



Inadimplência de contratado pelo poder público é injusta com trabalhador

Esse texto talvez obtivesse uma repercussão maior, muito mais necessária, se viesse da pena do procurador-Geral do Trabalho ou do ministro da Justiça ou, ainda, do ministro do Trabalho e Emprego. É redigido, porém, por um procurador do Trabalho que se ausenta invariavelmente de seu gabinete e de seus inúmeros papéis, para investigar as mazelas que ocorrem no mundo do trabalho. Já cansado de visitar os campos, carvoarias, olarias, usinas de açúcar e álcool e as pequenas e grandes fazendas do interior de Minas Gerais e até do Pará, onde a exploração da mão-de-obra pelo homem nos remete ao tempo da servidão humana e do total abandono do povo pelo Estado.

Curiosamente, a sociedade brasileira, representada legitimamente no Supremo Tribunal Federal por seus ministros, decidiu abandonar à própria sorte um contingente expressivo de trabalhadores urbanos igualmente esquecidos e ainda mais humildes, personificados na figura de porteiros, vigias, garis e coletores de lixo, pedreiros, ajudantes, serventes, eletricitas, cozinheiras de cantina escolar, arrumadeiras, copeiras, auxiliares de serviços gerais, seguranças de edifícios públicos, e outros profissionais pouco qualificados e mal remunerados. Eles são admitidos pela legislação nacional como passíveis de serem contratados a terceiros, pela via da contratação civil denominada de “contrato de prestação de serviços”, por meio do qual a administração pública evita o concurso público, fugindo da contratação direta, na forma do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Não é preciso, no Brasil, ser um operador do Direito para saber que as contratações realizadas pelas empresas de prestação de serviços, sempre dependentes dos contratos que firmam com os tomadores, e em especial, da administração pública municipal, estadual e federal, acabam sendo submetidas ao julgamento da Justiça do Trabalho, na medida em que, ao término dos contratos licitados, as empresas desaparecem, deixando imenso passivo trabalhista a ser pago aos seus trabalhadores, que não recebem suas verbas rescisórias, descobrem não existirem depósitos em sua conta vinculada do FGTS e muito menos recolhimento do INSS para seu ínfimo benefício previdenciário.

São milhares de ações trabalhistas individuais ou coletivas, em trâmite na Justiça do Trabalho, postulando o pagamento dessas verbas pelo inadimplemento das obrigações da empresa prestadora de serviço, que desaparece com o dinheiro público recebido, transformando-se, inclusive, em outras empresas, que são mais tarde contratadas, com seus mesmos sócios, pelos mesmos entes públicos, enquanto suas dívidas se perpetuam no fórum, à espera de alguém que repare tais lesões coletivas, que carregam verbas alimentares.

Nenhum julgador, por mais sensível que seja, tem a mínima condição de investigar a vida do destinatário daqueles créditos alimentares, o que ele faz, está fazendo ou como ficou depois de sua dispensa; não há tempo e oportunidade para saber como aquele trabalhador pagou a escola de seu filho ou lhe comprou o material escolar e mesmo o almoço do dia; no correr de sua estafante labuta, à volta com milhares de processos que igualmente requerem a prestação jurisdicional, sabe apenas o juiz que precisa praticar a justiça, dando a cada um o que é seu, conforme orienta o sábio pretor, desde os tempos da Roma antiga.



Essas empresas que desaparecem, sem pagar o direito dos trabalhadores humildes, depois de anos de prestação de serviço para a administração pública, possuem sócios, pessoas que existem fora dos papéis e dos contratos que assinam, mas que, muito ricos, não são molestados por ninguém, e, pelo contrário, acabam voltando a contratar, agora sócios de outras pessoas jurídicas, com os mesmos entes públicos.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito da matéria, permite o maior abandono e a mais cruel injustiça já vistos na história do Direito do Trabalho contemporâneo, jogando aquela imensa fila de despossuídos, talvez os maiores credores da dívida social brasileira, no vazio do esquecimento de seus créditos.

Para explicar para os leigos, já que os operadores do Direito já o sabem, o artigo 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), recentemente interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, ostenta a exclusão de responsabilidade da administração pública, na hipótese de inadimplemento das obrigações da contratada.

Isso equivale dizer que esse dispositivo exime a administração pública, que usufruiu do serviço ou da prestação do trabalho, de qualquer pagamento por conta do descumprimento das obrigações inerentes ao contratado.

Eis o que dispõe, em síntese: “A inadimplência do contratado com referência a 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 das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis”.

No Ministério Público do Trabalho sempre consideramos que esse dispositivo, de natureza administrativa, nunca possibilitou a exclusão de responsabilidade do ente público que contrata, inclusive com culpa *in vigilando* e *in eligendo*, seja por negligência e pela falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas previstas em lei.

Nunca esteve, portanto, autorizada a discricionariedade das partes para negociação acerca dos encargos trabalhistas decorrentes da execução contratual.

Nas palavras de Liliana Maria Del Neri:

“Observa-se que a Lei 8.666/93 traz norma semelhante em relação a danos causados a terceiros pelo contratado, no seu artigo 70, imediatamente precedente ao que ora é examinado, e nem por isso deixa de ser aplicado o princípio da responsabilidade do Estado.

Não traz, o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, preceito genérico de isenção de responsabilidade administrativa, porquanto esta vem disciplinada pelo § 6º do artigo 37 da Constituição da República, sendo que a responsabilidade civil do Estado não recebe tratamento diferenciado no campo das licitações e contratos.



Nessa vertente, apenas pela causalidade da atuação administrativa na escolha do particular licitante, como na fiscalização da autuação do já contratado, impostas pela Lei 8.666/93, já se evidencia, nos moldes do regramento constitucional, a possibilidade de imposição de responsabilidade por danos.

Dispensável comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, sendo suficiente demonstração do nexo causal entre a conduta da Administração Pública em licitar e fiscalizar a execução contratual. Conduta esta indeclinável, por traduzir observância de determinação legal, da qual não pode o Administrador Público afastar-se, por força da submissão à Legalidade.

De fato, o ingresso de empresa de serviços inidônea, a qual vem a relegar a observância dos preceitos trabalhistas que favorecem o empregado é conduta imputável à Administração.

Esta não pode ser beneficiada, inconseqüentemente, pelos trabalhos prestados pelos empregados, através de intermediação de mão-de-obra.

Cabe ressaltar que os princípios de moralidade e probidade que lhe servem de norte, nos moldes do artigo 37 caput, CF, não acomodam isenção de responsabilidade”.

Esse entendimento, unânime dentro do Ministério Público do Trabalho, tem referência na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que editou Súmula a esse respeito (Enunciado 331, IV, do TST):

“Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº. 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº. 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da 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 judicial”.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993, que prevê que a inadimplência de contratado pelo poder público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais **não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.



A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), retro transcrito, que responsabiliza **subsidiariamente** tanto a administração direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Na Justiça do Trabalho, diariamente, são ajuizadas milhares de ações decorrentes do descumprimento de obrigações mínimas por parte das empresas de terceirização, que contratam com a administração pública.

As empresas prestadoras de serviço quando têm os contratos extintos pelo decurso do prazo contratual, seja com o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a União, os estados, os municípios, as empresas públicas em geral, precisam acertar suas contas com os empregados, pagar as verbas próprias da rescisão contratual, emitir as guias para o levantamento do FGTS e comprovarem o recolhimento do INSS, mas invariavelmente não cumprem essas obrigações, jogando para o fórum trabalhista a decisão quanto ao pagamento de todos esses créditos, de natureza alimentar para os trabalhadores.

A maioria das empresas, após o distrato, sequer comparece às audiências da Justiça do Trabalho; a administração pública, por seu turno, podendo fazê-lo, não retém os créditos destinados ao pagamento das empresas, pelo menos até a comprovação do efetivo cumprimento de suas obrigações trabalhistas para com aqueles trabalhadores humildes.

Essa situação, até muito pouco tempo atrás, permitia que a Justiça do Trabalho acautelasse os interesses dos hipossuficientes, bloqueando os créditos perante os órgãos públicos, ou responsabilizando a administração pública pelo pagamento, de forma subsidiária, já que foi a destinatária única da prestação dos serviços.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, porém, os entes públicos, notadamente os estados, estão aviando reclamações perante aquela alta corte, buscando suspender todas as ações ajuizadas em que se postula a sua responsabilização trabalhista.

Recentemente, o Ministro Celso de Mello, acolhendo reclamação dessa natureza, fundamentou, em parte, sua decisão de invalidar acórdão do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, dessa maneira:

“**Vale referir**, por relevante, que esta Suprema Corte, em sessão plenária de 24/11/2010, ao apreciar a **ADC 16/DF**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **julgou-a procedente**, para declarar a **constitucionalidade** do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, **firmando**, com isso, entendimento **que desautoriza** a orientação do E. Tribunal Superior do Trabalho, **consubstanciada** no enunciado sumular em questão.,

Cumpre assinalar, finalmente, que a diretriz **resultante** da Súmula Vinculante nº 10/STF, **efetivamente desrespeitada** pelo ato ora reclamado, **tem sido reafirmada** em casos **recentes** nos quais se instaurou controvérsia **idêntica** à que ora se examina (**Rcl 7.033/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Rcl. 7.320/PE**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Rcl. 7.685/SP** – Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Rcl. 8.912/RJ**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Rcl. 10.275-Agr/RO**, Rel. Min. GILMAR MENDES



– **Recl. 10.416-Agr-PA**, Rel. Min. CARMEM LÚCIA – **Recl. 10.600/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Recl. 10.645/PA**, Rel. Min. CARMEM LÚCIA – **Recl. 10.742-Agr/SE**, Rel. Min. CARMEM LÚCIA – **Recl. 10.993/SP** – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.)” (destaques na própria decisão)

Essa decisão, encaminhada por ofício ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, já permitiu a imediata suspensão de inúmeros julgamentos em que se discute a responsabilidade subsidiária da administração pública em geral.

São ações trabalhistas que conduzem o sofrimento de trabalhadores os mais humildes, que não tiveram sequer o tempo contado para efeito de aposentadoria, pela falta de recolhimento de contribuições previdenciárias pela inidônea condição do prestador do serviço.

É certo que a corte suprema julga a constitucionalidade das leis, mas haverá quem poderia fazer Justiça neste país, utilizando-se de princípios que antecedem a criação da própria norma?

Quem estudou Direito nas escolas sabe compreender a diferença entre Direito, justiça e lei; o leigo, destinatário da norma, procura, por seu lado, enxergar nas decisões judiciais somente esse conceito de justiça, que paira sobre todos os homens de boa-fé quase que de maneira inconsciente, como se fosse já, desde a concepção, sabedor de um direito natural imanente aos princípios que regem a vida gregária desse animal conhecido por *homo sapiens*.

Quando a maior corte de justiça do país declara que o pobre trabalhador lesado – *garis, coletores de lixo, arrumadeiras, cozinheiras, porteiros, vigias, seguranças, motoristas, auxiliares de serviços gerais, enfim, esse contingente humilde do povo, que ainda ri, sem dentes, e aprecia o azul do céu de Vera Cruz, de quinhentos anos de crueldade de suas elites* – não obterá reparação alguma daquele ente poderoso que se chama ente público – *personificado pela grande instituição bancária, pela grande empresa pública, pelo município, pelo estado e pela União* – para quem prestou serviços diariamente, em jornadas extensas e com baixos salários, sem vinculação – *vendo a seu redor juízes, procuradores, gerentes de bancos públicos, advogados, diretores e professores de escolas públicas, e tantos outros profissionais com quem se relacionava e servia, subordinado* – então certamente não há a afirmação do Direito, já que o conceito de JUSTIÇA não foi capaz de ser justificado.

Disse, uma vez, o sábio jurista *Carlos Cossio*, conforme citado por Carlos María Cárcova na obra “A Opacidade do Direito”, Editora LTr, 1998, págs. 123/124

“Todo mundo compreende, é claro, que os juízes de nosso mundo nos concernem diretamente, pelo menos pela possibilidade de que qualquer um de nós precise recorrer algum dia a sua proteção; e é óbvio também que para essa reflexão, mesmo sendo mínima, não é indiferente que os juízes sejam bons ou maus juízes, capazes ou torpes. Mas nem todo o mundo tematiza este problema para ver o que há por detrás daquela verdade elementar, conforme se sugere no que é dito. Para o homem da rua já não é óbvio que os juízes lhe refiram da mesma maneira, a menos que se tenha dado o episódio pessoal de haver tido que recorrer a eles para se proteger, pois um fenômeno social em grande escala torna-se imperceptível para quem, imerso nele, o enfrenta sem consciência, sem preocupação. De qualquer maneira, os juízes, pelo que fazem com outros, lhe dão, em boa medida, uma idéia de sua situação. E para o técnico de



natureza comum (legislador, juiz de rotina, advogado comum, um escritor simplesmente erudito) tampouco é óbvio que uma vocação para a justiça seja condição indispensável para ser um grande juiz, do mesmo modo que para o artista é a vocação para a beleza e para o sábio a vocação para a verdade: como obstáculo social, subsiste a idéia de que o bom juiz se define suficientemente por sua honestidade pessoal e sua erudição técnica, ignorando o feito histórico dos grandes juízes e lutando ex cathedra por um Direito que não seja descoberta situacional mas aplicação mecânica.”

O que um cidadão espera dos tribunais é a realização da justiça.

E na matéria em questão, não se pode deixar de reconhecer que esqueceram todos os julgadores de que por trás dos papéis existem pessoas humildes e verdadeiras credoras de 500 anos de servidão e de covardia.

Quando a justiça não acontece, permanece sempre aquele sentimento natural de que ela não existe para o pobre, senão para as elites que criaram as instituições, com suas formas e critérios de escolha dos componentes de seus quadros, *in casu*, indicados pela autoridade máxima do Poder Executivo, quando deveriam ser eleitos pelo povo, o real destinatário de suas decisões.

Mas isso é outra história, que talvez um dia será escrita, *quae sera tamen*.

Date Created

09/03/2011