

DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

Flávio Amaral Garcia*

Questão que sempre despertou polêmica refere-se à responsabilização subsidiária das obrigações trabalhistas imputadas à Administração Pública nos contratos de prestação de serviços. Parte da doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento de que, caso a empresa contratada não arcaasse com as suas obrigações, o ente público poderia ser responsabilizado subsidiariamente, desde que figurasse no título executivo judicial. Aplicar-se-ia, portanto, o item IV do Enunciado 331 do TST, que dizia:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

A dúvida se fundava na aplicabilidade ou não deste item do Enunciado aos entes da Administração Pública, em razão, especialmente, do disposto no artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Todavia, recentemente, a matéria ficou pacificada no próprio Tribunal Superior do Trabalho, por força da alteração promovida pela Res. 96/2000, publicada no D.J. de 18.09.2000. Confira-se:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos de 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.”

Em que pese o notório saber jurídico dos integrantes daquela egrégia Corte, fato é que o entendimento firmado não parece se coadunar com o ordenamento jurídico pátrio. Senão vejamos.

É preciso verificar, de início, a sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93. Confira-se o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93:

“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 Públi-

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro

ca 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.”

Trata-se de norma cujo comando é claro, não pairando sobre ela qualquer polêmica a ensejar dúvida quanto a sua correta interpretação. O legislador excluiu, de modo expresse, qualquer responsabilidade da Administração Pública¹ no que concerne à inadimplência do contratado com os seus encargos **trabalhistas**, fiscais e comerciais, ainda que originados por força da execução do contrato administrativo.

O que interessa ao ente público, quando celebra um contrato administrativo, é a sua correta execução, ou seja, a prestação adequada de um serviço, a entrega de um bem, ou a realização de uma obra. As obrigações e encargos dos contratados são de sua única e exclusiva responsabilidade. Aliás, se assim não fosse, os entes públicos funcionariam como verdadeiros seguradores de todo e qualquer encargo das empresas contratadas, o que seria um total absurdo.

A doutrina é unânime sobre a matéria. Transcreva-se a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO²:

“Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

Qualquer litígio entre particular e terceiros resolve-se no estrito âmbito entre eles, sem acarretar sacrifício da posse da Administração Pública.”

Este, também, é o entendimento de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR³:

“O fato de contratar com a Administração não exclui a empresa privada da incidência de normas jurídicas impositivas de encargos, sejam estes de natureza trabalhista, previdenciária, fiscal ou comercial, no que se referirem à execução do contrato público.

(...)

1 O artigo 6º, XI, da Lei nº 8.666/93 definiu o conceito de Administração Pública: “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.”

2 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 530.

3 *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 434.

Em todas estas relações de direito público ou privado, a contratada é a única e exclusiva titular dos correspectivos encargos, que não se comunicam à Administração contratante, antes, durante, ou depois da execução do contrato.”

Lembre-se, por oportuno, que quando o legislador objetivou estabelecer de modo diverso o fez expressamente, como por exemplo na hipótese dos encargos **previdenciários** em que há uma responsabilidade **solidária** entre a Administração Pública e o contratado, consoante dispõe o próprio artigo 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, o primeiro obstáculo a impedir a responsabilização subsidiária dos entes públicos nas terceirizações encontra-se na regra prevista no artigo 71 do Estatuto das Licitações, cuja constitucionalidade é presumida, já que até o presente momento se desconhece qualquer declaração do Poder Judiciário inquinando a norma de inconstitucional.

Um argumento bastante utilizado para atribuir responsabilidade aos entes públicos nestas hipóteses é o da sua eventual culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*”. Ambas, a meu ver, não procedem.

A culpa “*in eligendo*” é facilmente afastada quando a contratação é precedida de **licitação**, procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, observados os princípios da competitividade e da impessoalidade. Ora, como imaginar que exista culpa na escolha do contratado se, justamente, o que se pretende em um certame licitatório é evitar contratações balizadas por critérios subjetivos e pessoais?

Com efeito, se a licitação é séria – não se podendo partir de premissa que não seja esta – a autoridade administrativa está jungida à contratação com o primeiro colocado, sendo-lhe vedado celebrar contrato com preterição da ordem de classificação (art. 50 da Lei nº 8.666/93).

A licitação é, em verdade, mera decorrência do **princípio da indisponibilidade do interesse público**, cuja essência se traduz na impossibilidade dos administradores disporem do interesse público a seu bel-prazer, não se podendo cogitar de uma liberdade de atuação na escolha do contratado; daí o total descabimento de eventual culpa “*in eligendo*” quando a contratação é precedida de prévio procedimento licitatório.

A culpa “*in vigilando*”, ou seja, a atribuição de responsabilidade ao ente público por não ter fiscalizado adequadamente as relações da contratada com os seus empregados, também não tem, a meu ver, nenhum cabimento.

Como se sabe, compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, na forma do disposto no artigo 22, inciso I da Constituição Federal e organizar, manter, executar a inspeção do trabalho, consoante dispõe o artigo 21, inciso XXIV, da Carta Maior. E é através do Ministério do Trabalho⁴ e Emprego

4 Sobre a fiscalização das empresas prestadoras de serviço, o Ministro de Estado do Trabalho, com base

que este ente político exercita o **poder de polícia** em matéria de fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Não podem, pois, Estados e Municípios exercer poder de polícia em competências que não são as suas. Veja-se, a respeito, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵:

“Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria. Assim, a União exercerá em caráter exclusivo polícia administrativa sobre o que estiver arrolado no art. 22 da Constituição e concorrentemente com Estados e Distrito Federal sobre o que consta do art. 24.”

É, portanto, de todo descabido obrigar órgãos e entidades públicas estaduais e municipais a arcarem com uma atribuição que refoge aos limites de sua competência, em evidente violação ao **princípio da legalidade** insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, já que, ao exercerem poder de polícia que não se insere no seu campo de atuação, estarão agindo sem qualquer respaldo legal.

Como se não bastasse o acima dito, forçoso lembrar que o contratado tem a obrigação de manter durante toda a execução do contrato as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/93), o que cria um correlato dever para os entes públicos em fiscalizar a manutenção destas condições ao longo da execução do contrato. E, dentre os requisitos de habilitação, não consta qualquer exigência relativa a comprovação de adimplemento das obrigações trabalhistas, salvo a prova de regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a recente prova de cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII da CF, que trata da “*proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.*”

Ora, se para participar de uma licitação e estar apto a contratar com um ente público não há qualquer exigência em relação aos encargos trabalhistas (salvo os mencionados), como exigir que durante a execução do contrato a Administração Pública fiscalize estes encargos para se eximir de uma responsabilidade, ainda que subsidiária? A obrigação de fiscalizar a manutenção dos requisitos de habilitação não alcança os encargos trabalhistas, já que eles sequer são exigidos como condição para participação nos certames, o que impede qualquer atribuição de culpa “*in vigilando*”.

Portanto, o dever da Administração Pública de fiscalizar os encargos trabalhistas do contratado não decorre de nenhuma norma constitucional ou legal e muito menos

no art. 87, IV, da CF, editou a Instrução Normativa GM/MTb nº 03, de 29.08.1997 (publicada no D.O.U. de 01.09.97 – Seção 1 – p. 19.050), visando, justamente, delimitar o campo de atuação dos fiscais do trabalho em face das disposições contidas no Enunciado nº 331 do TST.

5 *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 11ª edição, p. 575.

de obrigação oriunda do contrato; daí o descabimento de atribuição de culpa “*in vigilando*”.

Ademais, esta responsabilização subsidiária dos entes públicos viola, também, o **princípio da razoabilidade**, pois obriga o tomador de serviços a assumir o comportamento de verdadeiro empregador, com os encargos consequentes, o que a terceirização visa, justamente, evitar.

A terceirização é conceituada como a transferência de certas atividades para terceiros visando reduzir custos, possibilitando que as empresas direcionem seus esforços para a sua atividade fim. Ora, a se exigir que o ente público atue como se empregador fosse, organizando pessoal e estrutura própria para fiscalizar os encargos trabalhistas dos empregados do contratado, cria-se para o tomador de serviço uma excessiva onerosidade, o que, além de desnaturar a essência da terceirização, pode simplesmente inviabilizá-la.

Não se pode perder de vista que a essência da terceirização é a **atividade**, o serviço a ser prestado e não a pessoa física; tanto por isto que ela se formaliza, via de regra, através de contrato administrativo precedido de licitação e não de preenchimento de cargo precedido de concurso público.

Um outro aspecto do tema foi enfocado pelo ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro Dr. Victor Farjalla, em recente palestra proferida na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, manifestando-se igualmente contrário ao posicionamento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Aduziu, com a habitual clareza, que, quando o contratado oferece o seu preço no certame, já estão embutidos todos os encargos trabalhistas dos empregados envolvidos na execução do contrato, de sorte que, se o ente contratante for condenado subsidiariamente, será obrigado a pagar **duas vezes**, em evidente afronta à noção mais elementar de justiça. Entende, ainda, que o Direito do Trabalho não pode ser interpretado de modo tão dissonante do restante do ordenamento jurídico, desconsiderando simplesmente a existência de outras normas jurídicas, como é o caso do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Em verdade, este posicionamento do Poder Judiciário, consubstanciado no Enunciado 331 do TST, penaliza do mesmo modo as terceirizações lícitas e as manifestamente fraudulentas. O relevante papel da Justiça do Trabalho é proteger o interesse dos empregados nos casos em que haja fraude na aplicação dos seus direitos e não punir indiscriminadamente o ente público contratante em toda e qualquer situação.

Fica evidente, portanto, que não há como se imputar à Administração Pública qualquer responsabilização subsidiária em face da inadimplência do contratado, podendo-se extrair as seguintes conclusões:

1-) o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 ressalva expressamente esta responsabilidade, determinando que a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas não seja transferida ao ente público contratante;

2-) inexistente culpa “*in eligendo*” da Administração Pública, já que, em regra, a contratação é precedida de licitação, não se cogitando de liberdade de escolha do contratado, sob pena de afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público;

3-) inexistente culpa “*in vigilando*”, posto que somente a União detém competência para exercer o poder de polícia em matéria de fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Nem se diga que esta obrigação possa decorrer do contrato, já que o limite desta fiscalização cinge-se aos requisitos exigidos na fase de habilitação;

4-) exigir que o tomador de serviços fiscalize os encargos trabalhistas dos empregados do contratado afronta o princípio da razoabilidade, pois praticamente iguala o tomador de serviços com o empregador, desnaturando a essência da terceirização;

5-) a proposta de preços do contratado já embutiu todos os encargos trabalhistas, de sorte que, ao se responsabilizar o ente público contratante, o Poder Judiciário está condenando a Administração Pública a pagar pela segunda vez pelo mesmo serviço. O foco da discussão, portanto, deve ser deslocado para a empresa contratada, aperfeiçoando e dotando a União de mecanismos de fiscalização que impeçam a proliferação de empresas acostumadas com esta praxe.

6-) O Poder Judiciário deve coibir as terceirizações **fraudulentas** e que visem prejudicar os direitos dos trabalhadores, não sendo isonômico dar o mesmo tratamento às contratações públicas revestidas das formalidades legais.

O posicionamento acima exposto, do qual temos absoluta convicção, não nos inibe de, diante da consolidação da jurisprudência em sentido contrário, propor algumas medidas que possam atenuar esta descabida imputação de responsabilidade aos entes públicos. São elas:

a-) a inclusão nos editais e contratos de cláusulas estabelecendo, para o contratado, a obrigatoriedade de prestação de contas periódica do cumprimento dos seus encargos trabalhistas. Torna-se necessário que sejam definidas as verbas trabalhistas objeto da fiscalização, a demandar análise de especialista em Direito do Trabalho. De todo modo, fato é que, em contratos que envolvam vários empregados, pode-se vislumbrar enorme dificuldade na fiscalização destes encargos, mormente quando se sabe que os servidores públicos nem sempre são dotados de conhecimentos suficientes para exercerem esta função;

b-) no caso da ausência de prestação de contas, ou se esta sinalizar para algum tipo de inadimplemento, os contratos podem prever a chamada cláusula de retenção, que permite ao tomador do serviço, nestes casos, reter a remuneração do contratado visando resguardar o erário em caso de posterior responsabilização subsidiária;

c-) uma outra medida que se vislumbra cabível – que deve ser tomada independente da posição jurídica que se tenha sobre a matéria – é a penalização das empresas prestadoras de serviço que forem reiteradamente inadimplentes com as suas obri-

gações trabalhistas, impedindo que participem de novas licitações. O fundamento legal para a punição de tais empresas seria o artigo 88, inciso III, da Lei nº 8.666/93, aplicando-lhes, após o devido processo administrativo em que forem observados os princípios da ampla defesa, contraditório e proporcionalidade, as penas de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 87, inciso III) ou a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, IV).

d-) A aplicação destas penalidades, dependendo do caso, poderia incidir sobre o próprio sócio da empresa, evitando que, como usualmente ocorre, as mesmas pessoas iniciem a atividade com outra razão social e escapem da sanção. Seria a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do Direito Administrativo⁶.

e-) Pode-se cogitar, também, da previsão de seguro para esta espécie de responsabilização, o que, certamente, redundaria em um aumento dos preços ofertados. Trata-se, todavia, de matéria a merecer estudo mais aprofundado.

Apesar das medidas acima ventiladas, repita-se, não se vislumbra, diante das normas e princípios do ordenamento jurídico pátrio, como se imputar responsabilidade, ainda que subsidiária, aos entes públicos nos encargos trabalhistas dos empregados da empresa contratada.

Não se pode negar, contudo, que a matéria é polêmica. No entanto, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho não diferencia as terceirizações lícitas das ilícitas, imputando à Administração Pública uma obrigação **genérica** de fiscalização que não é de sua competência (seja legal ou contratual), além de desconsiderar a existência de uma norma em pleno vigor (art. 71 da Lei nº 8.666/93).

O ideal é que se consiga levar a matéria o mais breve possível ao Supremo Tribunal Federal, sendo prudente e recomendável que, diante do atual posicionamento da jurisprudência, sejam criados mecanismos que evitem ou pelo menos atenuem esta responsabilização.

6 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, in *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, pág. 302, ensina que: "O que importa é uma precisa apuração dos fatos que ensejarão a aplicação da Teoria da *Disregard of legal entity* no Direito Administrativo, valendo-se, *in casu*, de elementos da Teoria Geral dos Contratos contidos no Código Civil. Remarque-se, porém, que, como alerta Rubens Requião, em seu "Curso de Direito Comercial", a anulação atinge atos específicos como, *in casu*, um contrato ou uma adjudicação, mas não macula a existência da sociedade ou transfere-lhe, por sucessão, a penalidade a outra imposta. Destarte, uma sindicância ou um inquérito civil (CF, art. 129, III) podem fornecer os elementos motivadores, ressaltando que, sendo o motivo um dos elementos do ato administrativo, ficam a sua validade e executibilidade sujeitas à sua existência. Vê-se, pois, que, embora não havendo lei específica, é cabível também, no Direito Administrativo, a aplicação excepcional da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica para evitar prejuízo ao Erário ou à qualidade do serviço público, desde que caracterizado o ato e a intenção em fugir à pena previamente imposta."