

A Responsabilidade da Administração Pública pelas contratações de serviços essenciais à sua atividade ou outros não eventuais.

José Fernando Rosas^()*

As constituições da República tem estabelecido o concurso público como forma de investidura em cargos públicos, como se vê do art. 169, da Constituição de 1934; letra “b”, do art. 156, da Constituição de 1937; art. 186, da Constituição de 1946; § 1º, do art. 95, da Constituição de 1967; § 1º, do art. 97, da Emenda Constitucional de 1969; e, agora, o inciso II, do art. 37, da Constituição de 1988. As exceções são aquelas previstas nos próprios textos constitucionais, quais sejam, cargos de confiança e aqueles que a lei declare de livre nomeação e demissão em 1946 e, a partir de 1967, aqueles que a lei declare de livre nomeação e exoneração. Todavia, como os cargos públicos devem ser criados por lei – processo demorado – e o concurso público – também moroso – nem sempre é do interesse de alguns dos administradores públicos, tem estes burlado a determinação constitucional para satisfazer as suas necessidades de pessoal no órgão público sob sua responsabilidade. E o fazem, via de regra, pela contratação de empresas prestadoras de serviço. Em alguns casos o que se verifica é apenas a intermediação de mão-de-obra, eis que os empregados da empresa contratada ficam subordinados diretamente à Administração Pública. Normalmente são empregados que prestam serviços essenciais às atividades do órgão público. Em outros casos o que se verifica é a terceirização, situação em que os empregados ficam subordinados à empresa contratada pela Administração. Aqui, normalmente são serviços atinentes à atividade meio, embora não eventuais à Administração.

Quando ocorre ajuizamento de ações pelos empregados das empresas contratadas, pelo inadimplemento de direitos trabalhistas, chama-se no pólo passivo tanto o formal empregador como o próprio órgão da Administração Pública, este como responsável solidário, ou ao menos subsidiário. E a defesa da Administração, de modo geral, vem vazada na isenção de responsabilidade preconizada no art. 71, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, qual seja:

^(*) *José Fernando Rosas, é Juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*

“O contratado é responsável pelo encargos trabalhistas previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Parágrafo 1º: A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Resta saber, então, se aplicável mencionada lei à contratação efetivada. À tanto, cabe analisar a legislação invocada nas defesas apresentadas, bem como, em exegese teleológica, as normas anteriores que tratavam da organização da Administração Federal e das licitações e contratos. Assim e por primeiro:

DECRETO-LEI Nº 200 DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967.

O Decreto-Lei, que dispunha sobre a organização da Administração Federal, dizia no § 7º, do seu art. 10 que:

“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 de 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”.

O Decreto-Lei em comento não estabelecia nenhuma isenção de responsabilidade da Administração pelo inadimplemento contratual do contratado com terceiros. Mas a disposição legal era usada como defesa nas ações movidas por empregados, quando estes pretendiam o reconhecimento da relação de emprego diretamente com o órgão tomador dos serviços e consectários daí decorrentes. Todavia, já quando da vigência de tal norma não havia como se entender possível a contratação para o fornecimento de mão-de-obra aos serviços essenciais ou mesmo outros não eventuais, apenas com a leitura isolada e interpretação meramente gramatical do § 7º do art. 10. É que o próprio Decreto-Lei, em seu art. 132, previa que nas licitações para obras ou serviços seriam admitidos os seguintes regimes de execução:

“I – empreitada por preço global;

II- empreitada por preço unitário;

III- administração contratada.”

Vê-se, pela disposição legal, que os contratos admitidos o eram, para serviços eventuais, nos regimes de empreitada ou administração contratada, ou seja, contratos de execução diferida, não para serviços contínuos que exigem contratos de trato sucessivo. Ressalte-se que a administração contratada é regime em que o tomador dos serviços admite e assalaria os empregados efetua as compras, e somente a administração dos serviços é feita por terceiros. As exceções, nos casos em que dispensável a licitação, vinham no art. 126, § 2º, letras “d” e “h”, ou seja, na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, ou nos casos de emergência, como tal definida na própria disposição legal. Assim, salvo as situações nominadas acima, proibida era a contratação de serviços não eventuais.

Mas, ainda quando se faz a leitura do § 5º, do art. 127, que trata das modalidades de licitação, chega-se a conclusão de que o legislador se refere a contratos de execução imediata ou diferida, jamais contratos de execução sucessiva, eis que fala em compras ou serviços globais com preço certo fixado, o que não é da essência dos serviços continuados. Poder-se-ia argumentar que a contratação de uma obra envolve trabalhadores que mantêm com a empreiteira relações de emprego, ocorrendo o mesmo, então, relativamente a empresas prestadoras de serviços. Todavia, no primeiro caso o objeto do contrato é a obra, e cujo contrato será de execução diferida, ainda que os contratos de trabalho mantidos com a empreiteira e seus empregados sejam de execução sucessiva. Já no segundo caso, a prestação de serviços diretamente ao órgão público é o objeto contratual, cujo objeto, ele próprio, é de trato sucessivo.

Decorre daí que, quando da vigência do Decreto-Lei 200/67 não havia possibilidade legal de licitação para a contratação com empresas prestadoras de serviços para o fornecimento de mão-de-obra dos serviços essenciais da Administração Pública, ou outros serviços não eventuais. Apenas para a licitação de empreitada ou de administração contratada, como se vê do art. 132 da norma em comento e, sem licitação, apenas a contratação de serviços profissionais de notória especialização, ou nos casos de emergência, situações últimas que raríssimo serviam de suporte às defesas apresentadas em juízo pelos órgãos da Administração Pública.

DECRETO-LEI Nº 2.300, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1.986. O Decreto-Lei nº 200-67 foi revogado pelo de nº 2.300-86, passando

este novo diploma a regular a contratação de obras, serviços e compras Seu art 5º, inciso II, especificava os serviços, quais sejam

“toda atividade realizada direta ou indiretamente, tais como demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, comunicação ou trabalhos técnicos profissionais ”

Vê-se, pela discriminação dos serviços, que não estão inseridos em tais aqueles necessários à atividade própria da Administração ou mesmo outros não eventuais Com efeito, são todos serviços por empreitada ou por administração Poder-se-ia argumentar que os serviços de conservação, manutenção e transporte são contínuos eis que abrangeriam limpeza constante e transporte de pessoas e coisas Todavia a conservação e manutenção de que trata o decreto é aquela atinente a serviços eventuais, como pintura de paredes, por exemplo, e o transporte é o específico, não o geral, tanto que o inciso VI, do mesmo artigo diz, claramente, que a execução indireta será efetuada nas seguintes modalidades

“a) empreitada por preço global quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo e total,

b) empreitada por preço unitário quando se contrata a execução da obra ou serviço, por preço certo de unidades determinadas,

c) administração contratada quando se contrata a execução da obra ou do serviço, mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração,

d) tarefa quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais ”

Conclui-se, pois, que os serviços o são por empreitada, por administração, ou ainda por tarefa para trabalhos de pequeno vulto

A corroborar as assertivas acima, é de se ver o contido no inciso VII, do mesmo artigo 5º, *verbis*

“projeto básico o conjunto de elementos que defina a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objeto da licitação, e que possibilite a estimativa de seu custo final e prazo de execução ”

Ora, em se tratando de serviços normais e contínuos da Administração Pública, não há falar em projeto básico, custo final e prazo de

execução, cujas características são próprias dos serviços por empreitada e por administração, ou ainda pequenas tarefas

Também o art 63 do mesmo diploma, *verbis*

“Executado o contrato, o seu objeto será recebido

I – em se tratando de obras ou serviços;

a)- provisoriamente, omissis

b)- definitivamente, omissis

O disposto no artigo leva a conclusão de que os contratos eram aqueles de execução imediata ou diferida, jamais aqueles de trato sucessivo em que não ha recebimento de seu objeto, provisoria ou definitivamente mas, sim, o recebimento constante da própria prestação dos serviços

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Posteriormente veio a Lei nº 8 666/93, que revogou o Decreto-Lei nº 2 300-86, cujo inciso II, do art 6º, repetia, com pequenas alterações, a disposição contida no inciso II, do art 5º, do decreto revogado Assim

‘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 tecnico profissionais ’

Aplica-se aqui, o mesmo entendimento quando da análise do art 5º, inciso II, do Decreto-Lei nº 2 300-86 ou seja, que os serviços especificados não dizem respeito aqueles necessários ao desenvolvimento normal da atividade da Administração ou mesmo outros não eventuais Com efeito, basta fazer a leitura de incisos seguintes, a chegar a tal conclusão Vejamos o inciso VIII

‘ Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, por quaisquer das seguintes modalidades

a) empreitada por preço global – quando se contrata o execução da obra ou do serviço por preço certo e total,

b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas,

c) (vetado)

d) *tarefa* – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais,

e) *empreitada integral* – quando se contrata um empreendimento omissis ,’

Também o inciso IX

“*Projeto Básico* – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, omissis ”

Além das disposições acima mencionarem, claramente, o regime de empreitada ou tarefa para pequenos trabalhos por preço certo, estabelecem o projeto básico que, como já dito alhures, não se presta a contratações de trato sucessivo mas, sim, de contratos cuja execução é diferida Corrobora mais tal assertiva quando se vê o art 7º dizer

“As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, a seguinte seqüência

I projeto básico,

II projeto executivo,

III execução das obras e serviços.”

Também o § 1º, do art 8º, e o art 11 da mesma lei levam ao mesmo entendimento, eis que tratam da divisão de parcelas e projetos padronizados, que são características do regime de empreitada

Poderia causar alguma duvida o contido no inciso II, do art 57, da lei em comento, que estabelece a prestação de serviços de forma contínua. Todavia, como a própria lei estabelece o regime de empreitada e de tarefa para pequenos trabalhos por preço certo, entende-se que o referido inciso dirige-se aos **Serviços Técnicos Profissionais Especializados**, de que trata o art 13, e que se referem a trabalhos por tempo determinado, embora de forma contínua. E o dizemos por prazo fixado, tanto pela natureza de tais serviços como tais especificados na lei, como pelo contido no § 3º, do art 57, verbis

‘ *É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado* ’

Veja-se, também, que o art. 73 repete o disposto no art. 63 do decreto revogado, no que diz respeito ao recebimento da obra ou dos serviços, valendo aqui, o mesmo raciocínio lá expendido.

Finalmente, é o próprio art. 71 invocado pela Administração Pública, para isentar-se de responsabilidade, a levar a conclusão de que os contratos a que a lei se refere são os de execução imediata ou diferida, eis que refere-se a impossibilidade de onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Vê-se, pela seqüência legislativa, que a vontade do legislador foi de regular aquelas contratações de execução imediata ou diferida, ou seja, no caso de serviços, a empreitada ou tarefa para pequenos trabalhos por preço certo, ou ainda, a consecução a prazo determinado de serviços técnicos profissionais especializados. Assim, não se ajustam aos moldes legais em comento, contratações de empresas prestadoras de serviços para o fornecimento de mão-de-obra essencial às atividades da Administração ou outra não eventual, razão porque, inaplicável a Lei nº 8.666/93 a tais contratos e não se beneficia a Administração Pública da isenção de responsabilidade prevista em seu art. 71.

Resulta que, em casos de inadimplementos oriundos de contrato de trabalho, sejam por ação ou omissão da empresa prestadora de serviços em relação aos seus empregados, responde a Administração Pública tomadora dos serviços, ainda que de forma subsidiária pelo entendimento consubstanciado no enunciado da Súmula nº 331, do TST. E não há argumentar-se a falta de lei – ou da vontade das partes – para caracterização da responsabilidade solidária – ou subsidiária como quer o TST – posto que a Constituição Federal de 1988, quando trata da Administração Pública, em seu art. 37, § 6º diz, e claramente:

“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.”

Também há que se levar em conta que, se o agente público resolve suprir as deficiências quantitativas de pessoal do órgão da Administração que tem a seu cargo, contratando empresas prestadoras de serviços, está burlando a legislação. Aí perfeitamente aplicável o inciso III, do art. 1.521, do CCB eis que, em situação real, a Administração Pública é

comitente e a empresa contratada é **preposta**. Acrescente-se o entendimento consubstanciado na Súmula nº 341 do STF, *verbis*:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

CONCLUSÃO

1. É defeso à Administração Pública contratar nos moldes da Lei nº 8.666/93, serviços essenciais às suas atividades e outros de natureza não eventual, salvo os Técnicos Profissionais Especializados, em contrato por tempo determinado;

2. Inaplicável a Lei nº 8.666/93 às contratações que refogem ao seu âmbito de regulamentação, não se beneficia a Administração Pública da isenção de responsabilidade prevista no seu art. 71;

3. Na esteira do inciso III, do art. 1.521, do CCB e do § 6º, do art. 37, da CF-88, é responsável a Administração Pública pelos inadimplementos contratuais resultantes da relação de emprego mantida pela empresa prestadora de serviços, por ela – Administração – contratada, e seus empregados;

4. Na esteira da Súmula nº 341, do STF, é presumida a culpa da Administração Pública relativamente aos inadimplementos contratuais de trabalho da empresa prestadora de serviços contratada;

5. A responsabilidade, conforme entendimento consubstanciado no enunciado da súmula nº 331, do TST, é **subsidiária**.