

DOCTRINA

A SÚMULA 331 DO TST E O ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93

Luiz Edgar Ferraz de Oliveira¹⁴

1. Recentemente o Pleno do STF discutiu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em resposta a uma ação direta de constitucionalidade intentada pelo governo do Distrito Federal. Objetivava o governo distrital a declaração de que, por força da lei escrita, em vigor, não estava a Administração Pública sujeita aos efeitos do inciso IV da Súmula 331, do TST. A discussão foi acirrada, com opiniões divergentes, mas prevaleceu a opinião de que o dispositivo é constitucional. O Ministro Presidente, Cezar Peluzo, relator da matéria, havia sugerido o arquivamento da ADC nº 16, argumentando que o TST não havia declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71, daí por que não era oportuno ao Tribunal julgar aquela ação. A Ministra Carmem Lúcia, porém, ponderou que o inciso IV da Súmula do TST dera origem a diversas ações e reclamações naquela Corte, o que, a seu ver, justificava o pronunciamento do Pleno sobre a matéria, tese que prevaleceu.

2. Face ao elevado teor do debate, envolvendo os maiores pensadores do mundo jurídico nacional, era de se imaginar que a decisão do STF, diante da imperatividade do art. 102, § 3º, da CF, traria a solução definitiva à jurisprudência trabalhista sobre a aplicabilidade ou não do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 aos órgãos da Administração Pública. Mas não foi o que se viu. O próprio Presidente do STF deixou a porta entreaberta para permitir aos juízes e tribunais formularem novas teses jurídicas, ao afirmar que a decisão do STF não impedirá que o TST reconheça a responsabilidade com base em fatos da causa. Esta afirmação revela que a decisão judicial foi influenciada por um componente político e abriu oportunidade para uma nova corrente jurisprudencial baseada no requisito da culpa “caso a caso”. Ou seja, conforme o caso (e o caso normalmente envolve prova, matéria à qual o TST foge como o Diabo da cruz), estão livres os juízes e tribunais para declararem a responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Pública, com a simples afirmação de que “no caso *sub judice*” a administração agiu com culpa *in vigilando* (o Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, do TRT da 15ª Região, afirma, com razão, que a culpa *in eligendo* não pode ser invocada, pois o contrato administrativo nasce de uma licitação e não da livre escolha da Administração). Essa nova corrente jurisprudencial, que com certeza irá surgir filiada à opinião do próprio STF, será o “Cavalo de Troia” da jurisprudência trabalhista. A menos que o TST reveja seus conceitos sobre a matéria de prova ou regule a matéria na Súmula 331 com uma redação impecável, serão irrecuráveis todas as decisões tomadas pelos juízes e pelos tribunais, com base na “prova dos autos” ou “nos fatos da causa”, para declarar a culpa *in vigilando* da Administração Pública, piorando extremamente a situação processual dos órgãos públicos.

3. Para se entender o aparente conflito entre a Súmula 331, IV, do TST, e a Constituição Federal, é necessária uma resenha histórica a respeito do referido inciso IV, que se limitava a responsabilizar subsidiariamente as empresas privadas nas lides traba-

¹⁴ Juiz do TRT da 2ª Região

Ihistas. A Administração Pública era imune à responsabilidade civil, até que o Ministro Moura França suscitou incidente de uniformização de jurisprudência perante a 4ª Turma do TST, objetivando aplicar o inciso IV também aos órgãos da Administração Pública (esse incidente pode ser lido da Resolução nº 96/2000 do Pleno do TST). Naquela oportunidade a Comissão de Jurisprudência do Tribunal emitiu parecer sugerindo duas alternativas de redação ao inciso IV da Súmula 331, a saber:

1ª Alternativa:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

2ª Alternativa:

IV - Exceto quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

4. Posta a matéria em votação no plenário, apesar do parecer contrário do Ministério Público, saiu vencedora a primeira alternativa, que é, a rigor, a mesma redação atual, com alguns retoques redacionais:

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).

5. Como se vê da leitura das duas propostas apresentadas pela Comissão de Jurisprudência, havia no TST duas correntes em silencioso conflito, tanto assim que a segunda alternativa expressava justamente a intenção de excluir os órgãos da Administração Pública da responsabilidade trabalhista, por causa da vedação expressa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93:

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.

6. A ementa do julgamento tomado pelo Pleno do TST expressa bem a opinião majoritária daquela Corte sobre o tema (PROCESSO: IUJ-RR NÚMERO: 297751

ANO: 1996 PUBLICAÇÃO: DJ - 20/10/2000):¹⁵

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

7. Obviamente, a decisão do STF tinha mesmo de gerar polêmica, pois o seu fundo político não conseguiu desbotar a mensagem social da súmula do TST, que tem por pano de fundo a dignidade dos trabalhadores e o princípio da igualdade deles perante as leis sociais e previdenciárias. De fato, é incompreensível por que os trabalhadores que prestam serviço aos órgãos públicos ficam ao desamparo da lei, enquanto outros que prestam serviço em empresas privadas têm a proteção subsidiária do tomador do serviço como garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários (curiosamente, o § 2º do art. 71 da Lei 8.666 **responsabiliza solidariamente** os órgãos da Administração Pública pelas dívidas previdenciárias do contratado, e disso ninguém se queixa).

8. A questão da responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Pública está a merecer um tratamento mais rigoroso do legislador (por exemplo, transferindo a responsabilidade também ao administrador responsável pela falta de fiscalização, como forma de ressarcimento dos cofres públicos), pois o conflito judiciário já foi instalado com a decisão do STF. Dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição Federal:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra

¹⁵ A ementa já está conforme a nova ortografia oficial.

todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

9. Eis aí a consequência imediata da decisão do STF. Se todos os Tribunais e Juízes têm por dever (primário) cumprir as leis (CPC, Art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”), como poderão os Tribunais e Juízes dizerem *não* à decisão do STF? Obviamente, novas reclamações serão dirigidas ao Supremo Tribunal toda vez que um tribunal ou juiz declarar a responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Pública. Esta situação faz lembrar o mito de Sísifo, o mortal que tentou enganar Hades, o deus da Morte. Como castigo, diariamente era obrigado a empurrar uma enorme pedra até o topo de uma montanha, de onde a pedra rolava ao ponto inicial e ele era obrigado a descer e a começar tudo de novo. As reclamações que vão rolar serão a pedra de Sísifo para o STF.

10. Vale lembrar também uma outra consequência lógica da decisão do STF. Dispõe o art. 1º e parágrafo único da Lei 8.666/93:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. *Subordinam-se ao regime desta Lei*, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, *as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

11. Ora, se o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, é constitucional, como parece óbvio, já que ninguém lhe declarou a inconstitucionalidade, *ipso facto* constitucional também é o art. 1º, parágrafo único, que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista naquela proteção de irresponsabilidade perante os créditos trabalhistas. Aí, o intérprete mais astuto irá desafiar o argumento levantando outro, muito forte, de que a própria Constituição Federal direcionou as empresas públicas e as sociedades de economia mista para outro recanto do Direito, equiparando-as às empresas privadas no art. 173, § 1º, II:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

12. Não será fácil a missão dos Tribunais e dos Juízes de adequar as posições dos Tribunais Superiores às necessidades sociais do processo. Talvez o mais lógico seja mesmo a criação de uma nova jurisprudência, enraizada em fundamentos sociais de justiça, até que o legislador e os Tribunais Superiores adotem uma solução conciliadora. Na faixa mais baixa do Judiciário, onde a jurisprudência começa, talvez seja mesmo conveniente envolver a questão sob o manto da matéria fática, da culpa *in vigilando*, para que a justiça seja feita de forma adequada. Se isso efetivamente ocorrer, a decisão do STF será uma vitória de Pirro¹⁶ para a Administração Pública.

¹⁶ Pirro, general macedônio, ao vencer os romanos na batalha de Ásculo (IT), perdeu quase todo o seu exército e foi obrigado a retirar-se, apesar da vitória.