

A responsabilidade da União nas terceirizações

*Alfredo Crossetti Simon**

A Administração Pública é eminentemente uma prestadora de serviço, onde elemento humano é fundamental para seus fins. O ideal seria que todas as funções no interior da administração fossem preenchidas por funcionários públicos concursados, sem terceirizações.

Ocorre que, desde a edição da Lei Camata e da Lei de Responsabilidade Fiscal, houve a fixação de limites para os gastos com pessoal. O Estado prestador de serviço se viu na contingência de contratar por empresa interposta. Assim, a terceirização passou a ser uma necessidade e não mais uma opção.

Uma vez contratando uma empresa interposta, esta contratação se dá por meio de processo licitatório, o qual se pauta pelo princípio da concorrência, da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da proibição administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Com isso, vemos que inexistente culpa in eligendo pelo licitador tomador de serviços, pois a seleção da proposta mais vantajosa é pilar da licitação.

Colocado isto e diante do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, em 24.11.2010, temos que é descabida responsabilidade subsidiária derivada de um contrato administrativo, pela aplicação do Art 71, § 1º da Lei 8666/93.

Tornou-se, pois, inaplicável a Sumula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, já que esta não prevalece sobre o disposto nos artigos 70, 71, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93.

Por outro lado, a despeito de existir na Lei 8666/93 a capacidade do contratante em fiscalizar a execução do contrato (Art. 67), essa fiscalização não diz respeito ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora, mas somente ao objeto do contrato, ou seja, é uma fiscalização que visa verificar se foi efetiva a prestação do serviço contratado pela empresa responsável pela execução.

Com isso é descabida a atribuição de responsabilidade por culpa in vigilando, ante a impossibilidade legal do Estado Federado em auditar a contabilidade da empresa para verificar o pagamento de obrigações trabalhistas, pois esta não é uma atribuição sua e ele está adstrito ao princípio da legalidade.

Em verdade, a competência para a fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas é da União, nos termos do artigo 21, inciso XXIV, da Constituição da República, combinado com o artigo 626 da CLT (Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho).

Ocorre que a simples exclusão do tomador público, onde a empresa prestadora já não existe

mais, causaria um desamparo ao trabalhador, ante a impossibilidade de garantir o direito declarado.

Para evitar esse desamparo e tendo em conta que o tomador público não pode ser responsabilizado por culpa in elegendo e in vigilando, é perfeitamente cabível da responsabilidade da União por omissão de fiscalização.

Aliás, é fato público e notório a recorrência do descumprimento de obrigações trabalhistas por empresas do ramo de serviços de limpeza, vigilância e conservação.

Ao par disto, a União dispõe de cadastros sobre emprego e desemprego (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados-CAGED) e relatórios sociais sobre o emprego por setor econômico (Relação Anual de Informações Sociais – RAIS), as quais têm por objetivo o suprimento às necessidades de controle da atividade trabalhista no País, o provimento de dados para a elaboração de estatísticas do trabalho e a disponibilização de informações do mercado de trabalho às entidades governamentais.

Assim, seria possível a União realizar uma fiscalização eficiente, através da fiscalização do trabalho do Ministério do Trabalho, mas não o faz.

Diante disto, resta evidente a sua responsabilidade subjetiva por omissão, bastando para a sua configuração, a prova dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso e a culpa.

No caso de empresas prestadoras de serviço, se a União a não juntar prova de fiscalização da empresa pelo Ministério do Trabalho, está configurada a omissão por negligência de cumprimento do seu poder-dever.

Assim, ante a impossibilidade de responsabilizar-se o tomador público de serviço, que não seja a União, e visando não desamparar o trabalhador; deve-se evoluir para que seja responsabilizada a União por descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas.

*Procurador do Estado do RS