

Martha Halfeld F. de Mendonça Schmidt*

1. INTRODUÇÃO: A IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA.

A legislação trabalhista brasileira ainda não regulamentou os efeitos da terceirização na prestação de serviços. No entanto, esta é uma matéria que tem suscitado sucessivos pronunciamentos do Judiciário Trabalhista. E, à falta de lei que regule a espécie, aliada à complexidade da matéria, inúmeras têm sido as decisões a respeito, freqüentemente antagônicas, o que tem levado os magistrados a repensar seus posicionamentos e a procurar soluções alternativas.

O Tribunal Superior do Trabalho, apercebendo-se da lacuna da lei, pretendeu uniformizar a jurisprudência, editando o Enunciado de número 331.

Desde a sua publicação, a Súmula do Enunciado em questão tem suscitado diversas dúvidas, principalmente em se tratando de terceirização no serviço público. Até hoje, não se tem uma posição firme e definida acerca da responsabilidade subsidiária do ente público, pelos direitos do empregado contratado pela empresa prestadora de serviços.

Não se questiona acerca da inexistência de vínculo de emprego, quando não satisfeito o requisito da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (inciso II do art. 37 da Constituição da República e inciso II do Enunciado).

Entretanto, muito se discute acerca da possibilidade de responsabilização subsidiária da entidade da administração pública, na hipótese de inadimplemento, pelo empregador (empresa prestadora de serviços) dos direitos oriundos do contrato de trabalho.

Não se cuida, como é intuitivo, de responsabilidade solidária já que esta, para existir, não prescinde de lei ou de manifestação da vontade das partes, segundo o comando do art. 896 do Código Civil (tem-se, contudo, observado o ajuizamento de reclamações trabalhistas com pedido de responsabilidade solidária do ente público).

2. DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA: PODE O ENTE PÚBLICO (TOMADOR DE SERVIÇOS) RESPONDER SUBSIDIARIAMENTE PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS, EM CASO DE INADIMPLEMENTO PELO EMPREGADOR (PRESTADOR DE SERVIÇOS)?

2.1. O assunto não é pacífico.

Os entes públicos são proibidos de contratar trabalhadores sem a prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF). Assim, em face da expressa autorização legal (DL 200 e Lei 8.666/93), celebram contratos de prestação de serviços com empresas particulares. Estes contratos são bilaterais, onerosos, comutativos e *intuitu personae*.

2.2. À primeira vista, poder-se-ia desenvolver o seguinte raciocínio: do ponto de vista da administração, no âmbito das relações trabalhistas (abstraindo-se, pois, as conseqüências administrativas ou penais provenientes):

a) quando o ente público contrata diretamente empregados, sem a realização de concurso, não responderá pelo pagamento dos direitos trabalhistas do empregado (v.g., férias, 13º salário, FGTS), porque o contrato de trabalho é nulo (eventual decisão judicial, aqui, tem efeito meramente declaratório, ou seja, declara oficialmente a nulidade do contrato de trabalho desde o seu nascedouro);

b) quando a administração cumpre a lei, contratando, mediante licitação, uma empresa prestadora de serviços, responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento pelo prestador de serviços.

Em outras palavras: exclusivamente na seara trabalhista, é melhor que a administração descumpra a lei...

Tal raciocínio causa perplexidade e nos coloca a pensar.

No entanto, um exame mais aprofundado da matéria revela que este raciocínio não deve parar aí.

2.3. Quando a administração pública realiza um contrato de prestação de serviços, fica investida no poder de fiscalizar o serviço. É dever do tomador exigir uma prestação em caráter *geral, permanente, regular, eficiente*. E, para garantir a qualidade deste serviço, concede-se à administração o direito-dever de "fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais" (*apud* HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, Malheiros, 1995, pp.344/345).

Ora! Quando a administração não cumpre este direito-dever ou, cumprindo-o, constata irregularidade sem tomar as devidas providências (v.g., retenção de pagamento ou mesmo a iniciativa de terminação do contrato), incorre em culpa in vigilando.

Do mesmo modo, quando o poder público contrata empresa prestadora de serviços, sem idoneidade econômico-financeira que garanta a satisfação dos créditos dos empregados contratados, age com culpa in eligendo.

Em ambos os casos, incide a responsabilidade civil da administração (art. 159 do Código Civil e § 6º do art. 37 da Constituição Federal), devendo ela responder subsidiariamente pela satisfação dos créditos trabalhistas do empregado.

2.4. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 71, § 1º, estabelece que à administração pública não será transferida a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, quando inadimplente o contratado. Em seu art. 121, este mesmo diploma legal estabelece que a nova lei não se aplicará "aos contratos assinados anteriormente à sua vigência...". A vigência da Lei 8.666/93 se deu no mesmo dia de sua publicação (art. 125), ou seja, em 22/06/93.

Com apoio neste art. 71, muitas entidades públicas têm pedido a sua exclusão da lide, por ilegitimidade passiva "ad causam".

A questão, porém, não é tão simples.

A Constituição da República, em seu art. 1º, elegeu os valores sociais do trabalho como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Constatada, pois, a inidoneidade da empresa empregadora (ou de seus sócios), é direito do empregado buscar a satisfação de seus direitos trabalhistas perante a empresa tomadora de serviços, ainda que entidade pública. É que, onde a Lei Maior não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Assim já decidiu o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, em brilhante Acórdão da lavra do eminente Juiz SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA (TRT/RO/0328/95):

LEI N. 8.666/93 - ARTS. 71 E 121 - EFEITOS - Aduz o dispositivo 71 da Lei n. 8.666/93 que "o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato" e o seu parágrafo primeiro exclui a responsabilidade do Poder Público pela quitação destes encargos. Todavia, é inofidável que o trabalho foi considerado pela Constituição da República um valor social, um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (art. 1º, IV), tanto que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193). Diante destes princípios fundamentais, não resta espaço para aplicação do art. 71 da Lei n. 8.666/93, porque este privilegia o capital em detrimento do trabalho; coloca a Administração Pública em prioridade sobre o Direito Social do Trabalho e, por fim, torna as entidades estatais irresponsáveis por seus atos. Ademais, o dispositivo 121 da Lei n. 8.666/93 exclui cabalmente de seu campo de aplicação os contratos administrativos celebrados anteriormente à sua vigência. Não se busca aqui o vínculo de emprego diretamente com a tomadora do serviço, em face da vedação constitucional (art. 37, II, CF/88), porém, a responsabilidade subsidiária é salutar para resguardar os direitos do obreiro. Se o particular responde pelos danos causados por culpa "in eligendo" e "in vigilando", o Estado, cuja finalidade precípua é a realização do bem comum, também deve responder, porquanto não se pode alcançar o bem da coletividade à custa do sacrifício de alguns, ou seja, os laboristas que não percebem seus direitos oriundos do serviço prestado. Por conseguinte, com espeque no inciso IV do Enunciado n. 331/TST, arcará a autarquia federal, subsidiariamente, pelas verbas trabalhistas deferidas pelo Juízo "a quo".

2.5. Constata-se, também, que a Lei n. 8.666, cuja vigência foi a partir de 22/06/93, possui caráter geral. E que o Enunciado 331/TST, publicado em 21/12/93 (posteriormente à lei), tem aplicação específica ao Direito do Trabalho.

2.6. Finalmente, já se disse que os incisos do Enunciado 331 do Col. TST não podem ser interpretados isoladamente e que o inciso IV só deve ser compreendido em consonância com o seu inciso II. Tal argumento, todavia, perde sustentação, em face da circunstância de que o inciso IV do Enunciado 331 não faz distinção. E, quando este verbete quis se referir especificamente à administração pública, o fez expressamente (inciso II).

2.7. É claro que à Administração Pública restará o direito de regresso em face do contratado (ou até, se for o caso, de seus sócios) ou do responsável (nos casos de dolo ou culpa, § 6º do art. 37 da CF/88).

3. CONCLUSÃO:

De todo o exposto, tem-se que é afirmativa a resposta para o problema identificado, porque:

a) a Administração Pública é obrigada a seguir a lei, não apenas no momento da celebração do contrato de prestação de serviços, mas durante a execução dele, fiscalizando a contabilidade, os recursos técnicos, econômicos e financeiros da empresa contratada; verificada qualquer irregularidade, pode, inclusive, tomar a iniciativa de por fim ao contrato;

b) se tal não ocorre, o Poder Público incorre em *culpa in vigilando* ou *culpa in eligendo*, sendo o caso de aplicação do art. 159 do Código Civil e do § 6º do art. 37 da Constituição Federal;

c) o trabalhador não pode se ver prejudicado no recebimento de seus direitos trabalhistas, em face do art. 1º, inciso IV, da CF/88;

d) a Lei 8.666/93 tem caráter geral, enquanto o inciso IV do Enunciado 331 tem caráter específico;

e) o inciso IV do Enunciado 331/TST é posterior ao advento da Lei 8.666/93;

E, todavia, assegurado o direito de regresso contra o responsável (art. 37, § 6º, da CF/88) ou contra o contratado (e seus sócios).

* Juíza do Trabalho Substituta do TRT 3ª Região.