

O afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública: o enfrentamento do Enunciado nº 331, item IV, do TST diante da Lei nº 8.666/93 e da Constituição Federal de 1988

André Luis Meireles Justi

*Advogado da CAIXA no Ceará
Especialista em Direito Empresarial pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR*

Arquimedes Bucar Lages

Advogado da CAIXA no Ceará

RESUMO

A atual interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Enunciado nº 331, IV, considerando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública como tomadora de serviços terceirizados, afronta toda a estrutura do ordenamento publicista, notadamente com a ofensa do interesse público e da legalidade estrita, quebrando diversos princípios constitucionais. Submetida esta questão à análise, foi abordada a terceirização de serviços ao ente público, enfocando os reflexos da responsabilidade contratual e a supremacia do interesse público sobre o privado. O aprofundamento da matéria consolidou o entendimento de que não deve prevalecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, devendo ser aplicada a disposição do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Palavras-chave: Terceirização de serviços. Responsabilidade subsidiária. Primazia do interesse público. Prevalência da Lei de Licitações.

ABSTRACT

The Superior Court of Work current interpretation, by the Statement nº 331, IV, considering the subsidiary responsibility of the Public Administration as outsourcing services recruiter, goes against all public ordering structure, especially with the offense to the public interest and the strict legality, breaking several

constitutional principles. Being this subject submitted to an analysis, were dealt the outsourcing services to the public entity, focusing the contractual liability reflexes and the public interest supremacy over the private. The subject deepening has consolidated the understanding that the subsidiary liability of the Public Administration should not prevail, must be applied the disposition of the art. 71, § 1st, Procurement Law (Law nº 8.666/93).

Keywords: Outsourcing services. Subsidiary liability. Public interest primacy. Prevalence of Procurement Law.

Introdução

Este breve estudo tem como fim analisar o teor do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em face da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Antes de se iniciar esta análise, é imperioso esclarecer que existe um grande embate doutrinário acerca da aplicação do item IV da Súmula 331/TST, havendo abalizadas opiniões em ambos os sentidos. A primeira corrente defende a tese de que o mencionado item da Súmula é plenamente aplicável, ao passo que a outra entende que este não deve ser aplicado em detrimento da legislação que versa sobre licitações e contratos celebrados no âmbito da Administração Pública.

Surge então uma dicotomia, o choque entre o interesse público e o privado. Por que inserir nesse contexto os entes da Administração Pública se estes são regidos por normas específicas ao direito público, tal como a Lei de Licitações, e aos princípios constitucionais da Administração Pública, normas incompatíveis com o interesse particular?

1 Da indevida invasão do interesse privado na terceirização do setor público

O Direito como ciência ramificou-se, a fim de especializar suas atuações na sociedade. Desse modo, têm-se como dois grandes troncos do Direito o ramo público e o privado, os quais possuem princípios e regras próprios, conforme o seu objeto e finalidade pretendidos.

A matéria abordada está permeada ora de interesse público, quando defende o erário público da persecução dos direitos trabalhistas, ora de interesse privado, quando protege o salário do obreiro diante da inadimplência da empresa prestadora do serviço.

Não há dúvida de que o TST, enquanto instituição que resguarda sobretudo os interesses do trabalhador, inclinou-se pela recepção de um entendimento que privilegiasse o interesse privado em detrimento do público, porém, conforme se confirma neste texto, não se pode concluir pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porquanto esta, segundo a lei específica (Lei 8.666/93) e a CF/88, possui domínio próprio, inerente ao direito público.

Em se tratando de terceirização no setor público, não há que se falar em relação de trabalho, uma vez que a relação jurídica será estabelecida entre o Estado e uma pessoa jurídica (e não física) de direito privado. Trata-se, na verdade, de contrato administrativo e, como tal, deve ser regido segundo institutos, princípios e normas próprios do direito administrativo.

Não há de se negar a interdependência entre os ramos trabalhista e administrativo, mas a interferência de um sobre o outro não deverá ultrapassar a esfera da compatibilidade entre eles, conforme entendimento da própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), artigo 8º, parágrafo único, *in verbis*: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, **naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste**”.

Noutro giro, importa ressaltar a incompetência da Justiça do Trabalho para declarar a responsabilidade do ente público, haja vista que, reconhecida a inexistência de vínculo empregatício, o TST atribui responsabilidade no âmbito civil/administrativo, por força da responsabilidade objetiva do Estado, ou, em última análise, de culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Com efeito, não existe relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada, mas verdadeira relação administrativa, na medida em que esta encontra-se fundada em contrato de prestação de serviços entre empresa terceirizada e ente público, submetido às normas de direito administrativo e de direito civil - nada que diga com direito do trabalho.

Por outro lado, não há que se falar em responsabilidade objetiva da Administração, cuja conduta deverá ser comissiva, enquanto o que o TST imputa ao ente administrativo é “comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado”¹.

Ademais, o Enunciado nº 331 incorre em expressa ofensa ao artigo 37, II, da Constituição, que demanda aprovação em concur-

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/RR. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrida: Maria Tereza Leite da Silva. Relator: Ministro MILTON DE MOURA FRANÇA. Brasília, DF, 11 de setembro de 2000. DJ 20/10/2000. Disponível em: <[http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(225550.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(225550.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1)>. Acesso em: 12 mar. 2007.

so público como requisito para investidura em cargo ou emprego público, uma vez que impõe a responsabilização subsidiária, passando a dívida trabalhista do particular ao ente público.

Ora, se até mesmo na contratação direta de empregados pela Administração sem concurso público, o próprio TST entendeu pela exclusão das parcelas que não configurem salário *stricto sensu*,² o que dizer dos casos em que sequer existe contratação trabalhista com a Administração? Logicamente que, nestes casos, há um maior distanciamento da atuação do direito laboral, impondo maiores restrições quanto à aplicação do entendimento do Excelso Pretório Trabalhista.

1.1 O fenômeno da terceirização

A terceirização constitui-se num fenômeno resultante da evolução das relações trabalhistas no tempo.

O direito do trabalho teve a sua gênese, enquanto ramo jurídico, na Revolução Industrial (séc. XVIII), quando a produção em massa atraiu a aglomeração de mão de obra, cuja consciência coletiva favoreceu a luta por melhores condições de trabalho.

A Segunda Revolução Industrial, com a intensa mecanização do trabalho no campo e dos processos industriais de produção em série, provocou a transmigração do setor secundário para o terciário, assim como a primeira provocou a migração da mão de obra rural para os grandes centros urbanos.

A Terceira Revolução Industrial, a conhecida "Revolução Tecnológica", representada pelos setores da cibernética, informática e automação, já tem produzido profundas modificações nas relações de trabalho, exigindo mão de obra qualificada pelo conhecimento intelectual.

Outra grande alteração na absorção de contingente laboral resultou da globalização, produto maior dessa mais recente fase mutante. É que, como consequência da acirrada competitividade dos mercados mundiais, os empregadores depararam-se com pressões econômicas de tal monta que somente na terceirização e na flexibilização dos direitos trabalhistas vislumbraram sua amenização.

O grande objetivo das empresas tem sido toda possível diminuição de custo, no intuito de fomentar a concorrência, ao tempo em que extrai maior margem de potencial lucrativo. O setor público, por seu turno, não objetiva concorrência, tampouco lucratividade.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas>. Acesso em 07 mar. 2007.

Foi primeiramente na esfera das relações públicas que a terceirização foi introduzida e se desenvolveu no Brasil. Como mentor da terceirização brasileira, o Poder Público estabeleceu como alvo o aprimoramento das estratégias de administração, descentralizando ao máximo as atividades sob a sua direção. O verdadeiro marco evolutivo da terceirização deita raízes no Decreto-Lei N° 200/67, o qual, no art. 10, § 7°, recomendava a terceirização nos seguintes termos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
[...] § 7° Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

1.2 A repercussão da licitude das relações de trabalho na terceirização

Entende-se por lícita a terceirização cujo objeto contratual é a transferência das atividades meio do ente tomador de serviço para empresas que as desenvolvam como sua atividade fim. Trata-se de delegação de atribuições, e não de requisição de ativo obreiro. Já a terceirização ilícita configura-se justamente na intermediação de mão de obra por empresa interposta.

A grande diferença entre esses tipos de terceirização é que, na lícita, a transferência parte da esfera de atuação do tomador (delegação de atividades) para a do prestador. Na terceirização ilícita, esse procedimento se realiza em sentido inverso, isto é, a empresa terceirizada é quem fica responsável por transferir o objeto do contrato ao tomador, que, nesse caso, será a própria mão de obra cedida.

O direito brasileiro admite apenas os casos de intermediação abrigados pela Lei de Trabalho Temporário. Tanto é assim que, verificada a hipótese, considerar-se-á formado o vínculo com o tomador de serviços. Atente-se, ainda, para a advertência expedida pelo TST (Enunciado n° 331, III) de que, conquanto aparentemente lícita, na terceirização poderá vir a ser reconhecida a formação de vínculo empregatício com o tomador, se restarem provadas a coexistência de pessoalidade do serviço e a subordinação direta.

Nesse ponto, o Poder Público é tratado com distinção, não sendo possível, em qualquer que seja a hipótese, o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública, em face do que estabelece a Constituição Federal no seu artigo 37, II. Sobre o referido enfoque constitucional e sumular, questiona-se a flagrante contradição que se estabelece entre o inciso II e o inciso IV do Enunciado nº 331 do TST:

II – A contratação irregular de 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). [...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, da sociedade de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A incoerência que se instala é a seguinte: **se incorrendo na terceirização ilícita, o Estado é obrigado a arcar tão somente com a verba salarial correspondente ao período trabalhado, por que ao proceder de forma lícita, é apenado com a responsabilização subsidiária por todos os encargos sociais?**

Examinada a questão que ora se põe, não subsiste a mínima dúvida quanto ao fato de não ter qualquer validade a orientação emprestada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao tema em comento, apresentando-se este, sob todos os aspectos, flagrantemente inconstitucional e ilegal, pois não se pode admitir que, de forma ilegítima, outorgue-se à Administração Pública encargos trabalhistas sem que decorram de relação lícitamente constituída. E tais relações apenas poderão nascer validamente na forma estatuída no *art. 37, II*, da Constituição. Cumpre ver, por outro lado, que não se admite e não se prevê, nesse âmbito, hipótese de *responsabilidade objetiva* do Estado, limitado este às situações previstas no *art. 37, § 6º*, da vigente Carta Política, que proclama o dever de indenizar por decorrência de atos ilícitos, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano.

2 A culpabilidade como elemento na aplicação de responsabilidades e a adoção do procedimento licitatório

A culpa *in eligendo* configura-se pela má eleição do preposto. Caracteriza-se pela negligência do contratante, ao delegar servi-

ço ou negócio da sua competência, sem a necessária investigação acerca da idoneidade e solvabilidade do contratado. Observe-se, entretanto, que, em se tratando de Administração Pública, a escolha é feita por lei, segundo critérios por ela mesma apontados, em razão de que o administrador assume o papel de mero executor da lei.

Ao transferir determinada atividade para uma pessoa jurídica de direito privado, o Poder Público o faz mediante procedimento licitatório, de acordo com regras e padrões legais dos quais não se pode desviar, estando, nesse ponto, afastada a discricionariedade da Administração Pública.

O trâmite inicial da licitação dá-se com a habilitação dos candidatos, quando então deverão, inclusive, apresentar regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (art. 29, IV, da Lei nº 8.666/93).

Destarte, uma vez demonstrado que a empresa candidata não tem cumprido com suas obrigações trabalhistas, esta já é eliminada, de logo, na primeira etapa do processo seletivo, não podendo sequer ser aberto o envelope contendo suas propostas, entregue juntamente com o da habilitação.

Seguem-se, daí por diante, a avaliação e o julgamento das propostas dos candidatos habilitados, também sob o crivo da lei e dos critérios por esta predeterminados. A empresa que habilitada apresentar a melhor proposta, segundo os moldes legais, tem adjudicado o objeto da licitação, podendo formalizar desde já o contrato com a Administração Pública.

Eis a razão de não se poder imputar ao ente público tomador de serviço a culpa *in eligendo*. É a lei que dispõe sobre os critérios de escolha do contratado, figurando o administrador, nesse ponto, como mero executor da lei.

Não tendo sido constatada qualquer ilegalidade no procedimento licitatório, não há como se imputar a falta de precaução da Administração Pública quanto ao contratado, uma vez que este apresentou provas suficientemente reconhecidas por lei relativas à sua idoneidade enquanto empregador. Havendo descumprimento posterior deste quanto a suas obrigações trabalhistas, tratar-se-á de fato superveniente fora do alcance de cautela da Administração.

3 Responsabilidade objetiva do Estado

Muitos dos que sustentam a tese da subsidiariedade da Administração Pública quanto à responsabilidade por verbas trabalhistas na terceirização têm fundamentado a mesma simultaneamente

na responsabilidade subjetiva (*culpa in eligendo e in vigilando*) e na responsabilidade objetiva do Estado.

De logo, já se verifica franca contradição. É que se se cogita a responsabilidade objetiva, não há por que se falar da subjetiva, já que aquela dispensa a verificação da culpabilidade. Em suma, se há culpa, não há por que se lançar mão da *teoria do risco*.

A responsabilidade objetiva tem fundamento constitucional, cuja conceituação se consolidou nos seguintes termos:

Art. 37. [...] § 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.³

Em primeira análise, sobressai a questão do causador do dano. De acordo com a Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público responderão por atos de seus **agentes**. Não se enquadram nessa categoria as pessoas jurídicas de direito privado que contratam com o Poder Público, pelo contrário, estas também são passíveis de responsabilização objetiva.

Medauar⁴ define agente público como sendo “todo aquele que mantém vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder”. Di Pietro⁵ esboça conceito de semelhante conteúdo, segundo o qual “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”. Infere-se das referidas acepções do termo *agente*, por conseguinte, que, de nenhuma maneira, poderia ser utilizado para se referir à pessoa jurídica de direito privado.

Do exposto, pode-se deduzir a impropriedade da conexão que muitos autores fazem entre a responsabilidade objetiva do Estado perante terceiros e a responsabilidade da prestadora de serviço para com os seus próprios empregados. O esclarecimento está no fato de se ter como pressuposto da responsabilidade objetiva a comissão de ato lesivo por agente, e não por contratado, da Administração Pública.

4 Princípios incidentes da administração pública

Os princípios representam o fundamento de validade de um sistema jurídico, servindo de fonte de interpretação para a com-

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 mar. 2007.

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 311.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 422.

preensão de toda a sua estrutura. Melo⁶ assim se pronuncia a respeito do tema:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Cada vez mais o Judiciário encontra apoio para fundamentar suas decisões nos princípios gerais do direito e nos princípios específicos ao direito aplicado.

No caso vertente, ao fixar a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, o TST, *data venia*, afastou-se dos princípios norteadores do direito público, notadamente no campo do direito administrativo, que rege a atuação daqueles entes.

É notório que os princípios relacionados a seguir foram transgredidos ou ignorados, a fim de fazer prevalecer o interesse do particular, como veremos.

4.1 Princípio da legalidade

Este princípio limita a atuação do Estado somente ao que a lei autoriza ou permite. Algo diferente ocorre para os particulares, que, pelo princípio da autonomia da vontade, podem fazer tudo o que a lei não proíbe, em consonância com o art. 5º, II, da CF, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O significado deste princípio consiste no fato de a Administração necessitar de habilitação legal para adotar atos e medidas. Exige-se base legal para o exercício de cada um dos seus poderes.

A contratação de pessoas jurídicas de direito privado, por exemplo, requer a observância de normas expressas, que vão desde a forma de escolha do contratante até o modo de execução do contrato. Referido regramento encontra-se disposto na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos). Oportuno ressaltar, nesse ponto, a existência de expressa previsão legal (art. 71, § 1º, da mencionada lei) vedando a responsabilização subsidiária estatal por verbas resultantes de contrato de trabalho entre a empresa terceirizada e seus empregados.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 545.

É de se constatar, portanto, a impossibilidade de se dispensar o mesmo tratamento dado ao tomador de serviço do setor privado pelo ente público terceirizante, haja vista que desde a seleção do contratante, cuja escolha independe da vontade subjetiva do administrador, até a efetivação do contrato e os efeitos daí resultantes incide rigorosa disciplina legal. A vontade que se sobressai é a da lei, não sendo admissível, desse modo, a imputação de culpa *in eligendo*. Nesse sentido é a interpretação do autor constitucionalista Moraes⁷, afirmando que “esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”. Note-se que não há que se cogitar culpa subjetiva quando se age em nome da lei.

Ressalte-se, outrossim, que a Administração Pública está imune a qualquer atribuição de responsabilidade que não lhe seja imposta por lei. Em pertinente elucidação do tema, Mello⁸ enfatiza que somente a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, bem como autorizá-la a agir, desde que sob o seu comando.

Destarte, convém atentar para o fato de que o Poder Judiciário exerce o chamado controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública, enquanto guardião da fiel aplicação da lei. Jamais poderá essa esfera do poder estatal usurpar a função legada ao Legislativo no que concerne ao regramento de condutas da Administração.

O Enunciado nº 331, IV, TST, conquanto se constitua fonte referencial de aplicação do direito para os magistrados trabalhistas, não pode ultrapassar a esfera da relação entre particulares para adentrar a esfera do direito público, criando obrigações, que, ao ente estatal, somente podem ser impostas por lei.

4.2 Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui-se princípio regente de todos os demais princípios do direito administrativo. Funda-se no pressuposto de que o bem-estar coletivo deve prevalecer quando da ponderação dos interesses presentes em determinada circunstância. Em razão de tal princípio é que, por exemplo, a Administração desapropria, interviém na propriedade privada, policia, pune etc. Em outras palavras,

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 311.

⁸ MELLO, 2001.

o bem-estar do particular não sobressairá quando a Administração estiver no cumprimento de uma finalidade pública.

Ao terceirizar serviço que não compõe a atividade fim de determinado setor da Administração Pública, o Estado não faz nada mais do que pôr em prática o constitucionalmente consagrado princípio da eficiência, segundo o qual o Poder Público deve otimizar suas atividades observando o trinômio qualidade, celeridade e menor custo. O fenômeno da terceirização visa exatamente à possibilidade de o ente público concentrar seus esforços gerenciais em sua atividade principal, especializando, por outro lado, a atividade meio, que, gerida por uma empresa que a tem como sua atividade fim, propicia a redução dos gastos públicos.

Se um dos objetivos da terceirização do serviço público, além da qualidade, é a contenção de despesas, não há que se falar em responsabilidade subsidiária, uma vez que se responsabilizando por verbas trabalhistas a Administração Pública desvia-se de sua finalidade, que é justamente a minoração de despesas.

Como princípio norteador da relação do Estado com o particular, a supremacia do interesse público é destacada também pela CLT, quando da utilização de fontes secundárias do direito do trabalho. O texto normativo reporta-se inclusive à jurisprudência, enfatizando que ela não poderá fazer sobressair interesse particular diante de um interesse público a ser resguardado. Dispõe o art. 8º da CLT:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifo nosso)

Ao dispor contrariamente à finalidade pública da terceirização estatal, o Enunciado nº 331, IV, TST, entra em confronto não somente com o princípio da supremacia do interesse público, mas com a própria Consolidação das Leis do Trabalho pela qual está sujeito e tem por dever zelar.

4.3 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O Estado, como representante da vontade coletiva, não tem interesses próprios a perseguir, a não ser aqueles que coincidam com a aspiração social. Na função que lhe foi outorgada de admi-

nistrar, há de se ocupar com a mera condução dos negócios públicos, de forma a atingir a finalidade declarada na lei.

No exercício da mordomia de bens e interesses públicos, não pode o administrador deles “abrir mão”, por não lhes possuir a titularidade. Oportuno recordar que o poder emana do povo, que é o seu titular, sendo exercido por seus representantes. Exterioriza-se a vontade popular quando da elaboração das leis, pelas quais a máquina administrativa deve nortear as suas ações. Assim é que, ao dispor de algum interesse público, renunciando-o ou omitindo-o, a Administração afronta o *mandamus* legal, por vício de finalidade.

A Lei N° 9.784/99, no seu art. 2º, parágrafo único, II, pontuando sobre os critérios a serem observados pela Administração, dispõe nos seguintes termos: “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial, de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. É a legislação confirmando o princípio sobre o qual se estrutura.

É em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público que os poderes conferidos à Administração Pública não são dotados de facultatividade, mas, ao contrário, constituem-se verdadeiros poderes-dever, isto é, poderes que não se pode deixar de exercer, sob pena de se responder por omissão. Isso diz respeito, por exemplo, ao poder de punir, coibir direitos individuais, intervir na propriedade privada, mas também ao poder de gestão das finanças públicas, o qual se enfoca a seguir.

Antes de proceder à contratação de pessoa jurídica de direito privado, o Poder Público promove o procedimento licitatório, através do qual selecionará, segundo critérios predefinidos na lei e no edital, a proposta mais vantajosa para a Administração. Eleita a proposta, conforme seja o tipo, melhor técnica ou técnica e preço, nas hipóteses de terceirização de serviços, o Estado fará sua previsão orçamentária de acordo com o *quantum* pré-estipulado no instrumento contratual.

Não há nada na lei, no procedimento licitatório ou no contrato, que possibilite a imposição ao Estado de obrigações que excedam as já constantes nesses instrumentos normativos. É dessa forma que os encargos sociais do contratado não se transferem para a esfera pública. Em última análise, tal imposição refletiria uma oneração à base orçamentária do poder público, impondo um ônus suplementar ao objeto contratual.

Assim, a utilização de finanças públicas para qualquer outro fim que não seja o disposto no contrato caracterizará desvio de finalidade - um confronto bilateral com a lei e com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

5 Da flagrante inconstitucionalidade do Enunciado nº 331 do TST e da necessidade de provocação do STF

A nossa atual Carta Magna é bem clara ao afirmar em seu artigo 5º, II, que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**.

Por mais que o direito do trabalho seja eminentemente protetivo, a segurança do trabalhador hipossuficiente não pode ser promovida ao arrepio da legislação federal. Caso isso ocorra, estar-se-á diante de uma ofensa a um dispositivo constitucional, que deve ser repudiada com veemência por todos os operadores do direito. O primado da lei no ordenamento jurídico pátrio, consagrado no princípio da legalidade, deve ser respeitado por mais que, à primeira vista, o obreiro esteja sendo prejudicado. Se a lei está sendo prejudicial de alguma forma, que esta seja reformada pelo poder competente, enquanto isso não acontece, que a mesma seja cumprida.

Atualmente, o Enunciado nº 331 do TST, por seu inciso IV, com a modificação instituída pela Resolução nº 96/2000 daquela Corte, prevê expressamente a responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Direta e Indireta em decorrência do inadimplemento, por parte de suas contratadas, das obrigações trabalhistas diante dos empregados destas últimas.

As súmulas de orientação jurisprudencial são instrumentos eficazes para traçar nortes aos operadores do direito por demonstrarem a estes a forma com que determinado tribunal interpreta dispositivos legais. Contudo, jamais se pode admitir a utilização de súmulas com o intuito de negar a aplicabilidade de dispositivo legal que se encontra plenamente em vigor.

Ao agir dessa forma, o Poder Judiciário acaba por subtrair a função de um dos outros três Poderes da República, qual seja: o Legislativo, a quem cabe precipuamente a função de editar normas gerais e abstratas de conduta, as leis.

A Resolução do TST nº 96/2000 configura evidente menoscabo a dois dos mais basilares princípios não só da República Federativa do Brasil como também de qualquer Estado Democrático de Direito: o da legalidade, consoante o já exposto alhures, e o da independência harmônica dos Poderes, por meio da consagrada fórmula de freios e contrapesos, nascida em meio ao iluminado pensamento de Montesquieu.

Aqui não se questionam os princípios do direito trabalhista, sobretudo o da proteção ao trabalhador hipossuficiente, apenas se combate a defesa de um princípio jurídico em detrimento de outros princípios de igual, ou talvez, superior importância.

Kelsen⁹, o maior dos defensores do positivismo jurídico, em sua Teoria Pura do Direito, com a autoridade já consagrada secularmente, afirmava que “o fundamento da validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”. Esse postulado é a base da teoria da estrutura piramidal das normas jurídicas, na qual as subordinadas ou inferiores, sob pena de padecerem de vício de ilegalidade ou mesmo inconstitucionalidade, devem se harmonizar com as normas hierarquicamente superiores. Nos Estados Democráticos de Direito, as normas constitucionais ocupam a posição de prevalência, sendo o fundamento de validade de todas as demais.

Ocorre que, ao se analisarem as normas constitucionais, facilmente se verifica que estas não possuem todas igual relevância: enquanto algumas configuram apenas regras procedimentais, outras atingem o caráter de princípio, sendo capazes de balizar o ordenamento jurídico como um todo.

Dentro da complexa arquitetura do sistema jurídico brasileiro, o desrespeito a qualquer um dos princípios constitucionais é suficiente para o desmoronamento do edifício da legalidade, mesmo porque os princípios são as vigas mestras deste. A proeminência das normas jurídicas, que consagram princípios sobre as demais, é opinião uníssona na doutrina, sobretudo a publicística.

Ao editar uma Súmula que ataca frontalmente lei federal em vigor, de forma a negar a sua aplicabilidade maculando sua eficácia, o TST acaba por desrespeitar o princípio da tripartição dos Poderes da República e da autonomia de cada um destes. Aquele, instituído na função de julgar, acaba por subtrair a função de legislar própria dos parlamentos, colaborando para a derrocada de todo um sistema jurídico.

Assim sendo, resta clara uma dupla violação a princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, quais sejam: o da legalidade e o da tripartição harmônica dos poderes.

Entende-se que o trabalhador, hipossuficiente por excelência, deve ser protegido da inadimplência de seu empregador, contudo, *de lege lata*, tal proteção não pode ocorrer da forma em que o Enunciado nº 331, IV, do TST prenuncia, razão pela qual tal enunciado deve ser combatido, no intuito de evitar que esta ilegalidade se perpetue no tempo, tornando-se verdadeiro arquétipo eterno.

Cumpra ainda destacar que não só o princípio da legalidade, como previsto no art. 5º, II, da CF/88 foi ferido. O princípio da legalidade também é informador da atividade administrativa, sendo previsto de forma expressa no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962, p. 2.

Dada a forma pela qual a Administração Pública se submete a esse princípio, a doutrina acaba por denominá-lo de princípio da legalidade estrita. Essa terminologia surge do fato de que, ao contrário do particular, que pode fazer tudo aquilo que não lhe é vedado por lei, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei expressamente permite. Vejam as sábias palavras do saudoso Meirelles¹⁰:

Na Administração Pública não há 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".

O artigo 71 da Lei 8.666/93 proíbe expressamente que a Administração Pública seja responsabilizada pelos débitos trabalhistas de suas contratadas, qualquer decisão em contrário fere o artigo 37, *caput*, da Constituição.

A legalidade, em sentido lato ou estrito, a tripartição harmônica dos poderes e mesmo a supremacia do interesse público devem ser protegidas de forma tão ou mais intensa que os interesses do trabalhador, razão pela qual se deve buscar responsabilizar de forma eficaz não o Poder Público, mas sim quem realmente se locupleta não só por meio do trabalho alheio como também dos contratos firmados com o Poder Público: os sócios das empresas prestadoras de serviços contínuos.

A par do questionamento sobre quem deveria ser responsabilizado, cumpre buscar uma solução que evite a responsabilização do ente público, respeitando-se, assim, a vontade soberana do cidadão brasileiro, consubstanciada na legislação federal em vigor, que obsta essa responsabilização.

Consoante o declinado alhures, o Enunciado nº 331, IV, do TST estaria violando preceitos fundamentais de nossa Carta Magna, quais sejam: os consagrados em seu artigo 2º (princípio da tripartição dos poderes); 5º, II (princípio da legalidade) e 37, *caput* (princípio da legalidade estrita).

A Constituição Federal confere ao STF a tarefa precípua de realizar a sua guarda, criando uma série de mecanismos para operacionalizar essa defesa, entre eles, destaca-se o previsto no artigo 102, § 1º, denominado Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A Lei nº 9.882/99 regula o processo e o julgamento da ADPF, estabelecendo as hipóteses de cabimento, a legitimidade ativa, os

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88, grifo nosso.

requisitos da petição inicial e todos os outros aspectos atinentes a esse tipo de procedimento.

Considera-se que o Enunciado nº 331, IV, do TST poder-se-ia enquadrar na hipótese do artigo 1º do mencionado diploma legal, posto que é um ato do Poder Público (*in casu* o Poder Judiciário) que fulmina a descrita série de preceitos fundamentais da nossa Constituição, causando uma série de danos ao patrimônio público. Desse modo, caberia solicitar ao STF que se manifestasse acerca dessa controvérsia, a fim de que o TST não exorbitasse da faculdade que lhe assiste – unificar a jurisprudência trabalhista – sumulando *contra legem*.

Qualquer interessado pode, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 9.882/99, representar perante o Procurador-Geral da República, pleiteando o ajuizamento da ADPF. Feito isso, nossa Suprema Corte poderá decidir, de forma irrecorrível, se é possível algum tribunal editar súmula que contrarie expressamente lei federal em vigor, prática esta que, em nossa ótica, deve ser repudiada com veemência.

Conclusão

A sociologia jurídica já concluiu que o Direito como ciência deve ser o reflexo das relações travadas no âmbito da sociedade, e não o contrário.

Como advogados de empresa pública, os autores testemunharam a sobrevida de várias empresas terceirizadas – em sua maioria cooperativas – criadas para o fim específico de contratar com o setor público, não tendo sido poucas as “empresas” que vieram a fechar as portas em razão de má administração ou ausência de compromisso com a atividade prestada.

Certo é que, independentemente das circunstâncias que levaram essas empresas a descumprir o pacto laboral firmado com os seus empregados, o ente público, com base no citado enunciado, tem sido coagido ao pagamento dos créditos trabalhistas.

O entendimento, em que pese o posicionamento jurisprudencial contrário, ofende frontalmente a Constituição, desconsiderando os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, gerando enriquecimento ilícito aos sócios ou administradores da “empresa” contratada pelo ente público.

Com efeito, a terceirização na Administração Pública é gerida por regime jurídico próprio, uma vez que se instrumentaliza por intermédio das espécies contratuais previstas na Lei de Licitações e Contratos. Estrutura-se, ainda, sobre os pilares do direito adminis-

trativo, tais como os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da indisponibilidade do interesse público e o constitucionalmente consagrado princípio da eficiência.

Na verdade, o regime jurídico trabalhista difere, e muito, do regime jurídico administrativo, não devendo açambarcar a esfera de ingerência deste, em que pese ainda o fato de a própria CLT, no seu artigo 8º, fazer enfática advertência sobre a impossibilidade de direitos trabalhistas sobreporem-se ao interesse coletivo.

Em se tratando de terceirização, principalmente, se o Poder Público não é responsabilizado pelo montante das parcelas trabalhistas, quando da verificação da ilicitude desta, maior razão haverá para que não seja responsabilizado quando agir licitamente.

O Enunciado nº 331, IV, do TST fere flagrantemente os princípios da administração pública, afronta a legislação administrativa, que veda a responsabilidade subsidiária do Estado no tocante a verbas trabalhistas, e, ainda, insurge-se contra a própria legislação que representa, a qual não só confere, mas determina tratamento preferencial ao interesse público.

O aplicador do direito, portanto, deverá zelar pela correlação harmônica dos ramos de direito, infligindo, para isso, as limitações cabíveis.

Assim sendo, faz-se necessário reconhecer que não há, no plano legal, a possibilidade jurídica de imputar-se à Administração Pública a responsabilidade por encargos trabalhistas inadimplidos por empresas prestadoras de serviços, excedendo e afrontando o Enunciado nº 331 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho os limites da competência constitucionalmente atribuída a tal Corte pela Constituição Federal.

Demandado em tal condição, pode e deve o ente contratante arguir não só a impossibilidade jurídica do pedido como também a ilegitimidade para responder à demanda que envolve questões pertinentes a empregado e empregador, não lhe dizendo respeito diretamente, porquanto não contratou, assalariou ou dirigiu a prestação de serviços, sequer detendo condições de formular defesa em seu favor.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U 05/10/1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2007.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 mar. 2007.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 mar. 2007.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179.147-SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrida: Analia Vieira dos Santos. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. DJ 27/02/1998. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_179147_SP%20_12.12.1997.pdf>. Acesso em 7 mar. 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/RR. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrida: Maria Tereza Leite da Silva. Relator: Ministro MILTON DE MOURA FRANÇA. Brasília, DF, 11 de setembro de 2000. DJ 20/10/2000. Disponível em: <[http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(225550.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(225550.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1)>. Acesso em: 12 mar. 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 96/2000. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/DGCJ/IndiceResolucoes/Resolucoes/index.html>>. Acesso em: 7 mar. 2007.

_____. _____. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas>. Acesso em: 7 mar. 2007.

_____. _____. Súmula nº 363. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas>. Acesso em 07 mar. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.