

Da impossibilidade de se responsabilizar subsidiariamente a administração pública por débitos trabalhistas dos empregadores contratados mediante licitação

*Fernando Santos Wilges**

É bastante comum o Poder Judiciário Trabalhista, certamente no intuito de proteger o trabalhador, que já é vulnerável face a sua hipossuficiência, condenar, subsidiariamente, a Administração Pública contratante de serviços de empresas terceirizadas ao pagamento dos débitos trabalhistas em favor dos empregados dessas últimas.

A meu ver, e com a devida vênia de inúmeros e não menos respeitáveis entendimentos contrários, condenações deste tipo violam literal disposição de lei federal, afrontam direta e literalmente a Constituição Federal, divergem da súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, além de serem contrárias a entendimentos de Turmas de alguns (poucos) Tribunais Regionais que comungam com o entendimento aqui exposto.

No que concerne a violação literal de disposição de lei federal, as decisões que afetam a Administração Pública com a responsabilização subsidiária pelo créditos trabalhistas da contratada culminam por violar o artigo 71 da Lei 8666/93, o qual afasta expressamente a responsabilidade da Administração.

Leia-se o que diz o texto legal:

"Artº 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 estabelecidos neste artigo, 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". (grifado)

Da simples leitura do artigo 71 da Lei 8666/93, resulta clara a intenção do legislador no sentido de que é vedada a transferência de qualquer responsabilidade à Administração Pública no que se refere aos encargos trabalhistas advindos da inadimplência da contratada em relação aos seus empregados. Assim, parece que quaisquer decisões judiciais não podem prevalecer sobre o disposto no artigo 71 da Lei 8666/93.

O Dr. Jessé Torres Pereira Júnior, na obra Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1994, 1º Edição, página 434, ao analisar o art. 71 da Lei 8.666/93 assim assevera:

"Em todas essas relações de direito, público ou privado, a contratada é a única titular dos respectivos encargos, que não se comunicam à Administração contratante antes, durante ou depois da execução do contrato.

O § 1º afasta da Administração qualquer vínculo de solidariedade ou subsidiariedade para com os encargos que a contratada venha inadimplir perante terceiros ou perante o Estado, significando, isto, que à Administração é vedado:

a) aceitar sub-rogar-se, a qualquer título (incluindo eventual compensação ou benefício fiscal), na obrigação de atender os encargos do contratado;

b) transferir para as verbas do contrato o pagamento destes encargos;

c) substituir-se à contratada na realização dos atos necessários à obtenção de licença (v.g. para edificar e habitar, em se tratando de obra) ou de publicidade imobiliária através do registro competente".

Não é diferente o pensamento do jurista JOSÉ CRETELLA JÚNIOR em sua obra DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS, ao comentar o artº 71 e seu § 1º da Lei 8666/93:

"Com referência aos encargos mencionados - fiscais, comerciais, trabalhistas e previdenciários -, a inadimplência do contratado não transfere à Administração a responsabilidade dos respectivos pagamentos, por um lado, e, por outro lado, não poderá onerar o objeto do contrato...(..).

Inadimplência é a situação do contratado que deixa de cumprir aquilo a que se obrigou. Da execução do contrato resultam inúmeros encargos que correm à conta da empresa contratada. Tais encargos são intransferíveis. Devem ser pagos pela empresa. Pela inadimplência do contratado não responde a Administração. O contratado não é, neste caso, preposto do poder público (...)" (grifado).

Entendimento não diferente vem da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no processo TST-RR 411085/1997 (Ac. 5ª Turma) - advindo da 3ª Região cujo Relator foi o Min. Nelson Antônio Daiha e Recorrente Caixa Econômica Federal (publicado no DJU de 20/11/98, página 308):

"EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (ENUNCIADO 331, IV, DO TST) - ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. Nos termos do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, é expressamente vedada a responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, sendo inaplicável aos mesmos o disposto no inciso IV do Enunciado 331/TST. CORREÇÃO MONETÁRIA - SALÁRIO - ART. 459 DA CLT. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito a correção monetária. Se essa data-limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços. SEGURO-DESEMPREGO - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO. É incabível a conversão da obrigação relativa à entrega das guias do seguro-desemprego em indenização pecuniária. Revista conhecida parcialmente e provida".

Leia-se a ementa, também da 5ª Turma, no processo TST-RR 464542/1998-6 - advindo da 2ª Região, cujo Relator designado foi o Min. Armando de Brito e Recorrente o Ministério Público do Trabalho da 2ª Região (publicado no DJU de 27/11/98, página 279):

"EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTES PÚBLICOS. Não é cabível o entendimento registrado pelo nobre Relator, de que a aplicação do enunciado revela interpretação sedimentada de preceitos legais em torno de determinada matéria e que, assim, estaria afastada a indigitada afronta. Como observa-se do voto do Relator, a construção de tal súmula deu-se em face de reiterada exegese dos arts. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e 37, II, da Constituição da República de 1988, bem como das Leis 5645/70, 6019/74 e 7.102/83. Não decorreu de análise do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o qual literalmente impede a concessão de qualquer tipo de responsabilidade a ente da Administração Pública. Recurso de Revista conhecido e provido"

E nem se fale que se tratam aqui de leis de áreas jurídicas diversas, o que confortaria a fundamentação de muitos julgados nos quais se verificam que o dispositivo do artigo 71 da Lei 8666/96 só se aplica ao Direito Administrativo, não se coadunando ao Direito Laboral.

Uma lei específica de direito administrativo pode muito bem derogar preceito de natureza trabalhista e vice-versa. Trata-se de leis de mesma hierarquia: a posterior deroga a anterior se entre elas houver incompatibilidade ou se a lei nova regular de maneira integral o assunto da lei antiga. O ordenamento jurídico compõe um sistema, pouco importando a natureza das normas, se previdenciárias, trabalhistas, civis, penais, etc. O sistema jurídico não tolera antinomias entre as partes que o compõem. Toda lei integra o conjunto do ordenamento e deve ser entendida em consonância com as demais, mesmo no tema da revogação.

Dessa forma, não há que se cogitar em lei específica que vale só para determinado ramo do direito se na mesma lei está regulada situação enquadrável em outro ramo.

Portanto, se mostra flagrante a violação literal de disposição de lei federal, quando se verificam julgados condenando a administração pública subsidiariamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas impagas pelas empresas contratadas mediante processo licitatório regular.

E não é somente a legislação subconstitucional que resta agredida com decisões desse tipo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública também afronta, a meu ver, o artigo 2º do Texto Máximo, o qual reza: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Na maioria dos julgados, se observa que estes, ao condenarem subsidiariamente a Administração Pública, consideram que é incidente na espécie o Enunciado 331, IV do TST.

Isso, com todo o respeito, é legislar, em total afronta ao já citado artigo 71 da LEI 8666/93, que dispõe de maneira diversa.

Não compete ao Poder Judiciário dispor de maneira diferente da legislação. Este só pode anulá-la, pela via adequada, e mesmo assim não pode agir de ofício.

Ora, os Poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, possuem suas funções reciprocamente indelegáveis.

Esses Poderes são imanentes e estruturais do Estado e a cada um deles corresponde uma função que lhe é atribuída com precisão. Assim, tendo-se que a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa), a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa). Por seu turno, a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Sendo a função do Poder Judiciário a aplicação da lei, não há que se falar em alteração de dispositivo legal por meio de Enunciado, sob pena de afronta ao equilíbrio entre os Poderes e agressão à norma constitucional. Ora, dispor de maneira diversa da lei está longe de aplicar coativamente a lei.

Daí a razão pela qual, também por este motivo, a ora discutida responsabilidade subsidiária da Administração se mostra repugnante ao sistema jurídico vigente.

O artigo 37 da Constituição Federal também não parece restar perdoado com decisões desse conteúdo: "A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...".

A responsabilização subsidiária da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador contratado resulta na violação a um dos princípios insculpidos no transcrito "caput" do artigo 37 da Constituição Federal: o princípio da legalidade.

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não pode haver liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 21ª edição, Malheiros Editores, pg. 82). Assim, agindo-se de maneira diferente, haverá violação de tal princípio, eis que o contratado, por expressa disposição legal, é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e a inadimplência do contratado, com referência a tais encargos 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 (artigo 71, "caput" e § 1º da Lei 8666/93).

Por mais esta razão deve ser afastada a hipótese de responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Outras Turmas Julgadoras de Tribunais Regionais do Trabalho possuem o mesmo entendimento aqui explanado, o que pode gerar, inclusive, se for constatada decisão judicial dando pela responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas de empregadores contratados mediante licitação, admissibilidade de um Recurso de Revista para o TST, com fulcro no artigo 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual segue transcrito: "Artº 896: Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte".

A decisão divergir do entendimento consubstanciado na 1ª Turma do TRT da 12ª Região (Ac. 011232/99); Relator: Juiz Luiz Fernando Cabeda; publicado no DJSC em 3.11.99, e na Revista de Jurisprudência Trabalhista nº 191, HS Editora Ltda, página 73, verbete 191/68, o qual segue transcrito (ementa):

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE ESTATAL - Não há previsão legal de responsabilidade subsidiária de ente estatal que, através de processo licitatório, contrata empresa para realizar obras que decorrem da prestação dos serviços públicos (atividade-meio). Inexiste enquadramento da administração pública no Enunciado 331 do TST, inciso IV, porque não se trata de contratação ilegal ou intermediação de mão-de-obra. Entretanto, configura-se a responsabilidade subsidiária do ente público quando, mesmo obedecidas as regras do processo licitatório, há desvirtuamento do objeto, e a contratação se direciona para a atividade-fim, sendo recrutada mão-de-obra por interposta pessoa apenas para substituir ou suprir tarefas habituais dos agentes públicos, integrantes do quadro permanente, na execução de seu serviço próprio".

Ora, se a contratante é pessoa jurídica de direito público e contrata empresa mediante processo licitatório, em estrita observância ao artigo 37, XXI da Constituição Federal e legislação pertinente (contratação de obras, serviços, compras e alienações) não há razão para a responsabilização subsidiária da Administração Pública, mormente se os serviços contratados constituírem partes integrantes da sua atividade-meio e não atividade-fim.

Em quase todos os julgados em que se verifica a condenação da Administração Pública subsidiariamente ao adimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados da contratada, se observa que estes, além de apoiarem-se no Enunciado 331 do TST, invocam a "culpa in eligendo" como se a contratação pudesse decorrer de ato discricionário da Administração.

Partindo-se ao conceito de ato discricionário, tem-se que o mesmo é aquele que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização (Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro). De tal conceito, de plano depreende-se que a escolha de parceiro pela Administração Pública NÃO deriva, nada obstante a promoção de licitação, de ato discricionário, sujeito ao Juízo de conveniência e oportunidade. Ao contrário, o ato que aqui se trata - a escolha do parceiro pela Administração - é ato vinculado, cujo conceito, segundo Hely Lopes Meirelles traduz-se como o ato para o qual a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

E é justamente isto o que ocorre nos processos licitatórios. Uma vez vencedora do certame a empresa proponente fica obrigada a Administração a contratar a vencedora, se esta for idônea é claro. É sabido que a contratação não é obrigatória. Porém, se a mesma ocorrer, a vencedora do liame deve ser a escolhida, ficando a Administração de "mãos atadas" quanto à escolha da contratada. Daí a necessidade de afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração. E o fato de um hipotético empregado não ter recebido algumas verbas trabalhistas, o que dá ensejo a uma Reclamatória, não deve levar à presunção de completa inidoneidade da contratada, até mesmo porque inidoneidade difere em muito da mera situação de inadimplente. Uma das razões do inadimplemento das verbas trabalhistas pode muito bem ser o entendimento do empregador de que não as deve, o que o faz preferir aguardar o trânsito em julgado de uma decisão judicial para só então efetuar o pagamento. Gize-se ainda, que se, quando da contratação por meio de licitação da contratada, esta fosse inidônea, as outras proponentes certamente adentrariam com demanda judicial no sentido da desclassificação da mesma.

Por derradeiro, a responsabilização subsidiária da Administração Pública culmina em divergir frontalmente com a súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, mais especificamente o Enunciado 331, IV. Leia-se o mesmo:

"CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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 tão só leitura de referido Enunciado deixa claro que a Administração Pública não está incluída no rol dos tomadores de serviços nele aludidos.

E isto porque a Administração Pública não é a administração particular.

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são

individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, caso da Administração, realiza-se administração pública. Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. Então, a Administração Pública é a gestão mesma dos interesses da coletividade. Daí a razão pela qual o Enunciado 331, IV desta Corte não se aplica à Administração Pública, pois se a quisesse ter incluído, teria feito expressamente.

Outros indícios deixam clara a intenção do Enunciado em não incluir a Administração Pública como responsável subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado: Um dos indícios é a clareza da Lei 8666/93 em seu artigo 71, § 1º, que excluiu expressamente a Administração de tais obrigações. Ora, um Enunciado, conceituado como a ementa que revela a orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos, sendo, portanto um dos resultados da produção jurisprudencial, constitui-se em fonte formal estatal do direito. Sendo assim, está abaixo da Lei Federal. Estando abaixo, não pode contrariá-la, sob hipótese alguma.

Um outro indício advém do próprio acórdão proferido no Recurso de Revista TST-RR 464542/1998-6 da 5ª Turma, de cuja ementa se extrai que a construção do Enunciado 331 deu-se em face de reiterada exegese dos artigos 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e 37, II da Constituição Federal, bem com das Leis 5645/70, 6019/74 e 7102/83, constando expressamente que "não decorreu de análise do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93" (sic).

De se lembrar, por final, o teor do clássico brocardo latino "in claris cessat interpretatio" (disposições claras não comportam interpretação). Ora, se a Lei 8666/93 é clara a ponto de excluir expressamente a Administração de qualquer responsabilidade por inadimplemento do contratado em relação a créditos trabalhistas, se faz desnecessária, senão impossível, qualquer interpretação de modo contrário.

* Assessor jurídico municipal da Fundação de Assistência Social e Cidadania.

Disponível em: <http://www.direitovirtual.com.br/artigos.php?details=1&id=72>
Acesso em: 06/04/09.