

O ENUNCIADO 331, ITEM IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO FRENTE À LEI N° 8.666/93

William de Almeida Brito Júnior¹

Este breve estudo tem como fim analisar o teor do item IV do Enunciado n° 331 do Tribunal Superior do Trabalho em face da Lei de Licitações e Contratos (Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993).

Antes de darmos início é imperioso esclarecer que existe um grande embate doutrinário acerca da aplicação do novel item IV do Enunciado 331/TST, havendo abalizadas opiniões em ambos os sentidos. A primeira corrente defende a tese de que o mencionado item do enunciado é plenamente aplicável, ao passo que a outra entende que tal item não deve ser aplicado em detrimento da legislação que versa sobre licitações e contratos celebrados no âmbito da administração pública.

Para fins didáticos e para melhor visualização do tema entendemos de bom alvitre transcrever o retromencionado item IV do Enunciado 331/TST que foi alterado pela Resolução n° 96/2000 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

“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 n° 8.666, de 21.06.1993).”

Cumprido ressaltar que a redação anterior deste item não fazia qualquer referência aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações e sociedades de economia mista, senão vejamos o teor da antiga redação.

A primeira corrente doutrinária é mais favorável aos interesses do trabalhador em detrimento dos interesses do Estado, sendo que os defensores desta tese pugnam pela aplicação irrestrita do Enunciado 331/TST em detrimento da Lei n° 8.666/93.

Defendendo este posicionamento podemos citar as palavras de Francisco Antônio de Oliveira:

“O inciso IV do Enunciado foi revisto, acrescentando-se, didaticamente: “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”. (...) Com a modificação, a mais alta Corte Trabalhista coloca as coisas em seus devidos lugares e passa a responsabilizar o Poder Público. Modificação oportuníssima.”²

Perfilhando o mesmo entendimento, eis as ponderações de Maurício Godinho Delgado:

“Ora, o Enunciado 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio da isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações – por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem justralhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica – proposta construída após largo debate jurisprudencial – regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988... Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeitos.”³

Apesar das respeitadas opiniões dos renomados juristas acima citados, dentre outros, há uma segunda corrente, a qual nos filiamos, que defende a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93 e a não subsistência do item IV do Enunciado 331, por ser este o melhor posicionamento que se coaduna com os interesses públicos.

1. Procurador do Estado de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

2. Comentários aos enunciados do TST. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 879.

3. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 455.

O teor da nova redação conferida ao item IV é totalmente absurdo e viola frontalmente a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), em seu artigo 71, parágrafo primeiro, conforme se demonstrará a seguir.

O mencionado artigo 71, em seu parágrafo primeiro, dispõe, de forma cristalina, o seguinte:

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

§ 1º - **A inadimplência do contrato 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.**” (grifo nosso)

Assim, uma vez inadimplidos os encargos trabalhistas por parte da empresa contratada pela administração pública, tais débitos não poderão ser imputados a esta, mas sim ao próprio prestador de serviços, que é o real empregador. A redação do artigo é clara e objetiva, não dando ensejo a interpretações contrárias.

Aliás, esta é a opinião esposada por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

“O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71). A inadimplência do contratado 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 (art. 71, § 1º).⁴”

Comungando deste mesmo entendimento, temos as lições de Carlos Pinto Coelho Motta, senão vejamos:

“Incumbe ao contratado o pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, isentando a Administração Pública desse ônus também no caso de inadimplência do contratado.⁵”

E, por fim, o mesmo autor arremata o seguinte:

“Por via de conseqüência, não se autoriza ao contratado criar, durante a execução contratual, obrigação trabalhista para o contratante; e tampouco descumprir itens como capacidade financeira – que poderia ser afetada por sucessivos passivos trabalhistas.⁶”

Discorrendo sobre o tema em testilha, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios Leonardo Jubé de Moura preleciona que a administração pública não responde pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada, tendo em vista não existir qualquer relação jurídica estabelecida entre o Estado e o empregado daquela, senão vejamos sua opinião:

“Com efeito, o E. TST – reconhecendo a inexistência de vínculo empregatício – fixa a responsabilidade do ente público na órbita civil/administrativa, cogitando de responsabilidade objetiva do Estado e/ou de culpa *in vigilando e in eligendo*. Ora, não há, *in casu*, relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada. Há, isto sim, contrato de prestação de serviços, entre empresa e ente público, regido por normas de Direito Administrativo e de Direito Civil – nada que diga com Direito do Trabalho.⁷”

4. Direito Administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 336.

5. Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98. 8ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 305.

6. Op. cit. p. 306.

7. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Enunciado 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 18 de novembro de 2004.

A lei só abre uma exceção no que tange aos encargos previdenciários, em que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado, nos termos da Lei nº 8212/1991 (art. 71, § 2º).

Analisando o mencionado Enunciado 331 pode-se constatar que ele diz exatamente o contrário do que está previsto no parágrafo primeiro do artigo 71, ao preceituar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços implica em responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo que este seja uma pessoa jurídica de direito público.

Permissa venia, tal entendimento jurisprudencial não pode prevalecer, visto que está em total desconformidade com a legislação que rege a matéria. Frise-se que a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa no ponto referente à responsabilidade do tomador de serviços em contratos de terceirização, sendo que a matéria encontra-se regulamentada de forma precisa pelo artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos.

Primeiramente, porque se trata de lei em sentido estrito, ou seja, em sentido formal e material, que passou pelo crivo dos Poderes Legislativo e Executivo que, todavia, não pode ser derogada por um mero entendimento jurisprudencial. Do contrário, os membros do Poder Judiciário estariam imiscuindo-se indevidamente na atividade legislativa.

Além do mais, em regra geral, a administração pública, ao contratar, já realiza o processo de licitação, de acordo com as diretrizes previstas na Lei nº 8.666/93, o que inclui a exigência de farta documentação, a fim de aferir a idoneidade da empresa contratada. Durante a fase pré-contratual o Estado utiliza de toda diligência para escolher a empresa com a qual irá celebrar o contrato. Dessarte, resta afastada qualquer alegação de culpa *in eligendo* por parte do Estado, pois o processo administrativo de licitação teve como objetivo escolher a melhor proposta e aferir a idoneidade econômica, financeira e jurídica da empresa para que seja celebrado o contrato de prestação de serviços com a administração pública.

Sobre a finalidade do procedimento licitatório, trazemos as precisas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*:

“Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.”⁸

Assim, a administração pública ao terceirizar serviços mediante prévia licitação já demonstra o interesse em escolher o melhor contratado e empreende todos os esforços para que seja escolhida uma empresa economicamente idônea.

A terceirização da prestação de serviços, como o de vigilância e limpeza, é plenamente lícita e utilizada comumente pelos entes da administração pública, conforme podemos visualizar na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

“Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia. Na atual Constituição, o inciso XXI do art. 37 dá o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta.”⁹

8. Op. cit. p. 355.

9. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 168

Se por ventura a empresa prestadora de serviços contratada pelo Estado para realização de serviços de limpeza ou vigilância não cumprir suas obrigações trabalhistas cabe ao empregado ingressar com reclamação trabalhista somente em desfavor da empresa e não em face da administração pública, pois esta não responde pelos encargos trabalhistas oriundos do contrato de prestação de serviços.

E, se por acaso a empresa não tiver patrimônio para honrar as suas dívidas trabalhistas, o reclamante deve requerer a desconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir o patrimônio dos sócios da empresa. O inadimplemento das obrigações trabalhistas implica em fraude à lei, o que autoriza a aludida desconsideração da pessoa jurídica.

No tocante à culpa *in vigilando* por parte do Estado, tem-se que este argumento não procede, pelo fato de que é totalmente inviável que o Estado fiscalize a atividade de todas as empresas com as quais celebra contratos de prestação de serviços. Cabe ao Estado somente o ônus de tomar todas as precauções para escolher as empresas com as quais irá contratar, através do procedimento licitatório, sendo que o inadimplemento por conta dessas empresas não pode ser imputado àquele.

O Estado não tem meios de evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, podendo apenas aplicar sanções ao contratado, uma vez verificado o desrespeito às mesmas.

E repita-se, verificado o inadimplemento, a única medida a ser adotada pelo Estado é aplicar-lhe as sanções da Lei nº 8.666/93, como a rescisão unilateral do contrato.

Seguindo este norte, eis o entendimento perfilhado pela Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramos:

“De outra forma, a princípio, não há que se falar em culpa *in vigilando* e/ou culpa *in eligendo*, uma vez ausente o dever de fiscalização do tomador do serviço, quanto ao cumprimento das obrigações sociais do prestador, fora das hipóteses previstas no ordenamento jurídico. (...) No tocante às verbas salariais, no entanto, não existe essa obrigação de fiscalizar. No âmbito dos ajustes firmados pela Administração Pública, a matéria é regulada pelo artigo 71 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), que dispõe ser obrigação da contratada o adimplemento das obrigações de caráter trabalhista, previdenciário, fiscal e comercial, não se admitindo o repasse à Administração das conseqüências de seu inadimplemento.¹⁰”

Conforme a explanação da douta procuradora, não existe qualquer lei que obrigue os entes da administração pública a fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviço terceirizado. Pelo contrário, existe um dispositivo legal que afasta por completo a responsabilidade do Estado-contratante perante as dívidas trabalhistas assumidas pela empresa-contratada. Assim, incabível se cogitar de culpa *in vigilando* por parte do Estado, para imputar a este a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas.

A observância incondicional do item IV do enunciado em questão implica em inviabilizar ou, no mínimo, dificultar a terceirização de prestação de serviços por parte dos entes que integram a administração pública.

Conforme dito anteriormente, a legislação consolidada não disciplina tal matéria, dada a sua especialidade. Somente a Lei de Licitações e Contratos é que trata da matéria de maneira clara e precisa.

Desse modo, torna-se imperiosa a estrita observância da legislação regente da matéria, tanto na fase pré-contratual (realização de licitação), quanto na fase posterior (execução do contrato), não havendo que se perquirir de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por parte do Estado.

10. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTr, 2001, p. 146.

Do contrário, estaremos dando prevalência a um entendimento jurisprudencial em detrimento da legislação que rege a matéria. E, conforme dito anteriormente, é inconcebível que uma mera orientação jurisprudencial tenha o condão de revogar a legislação que passou por todo o processo legislativo.

Além do mais, não se pode deixar de aplicar uma lei sob a eventual alegação de que ela é injusta. A lei deve irrestrito respeito à Constituição Federal, e se ela não for expurgada do mundo jurídico via ação direta de inconstitucionalidade, ela somente perde vigência se for revogada ou modificada por outra, conforme previsão do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in litteris*:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Deste modo, inconcebível cogitar de eventual revogação da lei pelo enunciado jurisprudencial, mesmo que a intenção seja a melhor para com os interesses do trabalhador.

Além de todo o exposto, é forçoso lembrar que a administração pública é regida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Assim, não deve prevalecer o entendimento que favoreça o interesse particular do empregado em detrimento do Poder Público como um todo, sob pena da Justiça Trabalhista causar danos indevidos ao erário e ao interesses público.

Discorrendo sobre o princípio da supremacia do interesse público, entendemos por bem transcrever as judiciosas lições do eminente Prof. Diógenes Gasparini:

“No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (Tratado, cit. v. 10, p. 39). Com efeito nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, quer o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.¹¹”

Seguindo este entendimento doutrinário a Procuradora do Estado de Goiás, Amélia Augusta Fleury Teixeira, deixou consignado taxativamente o seguinte:

“A atividade desenvolvida pela Administração Pública é inquestionável; visa alcançar o interesse público, portanto, o da coletividade. A preponderância e defesa do interesse público levaram a atribuição de prerrogativas à Administração como parte do contrato, sem sacrifício dos direitos pecuniários do particular contratado. Ao se revestir de prerrogativas especiais para a tutela destes interesses, eles se tornaram inalienáveis, a supremacia do interesse público é indisponível. Decorre daí que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções a outrem, a Administração delas não pode dispor. Ao contratar terceiros, o resultado desta contratação é de interesse coletivo. **O Contratado, deixando de cumprir suas obrigações de empregador e aplicando-se o Enunciado 331/TST, a Administração torna-se responsável pelo inadimplemento de terceiro. É o interesse privado sobrepondo ao público. Inconcebível tal situação.**¹²” (grifo nosso)

Conforme explanado em linhas derradeiras, dando-se prevalência ao Enunciado nº 331 em detrimento da Lei nº 8.666/93, estar-se-ia inviabilizando a utilização da terceirização por parte do Estado, pois ele assumiria as funções de um segurador universal dos débitos trabalhistas devidos pelas empresas com as quais celebra contrato de prestação de serviços terceirizados.

11. Direito Administrativo. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

12. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, *A alteração do Enunciado 331/TST, face ao artigo 71 da Lei nº 8.666/93*, nº 21, Centro de Estudos: Goiânia, 2002.

Uma vez celebrado o contrato de prestação de serviços, o Estado se desincumbe de suas obrigações ao pagar o valor contratado, sendo que não há qualquer relação jurídica entre o Estado (contratante) e o empregado da empresa prestadora de serviços (contratada). Deste modo é inadmissível que os empregados lesados busquem a tutela jurisdicional em desfavor do Estado, que, por fim, além de pagar pelo serviço contratado, teria que arcar com as dívidas trabalhistas de outrem.

O entendimento que mais se coaduna com o interesse público é aquele no qual a administração pública não responda por débitos trabalhistas devidos pela empresa prestadora de serviços, pois esta é que deve ser responsabilizada exclusivamente por tais dívidas.

O eventual passivo trabalhista deve ser buscado perante o real empregador e não contra o Estado. Assim, a Justiça do Trabalho, instância independente e imparcial que é, tem o dever de perceber que o patrimônio público não é remédio para todos os males, não devendo o Estado ser responsabilizado indevidamente por obrigações devidas por terceiros.

Data máxima vênia dos respeitados doutrinadores que possuem opinião em sentido contrário, entendemos que o Enunciado 331, inciso IV, não tem o condão de prevalecer sobre o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que é o instrumento normativo que regula a responsabilidade contratual dos entes da administração pública.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Enunciado 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 18 de novembro de 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98. 8ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários aos enunciados do TST. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTr, 2001.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, *A alteração do Enunciado 331/TST, face ao artigo 71 da Lei nº 8.666/93*, nº 21, Centro de Estudos: Goiânia, 2002.