nunca erra". E, ainda mais, pela identidade do Monarca com o poder... "o estado sou eu".

O Estado de Direito instituiu a garantia de igualdade e de legalidade como direitos fundamentais. Não havia mais, então, autoridade fora da abrangência da lei e, conseqüentemente, sujeitos irresponsáveis.

Com a influência do Liberalismo o Estado foi equiparado ao indivíduo e, assim, passou a ser responsabilizado por atos culposos de seus agentes.

Na atualidade atribui-se à administração pública uma *responsabilidade especial de direito público, diferente e mais rígida do que aquela tradicional responsabilidade patrimonial civilística*. "A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por meio de princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quanto a atos lesivos de direitos de terceiros. Nessa tentativa surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da administração pública, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem falar nas submodalidades em que se repartiram essas três correntes"⁽¹⁾.

Por ora convém, apenas, abordar de soslaio, de passagem, as ditas correntes de pensamento.

A teoria da culpa administrativa pressupõe três hipóteses diversas, ou seja: a falta do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço pela administração, ocorrendo qualquer das possibilidades surge a obrigação de indenizar. Porém, essa teoria exige demais do administrado, que além de provar a ocorrência da lesão fica com o dever de demonstrar uma das hipóteses mencionadas.

A teoria do risco administrativo, esta sim, representou efetivo avanço no trato entre o poder administrativo e os administrados, ao passo que faz surgir a obrigação de indenizar o dano pela administração em face do simples fato da existência da lesão sem o concurso do lesado; e não mais perquirir a respeito da existência de culpa; por outras palavras basta o nexo de causalidade (acrescido da adequação). Por esta Teoria, em que pese a existência da culpa objetiva a administração pode demonstrar a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Esta, portanto é a teoria adotada pela grande maioria dos Estados modernos, Brasil incluso, uma vez que "pela sua objetividade e partilha de encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva..."⁽²⁾.

(1) Hely Lopes Meirelles. "Direito Administrativo Brasileiro", 1995, São Paulo, Editora Malheiros.

(2) Hely Lopes Meirelles. "Direito Administrativo Brasileiro", 1995, São Paulo, Editora Malheiros.

Finalmente quanto à teoria do risco integral, uma modalidade absolutamente extremada, só por isso já se encontra, na prática, abandonada. Não poderia ser diferente; por esta teoria a administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano aos administrados sem a menor possibilidade de defesa de seus interesses, que em última análise são os interesses comuns de toda a sociedade.

A responsabilidade civil da Administração Pública independe, então, de conduta ilícita ou antijurídica de seus agentes. Exige-se, tão-somente, a demonstração do nexo de causalidade e sua necessária adequação entre a ação ou omissão da administração pública e o dano em si de modo que, desta forma, estará definida a efetiva responsabilidade emergente do fato alegado.

Por conclusão tem-se, que a responsabilidade da Administração Pública é objetiva e funda-se na teoria do risco administrativo. Ou seja, o Estado e sua administração no desempenho de atividades em proveito da coletividade, assume os riscos referentes a essas mesmas atividades, que podem resultar em ação ou omissão danosa à coletividade (sociedade), parte isolada dela ou a um indivíduo e, nestes casos, deve indenizar o(s) prejudicado(s) pelo(s) prejuízo(s) daí resultante(s).

A Constituição Federal de 1988 (CFR/88) inovou naquilo que se refere à responsabilidade extracontratual do Estado. O parágrafo 6º do art. 37 da CFR/88 diz:

*Art 37.
..... omissis*

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

..... omissis

A novidade prende-se ao fato de que as concessionárias de serviço público (*peçoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*) passaram, então, a responder objetivamente em razão de eventuais prejuízos provocados contra terceiros e, em razão de sua atividade na esfera estatal, ou seja, como se fosse o Estado ou a própria administração pública.

Alerto, que a Administração Pública desde 1967 passou a responder de forma objetiva por danos que seus servidores causassem a terceiros. O assunto foi regulado na Carta Maior de 1967 e repetido na revisão de 1969, por meio da Emenda número 1.

Verifica-se, portanto, maior garantia aos administrados em face do acréscimo de encargos ao Estado e suas concessionárias. Em verdade, o fato era inevitável uma vez que nossa Administração Pública, que nutria grande preferência pela atribuição de serviços às suas próprias empresas,

aderiu à nova tendência mundial e passou a adotar a concessão de serviços públicos como método padrão, a ponto de serem editadas leis específicas sobre o assunto, como se verá adiante.

VII — SERVIÇOS PÚBLICOS

No Direito, de um modo geral, todo tipo de definição por si só apresenta risco de limitar por demais o alcance que se pretenda dar à matéria em estudo.

Com efeito, no campo do Direito Público não poderia ser diferente. Por outras palavras, a definição de "serviço público" em razão das consideráveis transformações que o instituto verificou ao longo dos tempos, tanto no que diz respeito aos seus elementos constitutivos e, também, quanto à sua abrangência, é tarefa das mais árduas.

De início, três elementos compunham a definição desse serviço público: "o material (atividade de interesse coletivo); o subjetivo (presença do Estado) e, finalmente o elemento formal (procedimento de direito público).

Houve, então, acentuada evolução desses elementos. O Estado à medida em que foi se afastando dos princípios do liberalismo passou a ampliar o alcance de suas atividades próprias assumindo algumas atividades comerciais e industriais que antes estavam reservadas à iniciativa privada.

Mas, com o tempo, o "Estado" se apercebeu que não reunia condições de mobilidade e de organização suficientes para gerir com a eficiência necessária de modo a fazer frente à concorrência privada, esse tipo de negócio. Como consequência passou a delegar essa administração a particulares por meio de contrato de concessão de serviços públicos e, mais adiante, transferindo o serviço a pessoas jurídicas de direito privado para esse fim específico.

Bem, logicamente, a partir de então dois elementos da definição de serviço público e anteriormente citados foram afetados decisivamente, ou seja o elemento subjetivo, porque não se podia considerar que as pessoas jurídicas públicas eram as únicas que prestavam serviço público, os particulares adquiriram tal possibilidade por intermédio da delegação em face da concessão de serviço público.

Outrossim, o elemento formal foi, da mesma maneira, afetado ao passo que nem todo serviço público seria prestado sob o regime exclusivamente público.

Vê-se, portanto, que a definição de serviço público apresenta especial dificuldade não só pela complexidade do tema mas, também, porque a simples discussão a respeito de "serviço público" determina o enfrentamento de questões nucleares da Política e do próprio Direito. "Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares".⁽¹³⁾

(13) *Marçal Justem Filho. "Concessões de Serviços Públicos", 1997, Editora Dialética, São Paulo.*

Conclui-se, então, que o conceito de "serviço público" tem necessariamente uma conotação de particularidade histórica, por outras palavras está irremediavelmente ligado ao modelo constitucional assumido pela comunidade — palavras de *Marçal Justem Filho* — inclusive no que diz respeito à função e ao papel que dita comunidade reserva a si própria.

A propósito e tendo em vista que não faz parte dos planos maior aprofundamento do tema tratado neste tópico (serviço público), ao passo que interessa apurar, isto sim, as conseqüências de atos das empresas concessionárias e da própria administração pública em face dos contratos de trabalho existentes; adoto como definição de "serviço público" as palavras de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, nos seguintes termos: serviço público "é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público..."⁽¹⁴⁾.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB/88) em seu art. 175 deixa claro, que cabe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos e, tal atividade pode ser efetuada por meio da concessão ou permissão, sendo indispensável o certame público por meio de licitação.

Diz o art. 175 da CFRB/88:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos:

I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II — os direitos dos usuários;

III — política tarifária;

IV — a obrigação de manter serviço adequado.

O "Poder Público", é claro, abrange a União, os Estados e os Municípios e a CFRB/88 seguindo a tradição das "Cartas" anteriores declarou expressamente as competências privativas da União, a nível administrativo e, também, as comuns exercitáveis pelos Estados e Municípios veja-se, ainda que parcialmente, o art. 21 da CFRB/88, por exemplo:

Art. 21. Compete à União:

..... *omissis*

X — manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

(14) *Celso Antônio Bandeira de Mello*. "Curso de Direito Administrativo", 8ª ed., 1996, São Paulo, RT.

XI — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.95)

XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; (Redação dada à alínea pela Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.95)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XV — organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

..... *omissis*

Assim, o serviço postal e correio aéreo nacional; serviços de telecomunicações (incluindo a transmissão de dados); serviços de radiodifusão; a geração e fornecimento de energia elétrica; serviços de transporte (inclusive infra-estrutura portuária e aeroportuária); serviços de estatística; geografia; geologia e cartografia nacionais; serviços locais de gás canalizado; educação; saúde e previdência social são, por imperativo constitucional, "serviços públicos".

Embora a enumeração não seja taxativa, uma vez que pode haver ampliação por intermédio tanto do poder constituinte derivado como por intervenção do legislador infraconstitucional, fica demarcado o âmbito em que a atividade prestacional por meio, por exemplo, da concessão, será legítima.

VIII — CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Não é nova a questão vinculada ao tamanho do Estado, assim entendida a esfera de atuação direta e indireta da autoridade estatal no dia-a-dia dos administrados.

De efeito, o “Estado Megalômano”⁽¹⁵⁾, uma instituição hipertrofiada e superdesenvolvida já não encontra amparo, não resulta mais, entre os políticos, sociólogos e economistas. A redução do papel do Estado é exigida e, em contrapartida, espera-se sua maior eficiência na atuação necessária de composição das inúmeras variantes que envolvem os administrados e sua vida política, cultural, social e, em última análise, na própria sobrevivência dos integrantes da sociedade.

Ora, a afirmação acima é verdadeira para um grande numero de países e dentre eles, por certo, inclui-se o Brasil.

Desta forma o Estado brasileiro, depois de muita discussão no pretório da República e a ultrapassagem de elevadas dificuldades, face ao ranço centralizador sempre presente especialmente em coletividades com limitada visão (visão corporativista), ou seja, os partidos políticos, mais preocupados com as picuinhas partidárias do que com a verdadeira política social e de desenvolvimento; adotou como objetivo viável a redução de sua dimensão, assim entendida a sua atuação junto aos administrados e, também, quanto à forma de assumir encargos.

A idéia principal era que a atuação estatal ficasse limitada àquilo de essencial, por outra, o Estado se absteve de atuar em setores que podem ser desenvolvidos com vantagem pela iniciativa privada.

Dentro dessa linha, foram editadas as *Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95*, que tratam da Concessão de Serviços Públicos.

Outrossim, aos contratos de Concessão de Serviços Públicos devem ser acrescidas, também, as determinações dos dispositivos da *Lei n. 8.666/93*, que traz indicações a serem seguidas quando a Administração Pública firma contrato de concessão de serviço público e de construção de obra pública com o particular e é claro, à luz do direito público.

Ora, anunciado o conceito de “serviço Público e mais, os textos legais, cumpre abordar, então, a questão central deste trabalho, qual seja, a *responsabilidade civil da Administração Pública frente aos contratos de trabalho em face da concessão de serviços e obras públicas*.

Quando necessário, serão alinhados ao texto os dispositivos das leis mencionadas e de outras leis esparsas que sejam de interesse a esta discussão.

IX — CONTRATOS DE TRABALHO

Ora, os contratos de trabalho dos quais falo, não custa relembrar, são aqueles firmados pelas concessionárias de serviços públicos ou, ainda, de uma empresa privada específica à qual foi delegada, por meio de concessão, a incumbência da execução de um serviço público ou da construção de uma obra pública.

(15) *Jean-François Revel*, “El Estado Megalomano”, tradução em Espanhol, título original em Francês — La Grâce de l’État, 1984.

De imediato, salta aos olhos, aparentemente, a conclusão de que a responsabilidade pelos fatos desses contratos de trabalho cabe unicamente à(s) Empresa(s) Privada(s) concessionária(s). Mera aparência, em meu modesto entender.

Melhor explicar, ou tentar...ao menos; não há dúvidas de que os créditos trabalhistas são inicial e primordialmente de responsabilidade da Empresa Privada concessionária. No entanto, a situação que quero fixar é aquela relativa à inadimplência dessa mesma empresa privada em relação a ditos créditos, seja com relação ao salário mensal ou aos créditos rescisórios como um todo.

Mas, não é fato incomum a falta de pagamento pela empresa privada em razão, por exemplo, de falência desta ou do simples descumprimento das obrigações trabalhistas. E, com efeito, a situação do trabalhador em causa, em termos financeiros, não é diferente daquela do trabalhador da iniciativa privada. Por outras palavras, tem as mesmas necessidades e direitos, ou seja, espera a percepção de seu salário e, eventualmente, o pagamento de seus créditos rescisórios, quando for o caso.

Importa ressaltar, que quando a iniciativa privada contrata trabalhadores tem como objetivo dentre outros, a finalidade possível de obtenção de lucro em razão do serviço efetuado, força natural e impulsionadora do capitalismo. Mas a empresa privada concessionária de serviço de serviço público, além do objetivo do lucro (dentre outros) traz obrigatoriamente consigo a necessidade de atendimento de um interesse público, fator inafastável, inerente e implícito, quando da conclusão de um contrato de concessão de serviço público.

Este mesmo fator (interesse público) está presente, apenas, de forma mediata quando ocorre a contratação de trabalhadores pela iniciativa privada para atuação nas atividades desse segmento econômico, tendo em vista que a contratação reflete positivamente na diminuição do índice numérico de desempregados.

Friso, que o interesse público genuíno só existe em razão do contrato de concessão de serviço público e em face da natureza do serviço disponibilizado. Assim, meridiano concluir, que a administração pública e, em última análise a própria sociedade, os administrados, são, também, beneficiários diretos do trabalho expendido pelo obreiro contratado por uma Empresa privada concessionária de serviço público.

Ora, a Administração quando firma um contrato de concessão de serviço público não transfere à empresa privada concessionária a titularidade do serviço, por outras palavras o poder público, o Estado, a Administração Pública é a verdadeira responsável pela prestação do trabalho, a concessão funciona como instrumento de direito público que permite à Administração prestar um serviço público de maneira indireta.

Em razão dessa circunstância encontram-se na doutrina vozes que apontam para a circunstância de ser a Administração Pública (o Estado) a verdadeira "empregadora" no contrato de concessão, uma vez que do ponto

de vista desses doutrinadores, a vinculação do empregado é com a empresa e com o patrimônio que ela representa¹⁶. E, não é demais reconhecer, que o contrato de concessão e a própria empresa concessionária representam parte relevante do patrimônio da Administração Pública, constitucionalmente outorgado, expresso pela forma exclusiva de delegação da efetiva prestação do serviço público à coletividade.

Anote-se o que diz o art. 29 da Lei n. 8.987/95 e tornar-se-á fácil deduzir que a hipótese retrofixada não é absurda, ante a enormidade de poderes cabíveis à administração pública no caso da concessão de serviço público:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I — regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II — aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III — intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV — extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V — homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI — cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII — zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão científicas, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII — declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX — declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X — estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;

XI — incentivar a competitividade; e

XII — *estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.*

(16) *Alves, Ivan D. Rodrigues e Malta, Cristovão Piragibe Tostes. "Teoria e Prática o Direito do Trabalho", 1988, Rio de Janeiro, 8ª ed., Edições Trabalhistas.*

Por outro lado, mais clara ainda torna-se a responsabilidade da administração pública, no caso vertente, quando se percebe que o trabalhador embora tenha um contrato de trabalho com a empresa concessionária é, ao mesmo tempo, *terceiro em relação à Administração Pública* (Estado), dado não só a peculiaridade do trabalho prestado como também pela inovadora forma que a administração pública tem a sua disposição, de maneira a servir-se da força de trabalho alheia (de um terceiro) por meio de um(a) intermediário(a), qual seja: a empresa privada prestadora de serviço público.

Assim, no caso de inadimplência da empresa privada concessionária junto ao trabalhador e relativamente aos seus créditos trabalhistas, a administração pública é sim, em face das circunstâncias mencionadas, a responsável pelo pagamento dos haveres. Mas, anote-se, tal responsabilidade não decorre em virtude das normas contratuais firmadas entre a administração pública e a empresa privada, não. Emerge, a meu ver e, em verdade, claramente, da condição de terceiro do trabalhador em relação à Administração Pública, tal como acima foi demonstrado.

Ademais, os arts. 25 e 31 da Lei n. 8.987/95, que Regula a Concessão de Serviços Públicos dizem:

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

§ 1º

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

§ 3º

Art. 31. Incumbe à concessionária:

..... *omissis*

Parágrafo único. *As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente. (grifo meu)*

Estes artigos das citadas leis não só confirmam, que o trabalhador é terceiro em relação à administração pública como também, ditas orientações estão inscritas nas normas mencionadas para, especialmente, dar cobro ao enunciado no número "II" do art. 37 da CFRB/88, nos seguintes termos:

Art. 37. *omissis*

I — *omissis*

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional n. 19/98) (grifo meu)

III — omissis

Por oportuno, fica claro, que em momento algum estou afirmando a existência de vínculo de emprego entre o trabalhador e a Administração Pública, uma vez que consoante o texto de lei antes mencionado (número II do art. 37 da CFRB/88), este fato é impossível. Mas, apenas, pugno pela responsabilidade pecuniária da mesma Administração, posto que é da sua missão fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços e, para tanto reúne poderes até para esmiuçar a contabilidade da empresa privada prestadora de serviço público, nos termos do art. 30 da Lei n. 8.987/95:

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. (grifo nosso)

Parágrafo único. 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. (grifo meu)

De outro lado, afirmo, não se trata da aplicação de normas do direito privado a um contrato de direito público situação que poderia ser objetada e, com razão. O caso restringe-se à efetiva responsabilidade objetiva da administração pública, tal como determina a Constituição para o caso de a Administração Pública (Estado) causar prejuízo a terceiros (art. 37, § 6º da CFRB/88).

Por suposto, então, nasce para o Administração Pública uma responsabilidade objetiva, extracontratual e subsidiária.

Objetiva, porque assim determina que seja a responsabilidade da Administração Pública bem como de seus agentes, os termos do — já citado — parágrafo 6º do art. 37 da CFRB/88.

Extracontratual, posto que entre a Administração Pública e o trabalhador-administrado não há uma avença direta estabelecida, mas sim um dever de respeito mútuo baseado em normas de caráter geral.

E, ainda, subsidiária, ao passo que a solidariedade demanda a existência de norma legal aplicável além da expressa vontade das partes, o que não ocorre em relação à avença existente entre a administração pública e a(s) empresa(s) privada(s) concessionária(s) de serviços públicos.

Alguns doutrinadores apontam a necessária e indispensável existência da licitação pública como fator determinante do afastamento da responsabilidade da administração, face ao preenchimento de uma condição objetiva pelo contratado (empresa privada) que descaracteriza a culpa in eligendo da administração pública.

Diz o art. 14 da Lei n. 8.987/95:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. (grifo meu)

Mas, o argumento não convence. É de lembrar que a responsabilidade da administração pública neste caso é objetiva. Assim, não há que se discutir sobre culpa de qualquer espécie.

Por derradeiro o mais polêmico. Lembro o que diz o art. 71 da Lei n. 8.666/93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e outras providências:

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

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.4.95) (grifo meu)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.4.95)

§ 3º (Vetado).

A polêmica não assusta, de forma alguma.

De efeito, a lei fala em "encargos". E, desde o início a exposição tem-se presente, que estou tratando de "créditos trabalhistas" e, anoto, ao que parece, o único encargo trabalhista que pode ser considerado, em face da letra da lei, é o recolhimento tempestivo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e, se esse recolhimento não é feito, considerando-se a distribuição de uma ação trabalhista, ou como tradicionalmente é chamada, uma reclamatória trabalhista esse encargo legal torna-se crédito efetivo do trabalhador, ainda que ocorra determinação para o depósito (recolhimento) correspondente.

Se não for assim, a outra saída é mais drástica, ou seja o dispositivo fere frontalmente a letra da "Carta Maior" ao passo que nega a responsabilidade da Administração Pública, claramente fixada no art. 37 da CRFB/88, que a Lei n. 8.666/93 se propôs a regulamentar, tal como explicitiei anterior e oportunamente.

Como remate, lembro, que a conclusão acima é válida também, para aquele caso citado inicialmente e referente ao contrato de obra pública no sentido de empreitada, ou seja, aquele contrato pelo qual um particular se encarrega de executar uma obra pública mediante retribuição à pagar pela Administração Pública.

Mas, é bom fixar, por absoluta relevância, que para fazer emergir do campo da possibilidade para a efetiva realidade a responsabilidade ora pregada, é indispensável que a Administração Pública integre o pólo passivo da reclamatória trabalhista, é claro.

X — CONCLUSÕES

1. É inafastável a concluir de que em face da concessão de serviços públicos e eventual descumprimento de créditos trabalhistas pelas Empresas contratadas, decorre a responsabilidade da Administração Pública quanto ao pagamento dos tais créditos.

2. Trata-se de responsabilidade Objetiva, Extracontratual e Subsidiária.

3. Essa responsabilidade não emerge diretamente das normas fixadas pelo contrato de concessão de serviços públicos mas, antes, das normas constitucionais existentes.

4. Naquilo que se refere à responsabilidade Extracontratual do Estado, a CRFB/88 inovou a matéria uma vez que tanto as pessoas de direito público quanto as de direito privado mas prestadoras de serviço público passaram a responder objetivamente por prejuízos causados a terceiros.

5. A Carta Política de 1988 (CRFB/88), definiu atribuição clara ao Poder Público no tocante a estabelecimento e manutenção da concessão de serviços públicos.

6. O trabalhador contratado pelas Empresas Concessionárias é terceiro em relação à Administração Pública (Estado).

7. *A Administração Pública (Estado) deve ser chamada a compor o pólo passivo de eventual reclamatória trabalhista por parte do interessado.*

Assim, chego ao final deste trabalho. Trago comigo a certeza de ter expresso o meu pensamento a respeito da matéria tratada e de ter aproximado o desenvolvimento do estudo o máximo possível do objetivo inicialmente traçado.

Entretanto, tenho, também, dúvidas a respeito da "tese" defendida, e a firme certeza de que pode ser discutida, ampliada e melhorada.

Apresento-a, pois, à apreciação dos Colegas, agradecendo a atenção dispensada.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Caetano, Marcelo.* "Manual de Direito Administrativo", 10ª ed., 3ª reimpresão, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.
- Canotilho, José Joaquim Gomes.* "O problema da Responsabilidade do Estado por Actos Ílicitos", Coimbra, Livraria Almedina, 1974.
- Cretella Júnior, José.* "Curso de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, 11ª ed., Forense, 1992.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella.* "Direito Administrativo", São Paulo, Atlas, 1990.
- Freitas do Amaral, Diogo.* "Direito Administrativo", Edição Universitária da Sala de Leitura da Univ. de Coimbra.
- Gonçalves, Luiz da Cunha.* "A Responsabilidade da Administração Pública pelos Actos de seus Agentes", Coimbra, Ismael Chuvvas encadernador, 1905.
- Justen Filho, Marçal.* "Concessão de Serviços Públicos", São Paulo, Editora Dialética, 1997.
- Meirelles, Hely Lopes.* "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, 20ª edição, Malheiros, 1995.
- Melo, Martinho Nobre de.* "Teoria Geral da Responsabilidade do Estado", Lisboa, Livraria Ferin, 1914.
- Pinto Correia, Maria Lucia da C. A. Amaral.* "Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador", Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- Wald, A., & Moraes, Luíza R. de & Wald, Alexandre de M.* "O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.