

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DÉBITOS TRABALHISTAS DO CONTRATADO. RESPONSABILIDADE OU IRRESPONSABILIDADE?

LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA(*)

Em um Estado de Direito, as relações obrigacionais têm seu fundamento primário no próprio ordenamento jurídico, independentemente, se essas relações se desenvolvem no campo do direito público ou no do direito privado.

A Carta da República, ora em vigor, fruto de um dos maiores movimentos democráticos ocorridos na nossa história, explicitou tal condição, ao dispor no inciso II do art. 5º: *"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Como se não bastasse, ao disciplinar as atividades desenvolvidas pela Administração Pública direta e indireta, destacou os princípios pelos quais se deve pautar, quais sejam: da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF).

Como bem sabemos, os princípios, por serem informadores da própria ciência, têm hierarquia superior às normas em si, na medida em que, ao se proceder à interpretação do sistema vigente, os parâmetros mínimos e máximos neles se lastreiam.

Também é de conhecimento palmar que a Administração Pública na formação de suas relações jurídicas ora adota os princípios que regem as relações existentes no campo do direito privado, derogando apenas as disposições que possam ser conflitantes; ora adota, integralmente, os que são próprios do direito público. Nesta última hipótese encontramos de forma cristalina as características do contrato público ou do contrato de interesse público.

Sendo o contrato o acordo de vontade entre as partes, cumpre destacar que na administração tal vontade está vinculada à lei e sempre atendendo ao fim maior, qual seja, o interesse público. Assim, na elaboração da avença,

(*) Juiz Togado do TRT/15ª Reg — Campinas/SP, Mestrando em Direito do Trabalho pela USP e Diretor da Escola de Magistratura da 15ª Região.

não basta que as partes tenham capacidade civil do mesmo modo como ocorre no direito privado. Mister se faz a competência do Órgão contratante e, muitas vezes, a comprovação de que o contratado tenha determinadas qualidades, que o possibilite a habilitar-se. Quanto ao objeto, não basta a licitude, torna-se imprescindível que vá ao encontro do interesse público. O formalismo impera, enquanto que para os particulares o ato sempre é válido, com exceções já previstas em lei. No que tange ao consentimento, não é suficiente declaração de vontade. Esta deve ser sempre expressa e se submeter ao procedimento licitatório, sendo as exceções também previstas em lei. Quanto à obrigatoriedade e intangibilidade das convenções, a supremacia do interesse público permite à Administração rever o contrato, a possibilidade de alteração ou rescisão unilateral, evidentemente, sempre respeitando-se o equilíbrio econômico-financeiro original. A aplicação da *exceptio inadimpleti contractu* não é totalmente aceita em decorrência do princípio da continuidade do serviço público. Porém, tal posição vem sendo mitigada, mas não de forma unilateral, sempre com o concurso do Poder Judiciário.

Considerando as peculiaridades que regem a Administração Pública, passemos ao questionamento quanto ao possível reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público, em decorrência da prestação de serviços feita por empresa contratada mediante processo licitatório. As respostas dadas pela doutrina, bem como pela jurisprudência não têm se mostrado pacíficas. Há, inclusive, decisões conflitantes oriundas de um mesmo Tribunal, que em decorrência do seu reduzido número de integrantes, realiza julgamentos na composição plena.

O elevado número de ações que têm por objeto o pedido-título desse opúsculo, as mais variadas teses defendidas pelas partes, levaram-me a refletir um pouco mais detidamente sobre o tema, de forma a aprimorar a prestação jurisdicional entregue às partes, sem contudo, querer significar que se trata de opinião fechada a novas luzes. Ao revés, o objetivo de todos os que lidam com a ciência do Direito é levantar novas e novas teses, novos e novos argumentos, num processo de dialética sem fim.

Na procura da resposta ao equacionamento jurídico, formou-se duas correntes. Uma, sustentando que a Administração deve responder subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, na medida em que foi a beneficiária direta da força de trabalho despendida pelo obreiro, não sendo portanto, conduta ética de sua parte furtar-se a indenizar o trabalhador, na hipótese de a empresa contratada inadimplir com suas obrigações. Na posição diametralmente oposta, ainda que considerando o aspecto ético que deve permear todas as relações da sociedade, firmou-se posição a qual entende ser impossível, segundo a luz do ordenamento jurídico posto, impingir à Administração a responsabilidade subsidiária, frente à expressa previsão constitucional do princípio da legalidade que rege a administração pública.

Em síntese, a corrente que admite a condenação subsidiária da Administração, arrima-se nas seguintes teses:

a) art. 159 do Código Civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*";

b) Enunciado n. 331, inciso IV do C. TST;

c) vulneração do art. 7º da CF; daí a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93;

d) incongruência, porque o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, não afasta a responsabilidade do ente público perante encargos previdenciários;

e) o § 6º do inciso XXI do art. 37 da CF, não afasta a responsabilidade em relação aos tributos envolvidos.

Nada obstante as respeitáveis vozes que se têm levantado nesse sentido, o dia-a-dia no exercício da jurisdição, a busca da melhor entrega da prestação jurisdicional requerida, a procura da melhor exegese das normas que disciplinam a matéria, impuseram-me a reflexão que passo a compartilhar.

Como o silogismo representa a melhor forma de raciocínio no campo da ciência jurídica, aponto como premissa maior nesse breve demonstrativo, alguns conceitos sobre os quais discorreremos a seguir; como premissa menor, as legislações que cuidam da matéria, para que finalmente se aflore a conclusão lógica.

O tema gravita em torno do contrato e das responsabilidades objetivas e subjetivas, à luz do direito administrativo, segundo as interpretações das normas incidentes.

Pois bem. Inicialmente não nos esqueçamos que na interpretação das normas a doutrina elenca vários critérios que devem ser utilizados com discernimento e parcimônia.

Da mesma forma que a aplicação de uma única forma de interpretação pode implicar no empobrecimento da inteligência do comando legal em estudo, a utilização de várias ao mesmo tempo, sem a observância de um método científico, traz o caos. Como bem ensina *Maria Helena Diniz*, in "Curso de Direito Civil Brasileiro", Ed. Saraiva, vol. I, 5ª ed., 1987, pág. 48 e seguintes, a hermenêutica utiliza-se de técnicas interpretativas que não operam isoladamente, que não se excluem, mas se complementam.

Nesse passo, para a presente anotação, indispensável fixar como regra a utilização das técnicas interpretativas lógica, sistemática e teleológica. Pela primeira, procura-se descobrir o sentido e alcance da norma mediante a aplicação do raciocínio lógico. Pela segunda, enfoca-se a norma segundo o sistema em que está inserida, relacionando-a com outras correlatas ao mesmo objeto. Finalmente, pela terceira, perquire-se a finalidade da norma tendo como luz as exigências sociais que se alteram em decorrência do dinamismo da própria vida social.

No escólio de *Hely Lopes Meirelles*, o estudo da interpretação do Direito Administrativo, não tem alcançado um progresso significativo, o que nos leva a lançar mão da hermenêutica civilista em matéria administrativa. Porém, destaca, que nem todos os princípios civilistas lhes são aplicáveis, devendo ser observado os seguintes pressupostos: a) desigualdade jurídica entre a Administração e administradores; b) presunção de legitimidade dos atos da Administração; e c) necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público" (in "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Edit., 18ª ed., 1990, pág. 41).

Quanto ao conceito de direito administrativo, cada doutrinador tem o seu, segundo pontos que elege como relevantes. Entretanto, há uma base comum em todos, sendo que as definições apresentadas por *Hely Lopes Meirelles* e *Maria Sylvia Zanella Di Pietro* sintetizam vários aspectos. Assim fala *Hely*: “o conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. *Maria Sylvia*, por sua vez, discorre nos seguintes termos: “ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Edit., 18ª ed., 1990, pág. 29; “Direito Administrativo”, Atlas Edit., 8ª ed., 1997, pág. 47).

Interessa-nos, sobretudo, o conceito de responsabilidade.

Tal palavra tem origem latina — “*re-spondere*” — que significa uma recomposição; obrigação de restituir ou ressarcir.

Atente-se que a responsabilidade civil se exaure na indenização com a reparação dos danos patrimoniais. Na Administração Pública, impõe à Fazenda Pública que suporte o ônus do dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições.

Diz-se que a *responsabilidade é subjetiva* quando é imprescindível a prova da culpa do agente causador do dano. Por sua vez, fala-se em *responsabilidade objetiva*, quando não se exige a prova da culpa do agente, sendo suficiente a demonstração do nexó causal, ou seja, ação e dano. Uma das teorias que procuram justificar este último tipo de responsabilidade é a chamada teoria do risco. Por esta, não se questiona a culpa da Administração ou seus agentes, sendo suficiente a demonstração do fato danoso causado pela Administração, por ação ou omissão.

O Código Civil Brasileiro acabou por acolher a doutrina subjetivista, dominante à época de sua elaboração. Sustentam os doutrinadores que, de forma não muito clara, adotou-se a culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tal situação perdurou até 1946 quando a Constituição Federal acolheu a teoria objetiva do risco administrativo. A Carta da República em vigor, seguindo as diretrizes das Constituições passadas, *manteve a responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo.*

Há a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, prevista no art. 159 do Código Civil Brasileiro, e a contratual, decorrente da avença entre as partes.

Pelo art. 159 do Código Civil — “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*” — constata-se a exigência de quatro pressupostos: ação ou omissão, que pode ser por ato próprio ou de terceiro, *v. g.*, dano causado pelo filho; culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Na seara que estamos a adentrar, o que nos importa é a responsabilidade por ato de terceiros, já que não se cuida de responsabilidade por ato próprio dada a inexistência da relação de emprego. Os artigos 1.521 e 1.523 do Código Civil tratam desse tipo de responsabilidade, sendo certo que *exige culpa* por parte daqueles que apontam como responsáveis, ou seja, a imprudência, negligência ou imperícia (*culpa in eligendo, vigilando, custodiendo*).

De posse desses conceitos, passemos à análise das premissas menores.

Sob a égide da anterior Carta Magna, foi editado o Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal.

Nesse diploma, destacamos os seguintes artigos:

Art. 2º “As obras, serviços, compras e alienações da Administração, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as exceções previstas neste Decreto-lei.

Art. 3º “A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Art. 40. “A Administração não poderá celebrar o contrato, sob pena de nulidade com licitante inferiormente classificado ou terceiro estranho ao procedimento licitatório”.

Art. 61. “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato”.

Nada obstante ser de conhecimento primário de todos aqueles que lidam com o direito, nunca é demais relembrar que a partir da novel Carta de 88, por expressa previsão, para contratação com o serviço público passou a ser exigido o processo licitatório, bem como foi definida como sendo objetiva a responsabilidade do Estado.

Assim determina a Lei Maior:

Art. 37. “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 e, também, ao seguinte:

...

XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante

processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

...

§ 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.

...

Por ser uma norma de eficácia contida, veio a lume a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. É bem verdade que tal lei, sofreu inúmeras modificações, entretanto, tal fato não se mostra relevante para a análise da matéria ora enfocada. Neste diploma legal encontramos as seguintes disposições que nos interessam muito próximo.

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Seção I

Dos Princípios

Art. 1º ...

Parágrafo único. *Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Art. 2º *As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.*

Art. 3º *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I — admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusula ou condições que *comprometam, restrinjam ou frustrem* o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II — estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Seção II

Das Definições

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I — Obra — toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II — Serviço — toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; Ver doutrina.

...

XIV — Contratante — é o Órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

XV — Contratado — a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

Seção III

Das Obras e Serviços

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I — projeto básico;

II — projeto executivo;

III — execução das obras e serviços.

CAPÍTULO III Dos Contratos

Seção I

Disposições Preliminares

Art. 54. *Os contratos administrativos, de que trata esta Lei, regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*

Art. 55. *São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*

...

VII — *os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;*

Seção IV

Da Execução dos Contratos

Art. 67. *A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

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.*

§ 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.*

Art. 87. *Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

...

IV — *declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.*

Entendo que o artigo 3º da Lei das Licitações representa um dos seus mais importantes artigos, na medida em que dá os parâmetros legais e a própria definição da licitação. Com olhos nos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade que regem a administração pública, os atos praticados pelo Administrador na gestão da coisa pública são totalmente vinculados. Ora, tal dispositivo nos dá a exata amplitude da sua aplicação, destacando-se que o poder discricionário do administrador para a contratação, ficou totalmente aniquilado. Não é apenas o princípio da probidade administrativa que está autorizando ou não a contratação, mas sim, o da legalidade, a implicar que o ato administrativo na contratação é totalmente vinculado.

O efeito direto da licitação é *adjudicação compulsória* do vencedor do certame, cujos critérios para julgamento são apenas os objetivos e previamente fixados no edital, sob pena de nulidade de todo o processo. Não podemos deixar de registrar que, pelo diploma legal anteriormente vigente, a adjudicação compulsória também era prevista, conforme o art. 40 acima transcrito.

Onde estão encontramos espaço para a alegada culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*, ou ainda o dolo, exigido pelo art. 159, Código Civil, como já destacado alhures?

Ora, se a contratação com a empresa prestadora de serviços ocorreu por intermédio de processo licitatório sem qualquer mácula, no qual foi observado o pré-requisito de que a então candidata, posteriormente contratada, preencheu todas as condições previstas em lei, como por exemplo, regularidade fiscal, capacidade jurídica e técnica, idoneidade financeira, entre outros, como podemos afirmar que houve por parte do administrador uma má eleição da prestadora, se esta foi "legal"???

Qual o instrumento que o administrador dispõe para obstaculizar ou mesmo impedir a contratação de empresa que se apresenta conforme as condições exigidas na lei e inscritas no edital, sem que se possa extrapolar para o campo da exorbitância??? Declarar a inidoneidade? Por demais evidente que, somente no decorrer da execução do contrato, é que poderá ser declarada. Isto é, após a Administração ter sofrido as conseqüências da atitude desonrosa da contratada na execução do contrato.

Põe-se ainda em relevo, a existência do Tribunal de Contas da União, bem como dos Estados, que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo para a execução de uma de suas funções, qual seja, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Para que não nos demorem nas várias disciplinas existentes, posto que a disciplina quanto a estes Órgãos decorre da competência concorrente entre a União e os Estados, nos fixemos nas disposições do texto constitucional, em especial o art. 71 que assim determina:

"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

1 — apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II — julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

... VIII — aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;"

Salta aos olhos, de maneira cristalina, a inexistência de qualquer vácuo quanto à responsabilidade do administrador que lhe poderia ser imputado, na medida em que, se não proceder nos exatos termos da lei, deverá responder ao Tribunal de Contas ao qual está vinculado.

Ao lado do aludido art. 3º, pomos em relevo o § 1º do art. 71 da Lei das Licitações, que de forma expressa, prevê a responsabilidade do contratado pelos encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas, repetindo as disposições do art. 60 do Decreto-lei n. 2.300/70.

Não nos esqueçamos ainda da regra insculpida no art. 896 do Código Civil Brasileiro.

Como é cediço, a responsabilidade solidária é legal ou contratual, não se presume. Assim, se a lei de forma explícita, afasta a responsabilidade da Administração pelas verbas de natureza trabalhista, não há razão para não se submeter ao seu comando.

Falaciosa a arguição de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/91. Primeiro, não há afronta ao art. 7º da Carta Magna, na medida em que nenhum direito do trabalhador restou vulnerado pela Administração. Ao contrário, a se manter a responsabilidade, estaríamos, aí sim, incorrendo em inconstitucionalidade, na medida em que, na hipótese de prestação de serviços à administração pública, os trabalhadores dessas empresas teriam uma dupla garantia — a do seu empregador e da administração — enquanto não existiria para os demais. Por segundo, ainda, mais uma vez, saliento a existência de princípios próprios no campo do Direito Administrativo, a implicar muitas vezes, na derrogação das normas de direito privado. Com efeito, enquanto neste último pressupõe-se a igualdade das partes nas relações jurídicas, no direito público, ocorre o inverso, ou seja, há a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, o que dá à Administração privilégios e prerrogativas que não podem ser desconsiderados pelo intérprete da lei e aplicador do direito. Nem mesmo o mais graduado Administrador pode renunciar a essas prerrogativas e privilégios. Não nos esqueçamos do princípio da indisponibilidade da coisa pública e da estrita observância da legalidade a orientar a gestão da coisa pública.

Para aqueles que sustentam que se impõe à Administração a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas, porquanto haver expressa previsão legal quanto aos encargos previdenciários e considerando que o crédito trabalhista é privilegiado àquele, rebato a assertiva sob o fundamento de que se estará dando uma interpretação construtiva, ampliativa a esse dispositivo, afastando-se de qualquer regra de interpretação, mas sim dando um cunho legiferante, não autorizado e afrontando a tripartição dos poderes que compõem a República Federativa do Brasil.

Ademais, perfeitamente plausível a exceção prevista no parágrafo em comento, na medida em que pousamos os olhos com arrimo na interpretação teleológica. Afinal, qual a razão para a exceção prevista? Afigura-se como certo que a razão está na própria previdência social. O art. 1º da Lei n. 8.213/91 reza: "*A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente*". Ora, a previdência social, é o principal meio de realização da seguridade social, que por sua vez, está conceituada no *caput* do art. 1º da Lei n. 8.212/91 como sendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social. Verifica-se assim que ao garantir o recolhimento das contribuições previdenciárias, a intenção do legislador não era outra senão perseguir um bem de vida maior, qual seja, a própria subsistência da previdência social pois voltada para toda uma sociedade e não apenas para um grupo de comunas.

Devemos ainda perquirir sobre a denominada responsabilidade objetiva consagrada no § 6º do art. 37 da Carta Maior. Mesmo que um pouco cansativo, creio ser indispensável nos determos sobre os termos utilizados na própria lei.

"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".

Ora, o legislador constituinte ao prever a responsabilidade objetiva na norma *supra* estava se referindo a eventuais danos causados a terceiros em decorrência dos *serviços públicos*.

O que vem a ser serviço público na linguagem técnica? Para que possamos bem entender, valho-me dos ensinamentos de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, em sua excelente obra, "Direito Administrativo", Edit. Atlas, pág. 84 e seguintes. Diz a autora: "*Daí nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*" (grifo nosso).

Fala-nos ainda dos seguintes elementos da definição:

a) *elemento subjetivo:*

O serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do poder público:

1. *a sua criação é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;*

2. *a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou indiretamente por meio de concessão ou permissão ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.*

b) *elemento formal:*

O regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei.

Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público.

Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Em regra, o pessoal se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins; os contratos com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os bens não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a responsabilidade, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, § 6º da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política que a instituiu. Vale dizer, o regime jurídico, nesse caso, é híbrido, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuer a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual às empresas privadas.

c) *elemento material:*

É unânime o conceito de que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público.

Muito embora possam particulares exercerem atividades de interesse geral, há que se considerar dois aspectos: o que move o particular é seu próprio interesse, e, não basta que o objetivo seja de interesse público para caracterizar o serviço público, é necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado. Daí a assertiva: "todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público".

Questiona-se, os serviços de limpeza e manutenção, v. g., podem ser considerados serviços públicos em sentido estrito a autorizar a incidência da responsabilidade objetiva? Entendo que não, na medida em que a atividade

está voltada para o interesse interno e direto da própria administração, nada obstante a classificação feita pelo saudoso mestre *Hely Lopes Meirelles*, que concebe como serviço público administrativo. Não encontramos na legislação posta qualquer referência legal que atribua ao Estado este encargo. Ademais, o desenvolvimento da atividade não está voltado para a satisfação das necessidades essenciais coletivas, mas sim da administração como ente próprio.

Nesse passo, sendo que a responsabilidade objetiva reporta-se a prejuízos causados a terceiros em decorrência dos serviços públicos, não vislumbro na hipótese de inadimplência por parte da empresa prestadora de serviços vir a causar prejuízo aos terceiros, porquanto não detinha a qualidade de pessoa jurídica de direito privado *prestando serviço público*.

Para que não nos estendamos por demais, cumpre-nos analisar rapidamente a incidência do inciso IV do Enunciado n. 333 do C. TST. É este o seu teor:

"331 — *Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Revisão do Enunciado n. 256.*

I — A contratação do trabalhador por empresa intrepuesta é ilegal, firmando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços salvo no caso de trabalhador temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II — A contratação irregular do trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III — Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV — *Inadimplimento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial*".

Alegam os defensores da incidência do Enunciado que a não formação do vínculo empregatício com a administração pública, ao contrário do que ocorre no setor privado, justifica-se não só pelo comando constitucional que obsta a vinculação ao serviço público sem prévia aprovação em concurso público, porém, a condenam sob o fundamento de que foi a beneficiária direta da força de trabalho prestado, razão pela qual, deve responder com supedâneo no art. 159 do Código Civil Brasileiro.

Quanto à incidência do art. 159 do Código Civil já verificamos que esse exige quatro elementos, quais sejam: ação ou omissão, que pode ser por ato próprio ou de terceiro; culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Ora, a Administração foi beneficiária da força de trabalho prestado, mas pagou por isso com recursos da própria coletividade. Portanto, em relação ao trabalhador não se caracteriza ato omissivo ou comissivo, mas

o cumprimento do quanto contratado em observância aos estritos limites legais do processo licitatório. Por não haver conduta, não se há que invocar culpa ou dolo. E, finalmente, não há relação de causalidade com o dano experimentado pelo empregado, na medida em que a administração adimpliu sua obrigação contratual, e o dano foi em decorrência do ato omissivo da empresa empregadora. Ademais, existe uma outra razão, por sinal, até muito simples, que afasta a aplicação do aludido enunciado. Vejamos. Em que pese o enunciado sob comento ter sido editado após a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina a contratação pelo serviço público, com destaque especial à primeira parte do § 1º do art. 71, sobre o qual já lançamos breves palavras, — mais precisamente em 21.12.93 — o entendimento da Alta Corte não alcança a norma supra-referida.

Com efeito, a súmula, denominada enunciado na Justiça do Trabalho, nada mais é do que a sedimentação do entendimento jurisprudencial da Alta Corte. Assim, tendo em conta que medearam tão-somente 6 meses entre a edição da lei e da súmula, por óbvio, inexistia jurisprudência a respeito na época, pois não havia tempo hábil ao TST para cristalizar seu entendimento acerca do tema. A bem da verdade, tendo em conta o lapso temporal de tramitação de um processo, de regra, podemos asserir que nesse curto espaço de tempo sequer havia um número considerável de decisões quer em primeiro grau, quer nos Tribunais Regionais sobre a matéria. Agiganta-se a segurança nessa afirmativa, quando nos deparamos com as referências legais em que se fundou a súmula, por ela mesma indicada. Não se pode perder de vista que as referências legislativas que serviram de suporte para a edição do referido enunciado foram: Decreto-lei n. 200/67, art. 10, § 7º; Lei n. 5.645/70, art. 3º, parágrafo único; Lei n. 6.019/74; Lei n. 7.102/83 e CF/88, art. 37, inciso II.

São estas as simples reflexões que me levaram à conclusão de que, na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviços, contratadas mediante regular processo licitatório, não cabe a condenação subsidiária da Administração Pública.

A discussão está lançada, restando-me apenas a espera de críticas e desafios, para que possamos continuar contribuindo para a ciência do Direito, e principalmente, com entrega da *Justa* prestação jurisdicional requerida, sempre com observância do Estado de Direito.