



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

20527 - OBF - PGR

Reclamação 20.839-BA

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Reclamante: Infraero

Reclamado: TRT5

Reclamação. Responsabilidade subsidiária. Ente público. Culpa in eligendo e in vigilando.

O STF, ao julgar a ADC 16, afastou a responsabilidade trabalhista subsidiária objetiva dos entes públicos nos casos de inadimplemento das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas, mas reconheceu, nos casos de verificação concreta de culpa da entidade pública contratante, que se poderia cogitar de responsabilização subsidiária.

Impossibilidade de imputação da responsabilidade sem a instrução adequada da causa, que deve ser retomada: impossibilidade de construção desse nexo, quando a entidade pública nem sequer foi intimada a apresentar os documentos dos quais se inferiria sua diligência na fiscalização do contrato em causa.

Parecer pela procedência da reclamação.

1. Introdução

Está em causa reclamação contra acórdão do TRT5, que reconheceu a responsabilidade subsidiária da Infraero pelos créditos trabalhistas não adimplidos por seu prestador de serviços.

2. Do caso

O TRT5 desproveu o recurso da reclamante, por entender ter sido expressamente demonstrada a conduta culposa da entidade pública, no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/1993.

A reclamante afirma que o acórdão afrontou a decisão na ADC 16.

3. Da solução

Parece adequado dividir a exposição do desfecho do caso em diversos tópicos.

3.1 Da evolução da jurisprudência do tema

A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em debate parece desenvolver-se até aqui em três etapas.

Na primeira delas, o Tribunal declarou, no controle abstrato de leis, a validade do art. 71 da Lei 8.666/1993, que afasta a responsabilização automática da pessoa jurídica de direito público, pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas exigíveis das empresas de mão de obra que contrate¹. Na mesma oportunidade, contudo, reconheceu a

¹ADC 16, rel. Min. CESAR PELUSO: “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º,

licitude de se lhe exigir o cumprimento de tais obrigações, sempre que demonstrada sua culpa na eleição ou na fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Assim, o STF passou a admitir a responsabilização subsidiária, quando houver o “reconhecimento de situação configuradora de culpa *in vigilando*, *in eligendo* ou *in omittendo* – Dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67)”². Consequentemente, o Tribunal passou a entender que “afronta a autoridade da ADC 16 e da Súmula Vinculante 10 acórdão de órgão fracionário de Tribunal que sustenta a responsabilidade da Administração em uma presunção de culpa – i. e., que condena o ente estatal com base no simples inadimplemento da prestadora”³.

Chega-se, por fim, à terceira e atual etapa da jurisprudência. O STF agora enfrenta casos nos quais a Justiça do Trabalho afirma a existência de culpa da administração, com mais ou menos elementos de prova. Esta reclamação se insere nessa terceira onda de casos.

3.2. Da necessidade de diferenciação de dois aspectos do problema: o material e o processual

A solução do problema parece depender de que se diferenciem seus dois aspectos: o de direito material e o de direito processual. Com alguma frequência ambas as coisas têm merecido tratamento

da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

²AgR na Recl 14.947, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 1º.8.2013.

³Rcl. 16.846, rel. Min. ROBERTO BARROSO.

conglobado pelas partes, com repercussões negativas no desfecho dos litígios.

O julgado do STF na ADC 16 parece limitado ao aspecto de direito material do caso, a saber, à validade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, relativo à responsabilidade dos entes públicos pelo adimplemento de verbas trabalhistas de contratos de trabalho mantidos entre os prestadores de serviço com terceiros e o Estado. O Tribunal declarou a validade dessa regra de direito material, com sentido muito próprio⁴. A ementa do julgado é explícita no sentido de ali se tratar da “responsabilidade contratual” do poder público, afastada pela regra legal mencionada. Daí a conclusão pela “impossibilidade jurídica” da “transferência consequente e automática dos [...] encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração”. Ainda no plano do direito material, o STF entendeu que a culpa administrativa, por ação ou omissão, na eleição e na vigilância do contratado pode ter como consequência a imputação, ao Estado, dos ônus de sua conduta ilícita.

Paralelamente a isso deve ser considerado o plano do direito processual. Nesse sentido, a intervenção do em. Min. Gilmar Mendes no debate: “até pode ocorrer – Ministra Cármen já ressaltou –, num quadro [...] de culpa *in vigilando*, patente flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada, porque não tomou as cautelas de estilo.

⁴ A limitação temática desse assunto de direito material fica muito clara, na intervenção da em. Ministra Cármen Lúcia no debate verbal, ao notar: “a responsabilidade contratual da Administração Pública é uma coisa; a responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é esta e decorre do dano, é outra coisa. O Estado responde por atos lícitos, que são aqueles de contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então, são duas realidades. O § 6º do art. 37 da Constituição só trata da responsabilidade administrativa extracontratual”.

[...]. Mas não é o caso da rotina dos acórdãos do TST que nós temos visto”⁵.

O plano do direito processual envolve o problema da prova, desdobrado em duas questões. Dada a impossibilidade de instrução da reclamação ou de que ela seja empregada como recurso ordinário, deve-se saber, em primeiro lugar, o que se pode considerar como fundamento apto de decisões judiciais capaz de demonstrar a culpa administrativa. De outro lado, cumpre ver como se distribuiu o ônus da prova no julgado sujeito à reclamação, à vista, sobretudo, do princípio da oficialidade que rege os atos públicos e a comum hipossuficiência dos humildes prestadores de serviços, diante da onipotente máquina estatal de controle de contratos.

3.3 Da conjugação de ambos os aspectos na premissa maior para resolução do caso

A conjugação dos aspectos de direito material e de direito processual mencionados parece levar a algumas conclusões, que servem, por sua vez, de premissas maiores do silogismo conducente à solução dessa reclamação.

Do ponto de vista do direito material é certo que o mero inadimplemento de obrigações pelo empregador vinculado contratualmente à administração não basta para se caracterizar a responsabilidade do poder público pelo pagamento de verbas trabalhistas. Esse é o cerne da ADC 16. O acórdão que faça tal vinculação atenta contra a decisão proferida pelo STF no controle abstrato de constitucionalidade.

Já da perspectiva do direito processual, é preciso graduar o que se haverá de entender como prova suficiente da culpa. Aqui reside a mai-

⁵ ADC 16.

or dificuldade dessa série de casos, pela impossibilidade ou dificuldade extrema da generalização do que se pode entender como fundamento probatório apto a firmar a responsabilidade no acórdão reclamado. Cada caso pode ter configuração diversa. Apesar disso, devem ser considerados alguns pontos:

1. A administração pública rege-se pela regra da oficialidade, hoje constante do art. 22, § 1º, da Lei 9.784/1999, no plano federal, mas que encontra par nos estados e nos municípios, em similares regras gerais ou particulares de cada domínio administrativo, como o da licitação. Considerando-se o princípio da documentação de seus atos, é bastante simples ao poder público demonstrar os atos que afastam a culpa na eleição e fiscalização do contrato, até porque se cuida aí, sempre, de atos positivos.

2. Em contrapartida, os antagonistas do poder público nesses processos são frequentemente pessoas hipossuficientes, quer no aspecto econômico, quer no atinente à instrução formal; em geral, na combinação de ambos. Daí que a exigência da prova de fato negativo – consistente na omissão do poder público na eleição e na fiscalização dos atos estatais relativos ao contrato – há de considerar tais aspectos. Seria ilusória ou mesmo materialmente impossível exigir-se, de modestos empregados de empresas terceirizadas, que ponham em risco seus postos de trabalho e arrostem o temor reverencial em face das autoridades públicas, ao passarem a requerer o exame de livros e mais atos do poder público, na verificação mensal do cumprimento dos deveres das empresas contratadas. Acumulam-se aí, portanto, dificuldades de todas as índoles, que implicam a obstrução de direitos fundamentais de cunho social. É ponto pacífico que os direitos fundamentais abrangem evidentemente os aspectos positivos, isto é, da atribui-

ção de faculdades a seus titulares de exigir prestações do Estado, mas também comportam dimensão negativa, a saber, a proibição de que sejam eliminados⁶. Mas não apenas isso; o chamado *status negativo* desses direitos fundamentais abrange a “vedação de obstrução”⁷, entendida como a proibição de que determinado processo ou determinada organização seja de tal forma constituída, que torne a realização do respectivo direito fundamental impossível ou a dificulte substancialmente⁸.

Eventual obstrução de direitos fundamentais deve ser detidamente considerada, na fundamentação dos julgados trabalhistas, na medida em que o STF, na ADC 16, não afastou, de todo, a responsabilidade estatal, mas apenas disse que haveria de ser provada a culpa, da qual deriva.

3. É claro, de outro lado, que, ao Estado, deve ser dada a oportunidade de apresentar os referidos documentos, quando não imposta sua apresentação, como a parte detentora de amplas facilidades instrutórias mencionadas. A simplicidade de o Estado apresentar a prova de que não agiu com culpa não exime o juízo trabalhista de lhe facultar ou mesmo determinar a exibição dos documentos. Passar imediatamente da não apresentação voluntária, sem a estimulação probatória judicial, para a presunção de culpa é intento vedado já pelo efeito vinculatório da decisão na ADC 16.

⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 1. Aufl., Suhrkamp, 1994, p. 435.

⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: CF Müller, 2006, Band 2., p. 993-1029 (p. 1002, n° 22, e p. 1008, n° 39).

⁸ *Idem*, p. 1002, n° 22.

4. Para encerrar o rol de aspectos processuais do caso, embora talvez seja aquele que, na prática, antecederá os demais, a reclamação exige do interessado na cassação do ato judicial a prova de seus pressupostos. Isso significa, nessa espécie de caso, em fazer ver que a sentença desconsiderou todos os dados anteriormente declinados, para impor a responsabilidade automática do poder público, em função apenas do descumprimento, pela empresa privada contratada, de seus deveres trabalhistas.

Esse dado parece importante, pois o STF já asseverou o “caráter soberano do pronunciamento das instâncias ordinárias sobre matéria fático-probatória” e a “consequente inadequação da via processual da reclamação para exame da ocorrência, ou não, do elemento subjetivo pertinente à responsabilidade civil da empresa ou da entidade pública tomadora do serviço terceirizado”⁹.

3.4. Da aplicação das premissas anteriores ao caso

A estrutura do raciocínio desenvolvido no acórdão reclamado parece espelhar as considerações dos itens 1 e 3 do tópico antecedente, isto é, o aresto reclamado partiu de pressuposto oposto ao assentado pelo STF na ADC 16.

A decisão de primeiro grau, endossada pelo segundo, limitou-se a examinar o problema da contratação de serviços em termos de suposta compatibilidade da decisão na ADC 16 com a Súmula 331 do TST. Além de passagem do aresto do STF ter sublinhado a discrepância entre ambos os entendimentos, fato é que as instâncias trabalhistas,

⁹ Rcl 17.618 AgR, rel. Min. CELSO DE MELLO.

com alguma elaboração, terminaram por imputar ao poder público a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações privadas, em raciocínio desvinculado do exame concreto do caso.

Apesar das afirmações em contrário, a decisão trabalhista terminou por impor responsabilidade automática do Estado. A se admitir o raciocínio do julgado, sempre que contrata terceiros para certas atividades, o Estado passa a responder nas hipótese de inadimplemento de obrigações pelo empregador. Precisamente isso foi afastado na ADC 16.

Aceita a premissa da validade da falta de responsabilidade, *prima facie*, da entidade pública, o ônus da prova de que agiu com culpa recai sobre o autor. Dada a dificuldade da realização dessa prova, pelos motivos acima indicados, nada impede que o juízo exija do réu público que apresente documentos e produza, até de ofício, mais meios de prova para a decisão do litígio. Não parece, entretanto, compatível com a declaração de constitucionalidade referida que o juízo nada exija do réu e lhe impute a responsabilidade, em decorrência de seu silêncio. Como ele não tinha o ônus da prova, o TRT só poderia chegar à conclusão que defendeu, caso tivesse facultado, de modo específico ao réu, a prova mencionada. Alternativamente, se a tivesse dele requisitado. Não há registro disso.

Logo, a decisão em pauta parece atentar contra a diretiva fixada na ADC 16.

4. Conclusão

O Ministério Público Federal opina pela procedência da reclamação, para se anular processo e se retornar a demanda ao primeiro grau, de modo que lá se realize a instrução, nos termos acima indicados.

Brasília, 6 de outubro de 2015.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República