

A SÚMULA 331 DO C. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93

*Antero Arantes Martins*²²

1. Introdução.

O objetivo do presente trabalho é analisar, de forma inicial e incipiente, os efeitos do julgamento da ADC 16 pelo E. Supremo Tribunal Federal (que declarou ser constitucional o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93) sobre o entendimento consubstanciado na Súmula 331, IV do C. Tribunal Superior do Trabalho, no que tange à responsabilidade subsidiária da administração pública na terceirização.

2. Da responsabilidade da tomadora de serviços (Geral).

A responsabilidade por prática de ato de terceiros não é criação da doutrina ou jurisprudência trabalhista. Estava de há muito desenvolvida no Direito Civil e foi exaustivamente estudada e debatida pela Filosofia do Direito.

No caso brasileiro, vinha expressamente prevista no art. 1.521 do Código Civil pátrio de 1916, dispositivo quase que integralmente repetido no art. 932 do atual Código Civil.

Com base neste e outros dispositivos legais, a doutrina civilista desenvolveu o conceito de culpa por ato de terceiro, quer na escolha deste terceiro (*in eligendo*), quer na ausência de cautela quanto à observância deste terceiro escolhido na execução do contrato ou tarefa para qual foi contratado (*in vigilando*).

A legislação trabalhista também conta com previsão expressa para a responsabilidade de ato praticado por terceiro quando trata da transferência da contratação de mão-de-obra, como se vê no caso de subempreitada (art. 455, CLT) e trabalho temporário (Lei 6.019/74).

Portanto, não se pode dizer que a responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331, IV, do C. TST seja criação jurisprudencial. É, antes, aplicação do direito positivo pátrio à hipótese em concreto que, não sendo regida por norma jurídica estatal, estava a merecer pacificação de interpretação pelo Poder Judiciário trabalhista.

3. Da responsabilidade subsidiária da administração pública na terceirização.

Em sua redação original a Súmula 331, IV, do C. Tribunal Superior do Trabalho assim dispunha:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Não fazia, pois, qualquer referência à administração pública direta ou indireta.

²² Juiz do Trabalho titular da 13ª Vara do Trabalho da Capital, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP e professor da Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

A ausência desta referência gerou dissonância na jurisprudência quanto à aplicabilidade de tal responsabilidade à administração pública, em face do que estabelece o art. 71 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos 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 e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Apenas com o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência Processo: IUJ-RR NÚMERO: 297751 ANO: 1996 é que o C. Tribunal Superior do Trabalho fixou a atual redação do inciso IV da Súmula 331 que assim dispõe:

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 (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).
(sem grifos no original).

A parte grifada é que foi acrescida à redação original em face ao referido julgamento.

4. Da terceirização na administração pública.

A administração pública é, por regra, regida por princípios e normas jurídicas próprias que afastam, de uma certa maneira, os conceitos estabelecidos na Súmula 331 para a atividade privada.

Isto porque não tem atividade “fim” ou atividade “meio” para que se pudesse verificar a necessidade e/ou legalidade do movimento de terceirização.

O que se tem, no âmbito administrativo, é a consecução de atividades típicas do Estado (Segurança Pública, Saúde, Educação etc.) e outras atividades exercidas pelo Estado, ainda que não fossem essenciais e necessariamente estatais (geração e distribuição de energia elétrica, telefonia, atividades bancárias etc.).

Ademais, o ingresso nos quadros da administração pública deve ser feito mediante concurso público (art. 37, II, CF), tratando-se de importante conquista histórica da sociedade brasileira a fim de prestigiar os princípios da moralidade e impessoalidade na administração pública.

Sendo assim, ainda que irregular a terceirização perpetrada pela administração pública, impossível seria a formação do vínculo de emprego diretamente com a tomadora (Súmula 331, II, C. TST) como se daria com o particular (idem, inciso I).

Não obstante as empresas públicas e sociedades de economia mista desenvolvam atividades tipicamente empresariais e, portanto, fosse possível avaliar se a terceirização ocorreu em atividade meio ou atividade fim, é igualmente fato que o ingresso nes-

tas empresas também deve dar-se por concurso público, de sorte que é impossível a formação do vínculo de emprego diretamente com a tomadora nestes casos, pelas razões já expostas acima.

5. Da declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 pelo E. Supremo Tribunal Federal e a aplicação da Súmula 331, IV do C. Tribunal Superior do Trabalho.

É bem verdade que ainda não foi publicada oficialmente a V. Decisão do E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) que julgou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Entretanto, as notícias divulgadas no sítio eletrônico da Suprema Corte indicam que tal resultado não inibirá a Justiça do Trabalho de decretar a responsabilidade da administração pública no caso concreto.

Vale destaque o seguinte trecho da notícia divulgada:

Segundo o presidente do STF, isso “*não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa*”. “*O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público*”, observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União.

De início é de se frisar que a leitura atenta do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência Processo: IUJ-RR NÚMERO: 297751 ANO: 1996 que deu origem à nova redação da Súmula 331, IV, do C. Tribunal Superior do Trabalho não se verifica, em nenhum momento, a declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

O que ali se vê é a interpretação do referido dispositivo legal à luz dos princípios e dispositivos constitucionais de responsabilidade da administração pública e, sistematicamente, com outros dispositivos infraconstitucionais que regem a matéria.

É de ser destacado o seguinte trecho daquele julgamento:

Evidenciado, no entanto, que o descumprimento das obrigações, por parte do contratado, decorreu igualmente de seu comportamento omissivo ou irregular em não fiscalizá-lo, em típica culpa *in vigilando*, inaceitável que não possa pelo menos responder subsidiariamente pelas consequências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro, no caso, o empregado.

[...] o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV, da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.883/94, ao dispor que “*prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei*”, providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo.

O que se vê, portanto, é que a interpretação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 foi feita em consonância com outros dispositivos infraconstitucionais e, inclusive, dispositivos da mesma Lei (art. 29, IV) para se extrair que a licitação pública não exclui a culpa *in vigilando* da administração pública quando da terceirização de serviços.

Ao revés! Tal obrigação vem capitulada no art. 67 da mesma Lei, que assim dispõe:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.
(sem grifos no original).

E, só por aí já se poderia encerrar a discussão, posto que a contratação pela via da licitação pública pode, quando muito, eliminar a culpa *in eligendo*, mas não afasta a culpa *in vigilando*, o que já autoriza a condenação pela responsabilidade subsidiária.

Entretanto, mesmo a culpa *in eligendo* pode não estar eliminada pela simples adoção da contratação pela via licitatória. É possível que esteja presente também tal culpa em várias situações, das quais vale destacar:

a) Terceirização descabida: Ocorre quando a administração pública terceiriza contratação de mão-de-obra em atividade não autorizada por Lei. É de se lembrar que, ao contrário das relações privadas onde se pode fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública somente é possível fazer o que a lei autoriza.

É dever da administração pública seguir o comando constitucional capitulado no art. 37, II, da Carta Magna e abrir concurso público para preenchimento de cargos efetivos necessários à realização de sua atividade, não sendo-lhe lícito, até pelos princípios da moralidade e impessoalidade, promover a terceirização para estes cargos.

Assim, o próprio procedimento de terceirizar tais atividades já implica responsabilidade da administração pública.

b) Adoção do modelo inadequado de terceirização: A Lei de licitações públicas estabelece diversos modos de procedimento licitatório (art. 22) em face às características de cada ato. A utilização do modelo inadequado de certame também acarreta em responsabilidade da administração pela prática da empresa fornecedora de mão-de-obra escolhida em virtude deste vício.

c) Desatenção à exigência para habilitação do candidato à licitação de que trata o art. 27, III, da referida Lei, relativa à "qualificação econômico-financeira" do mesmo.

A participar de licitação junto ao poder público devem estar apenas aquelas empresas que possuem qualificação econômico-financeira, ou seja, capacidade econômica para solver suas dívidas, notadamente aquelas de natureza trabalhista que emergem da própria execução do contrato.

Por consequência, a constatação no caso concreto de falta de qualificação econômica da empresa fornecedora de mão-de-obra revela insuperável falha no procedimento licitatório e, por conseguinte, culpa *in eligendo* da administração pública que não atentou para o disposto na lei respectiva.

Estes são apenas alguns, de muitos pontos que merecem destaque e que podem revelar, também, a culpa *in eligendo* da administração pública, mesmo quando contrata pelo procedimento licitatório.

6. Conclusão.

São duas as principais consequências relativas à declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93:

a) É impossível à Justiça do Trabalho decretar a responsabilidade da administração pública no caso de terceirização sob o fundamento de que o art. 71, § 1º, é inconstitucional, eis que a declaração de constitucionalidade proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Constitucionalidade tem efeito *erga omnes*;

b) É inviável fixar a responsabilidade da administração pública pela simples aplicação do verbete sumular (art. 331, IV, C. TST), exigindo-se, antes, que se venha a perquirir, em cada caso concreto a efetiva responsabilidade da administração pública quanto à exigência da culpa *in eligendo* e *in vigilando* no ato de terceirizar a mão-de-obra contratada, fundamentando tal culpa de acordo com "os fatos de cada causa".
