

A Irresponsabilidade da Administração Pública por Encargos Trabalhistas em Face do Inadimplemento de Pessoa Contratada: Constitucionalidade do Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Adriano Figueredo Carneiro

Assessor Técnico da Assessoria Jurídica da
Polícia Militar do Ceará.
Graduado em Direito pela Universidade de
Fortaleza e em Ciências Contábeis pela
Universidade Federal do Ceará.
Especialista em Ciências Criminais pela
Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O processo licitatório é o meio pelo qual a Administração Pública, em regra, contrata pessoas para a realização de obras, serviços, compras, alienações e locações, e tem seu fundamento no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, de maneira que o contrato realizado sob o manto da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) será regido, em sua plenitude, pelas normas ali insculpidas, em face do critério da legalidade e da especialidade. A ordem jurídica licitatória e contratual excluiu a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da inadimplência do contratado, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, porém a Justiça Trabalhista, com fundamento no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, vem declarando a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, em flagrante desrespeito à lei que regula a espécie. Procura-se, neste resumido trabalho, assentar o entendimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e da não aplicação da Súmula sobredita, na parte em que enuncia a responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração pública direta e indireta, pelos encargos trabalhistas, em virtude de inadimplência da pessoa que foi contratada.

Palavras-chave: Irresponsabilidade. Administração. Pública. Encargos. Trabalhistas. Licitações. Contratos.

1. Introdução

Com o surgimento do Estado Garantista¹, isto é, aquele preocupado com a efetivação dos direitos fundamentais e essenciais do indivíduo, a Administração Pública passa a realizar atos contratuais, como ferramenta, em busca da justiça social.

A natureza jurídica das relações contratuais entre o Estado e o particular, em regra, é de direito público, haja vista o fim a ser alcançado pelas ações estatais, qual seja, o interesse público. A peculiaridade marcante do direito público é a desigualdade enfrentada pelo particular (posição inferior) perante o Estado (posição superior).

A finalidade (interesse público) de que se fala é a legal, pois o Estado, por meio da Administração Pública, somente pode fazer aquilo que a lei prevê, em obediência ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

A Constituição Federal (CF), de 1988, elenca uma gama de objetivos, programáticos ou organizativos a serem alcançados pelo Estado, objetivos, esses, a serem perseguidos pelo Poder Público por intermédio de atos realizados pela Administração Pública. Podemos citar como exemplo, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, dentre outros.

Para a concretização dessas finalidades, os interesses da coletividade

¹ O Estado Garantista é aquele que tutela as relações sociais vigentes, de maneira a ofertar, ao povo, instrumentos jurídicos para a defesa de seus direitos e, conseqüentemente, facilitando o acesso aos bens relevantes e necessários à vida, bem como, restringe suas próprias ações, no sentido de evitar arbitrariedades.

devem estar em patamar de superioridade frente aos interesses dos particulares, de modo que o Estado, quando negocia contratualmente com outra pessoa, a bem do interesse público, tem vantagens ou prerrogativas diferentes daquelas realizadas no âmbito do direito privado.

Neste resumido estudo, falaremos sobre o regime jurídico e as prerrogativas de direito público da Administração Pública, a irresponsabilidade dessa quanto aos encargos trabalhistas em face da inadimplência do contratado. Ademais, comentaremos a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, na qual o Supremo Tribunal Federal discute a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

2. O regime jurídico da administração pública

O Estado, ente abstrato, dotado de personalidade jurídica de direito público, executa seus fins legais por meio dos órgãos da Administração Pública, de modo a implementar todas as políticas públicas voltadas ao bem estar social.

Quando do surgimento da Administração Pública, obviamente a partir do nascimento do Estado, brota o regime jurídico que lhe é peculiar, ou seja, um conjunto de normas que discriminam seus direitos e obrigações, os quais nortearão as ações estatais. Tal regime jurídico é supedaneado por duas pilstras, as quais são consideradas vetores de interpretação e aplicação do Direito Administrativo, além de orientar os legisladores na confecção de projetos de lei pertinentes à Administração Pública, quais sejam, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Tendo em vista o que se quer alcançar com as ações estatais, a CF/88 elenca diversos objetivos organizativos e programáticos, de onde o Poder Público, por intermédio de seus agentes públicos pautará suas ações, de forma que, sem essas pilstras, ficaria inviável a realização de tais finalidades.

Como objetivos organizativos, isto é, aqueles que organizam a estrutura do Estado criando órgãos, pessoas e distribuindo competências com características essencialmente instrumentais, poderíamos citar a criação do Ministério Público (art. 127 da CF/88), instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, que tem como finalidade a defesa da ordem

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a própria Administração Pública (arts. 37 e seguintes da CF/88); as Comissões de Licitações (art. 6º, XVI da Lei nº 8.666/93), criadas pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes, dentre outros. Como objetivos programáticos, poderíamos citar o dever do Estado, e direito dos cidadãos, para com a saúde (art. 196 da CF/88), a educação (art. 205 da CF/88), a cultura (art. 215 da CF/88), a ciência e tecnologia (art. 218 da CF/88), o meio ambiente (art. 225 da CF/88), dentre outros.

Destarte, o Poder Público tem prerrogativas e limitações legais derivadas dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, de modo a, nas relações contratuais disciplinadas pela Lei nº 8.666/93, diferenciá-lo do particular. Tais vantagens são inexistentes nas relações contratuais entre particulares, pois, neste caso, o que importa é a manifestação de vontade pessoal, particular, do agente capaz, quando se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem que é declarada (posição de igualdade entre os sujeitos – horizontalidade). Passa ao largo, neste último caso o interesse público.

O sentido das relações contratuais entre o Estado e o particular é de cima para baixo (verticalizado), a fim de proporcionar direitos excepcionais ao Estado e limitar ou restringir direitos aos particulares, haja vista, lembrem-se, os objetivos a serem atingidos pelo Estado, primordiais à vida em sociedade.

Convém lembrar que o Estado, em nome dos seus objetivos e das prerrogativas que lhe são inerentes, não poderá atropelar os direitos e as garantias fundamentais do particular (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; a propriedade atenderá a sua função social; a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na CF/88; todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; ninguém será privado

da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; dentre outros), sob pena de o Estado e seus agentes públicos responderem por abuso de poder (esfera criminal, civil e administrativa), e restabelecer o *status quo ante* patrimonial da vítima.

Por outro lado, a indisponibilidade do interesse público está associada à ideia de que a coisa pública pertence ao povo e não ao Estado. O ente estatal não possui vontade própria, mas o povo sim; esse, por meio do processo legislativo e, conseqüentemente, da edição de normas, exterioriza a sua vontade, a sua intenção, de modo que o Estado é um simples executor de ordens.

O Poder Público não poderá dispor (poder de usar, fruir, e dispor – direito patrimonial) do interesse público, ou da coisa pública, pois somente pode fazer aquilo que a lei o autoriza. O particular, diferentemente, pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Lembre-se, por oportuno, que a Administração Pública tem como meta o bem comum. Vejamos lições do insigne administrativista Hely Lopes Meirelles:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não podendo deles se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. [...] Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Passa-se, neste momento, a relacionar algumas prerrogativas legais, com base nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que são conferidas à Administração Pública, quando das relações contratuais com o particular.

3. As prerrogativas da administração pública sob o enfoque da lei nº 8.666/93 – “cláusulas exorbitantes”

Os contratos administrativos de que trata a Lei nº 8.666/93 regulam-se por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, ou seja, nos casos em que a norma não dispuser a respeito, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, dispostos na Carta Civil de 2002.

Em regra, as relações contratuais que se realizam entre o Estado e o particular terão como norte os preceitos dispostos na Lei de Licitações e Contratos, de maneira que somente será aplicada a Lei Civil e seus princípios nos casos em que houver lacuna na Lei de regência.

Tal característica não é surpresa para os administrativistas “de plantão”, pois o Estado, para a consecução de seus fins (bem comum), terá vantagens legais em relação ao particular, em obediência ao princípio da supremacia do interesse público.

É possível constatar tais peculiaridades em diversos momentos de nosso ordenamento jurídico, como nos ramos do Direito Constitucional, do Penal, do Tributário, do próprio Processo Civil – quando regula, no art. 188 do Código de Processo Civil, o prazo para contestação e recurso da Fazenda Pública e do Ministério Público, como sendo em quádruplo, para o primeiro, e em dobro, para o segundo (prerrogativa processual) –, dentre outros.

Esse diapasão não é diferente quanto às normas que regulam o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, as quais instituem regras para as licitações e contratos da Administração Pública, a exemplo do art. 58 e seus incisos, da Lei nº 8.666/93.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Com efeito, a Administração Pública poderá modificar, unilateralmente, o contrato realizado com o particular, para melhor adequá-lo à sua finalidade, qual seja, o interesse público; rescindí-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 da Lei sobredita; fiscalizar a execução dos mesmos, conforme art. 67 da Lei de Licitações e Contratos: “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”.

Outrossim, fazendo jus ao poder disciplinar, ou seja, à faculdade de punir as infrações das pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração², o Estado poderá aplicar sanções como: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste por parte do contratado, nos termos do art. 87 da Lei nº 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, pág. 124.

- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

Essas prerrogativas são chamadas, pela doutrina administrativista, de “cláusulas exorbitantes”, pois extrapolam as disposições contratuais comuns de direito privado, de modo que confere à Administração Pública um *status* de superioridade perante o particular. Quadra lembrar que não necessitará da expressa declaração dessas cláusulas em contrato formal, dispostas uma por uma, pois sua imposição é legal, ou seja, advém da lei, sendo desnecessária sua menção por escrito.

Outro exemplo de “cláusula exorbitante” é a prerrogativa que é conferida à Administração, para, nos casos de serviços essenciais, ocuparem provisoriamente bens móveis e imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Note-se que isso é caso de intervenção imediata da Administração na execução do contrato, ocupando, temporariamente, todos os recursos materiais e humanos do contratado, com a finalidade de dar continuidade à execução do que foi avençado, em virtude do princípio da continuidade dos serviços públicos. Veja-se o art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” Observe-se, mais uma vez, que o particular não poderá exigir da Administração perdas e danos.

Mais um exemplo clássico de “cláusula exorbitante”, com base no princípio da continuidade dos serviços públicos, é a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, *exceptio non adimpleti contractus*, no caso, uma inoponibilidade relativizada, pois, até 90 (noventa) dias, a partir do atraso de pagamento devido pela Administração Pública ao particular,

este não poderá suspender o fornecimento dos serviços, ou descumprir cláusulas do contrato. Vale ressaltar que, nos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, não poderá ser oponível, por parte do particular, à exceção do contrato não cumprido, obviamente, em virtude da supremacia do interesse público, nos termos do art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
[...]

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Várias outras cláusulas exorbitantes poderão ser vistas após breve leitura da Lei nº 8666/93, a exemplo da obrigação de prestar garantia à Administração Pública, a critério da autoridade competente, na forma de caução, seguro-garantia ou fiança bancária, a fim de que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira do particular seja aprovada na fase de habilitação do procedimento licitatório, conforme dicção do art. 31, III, combinado com o art. 56, § 1º, I, II e III, da Lei de Licitações e Contratos:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:[...]

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.[...]

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes

modalidades de garantia:

- I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia;
- III - fiança bancária.

Por fim, analisa-se, sem exaurir o assunto, a cláusula legal que obriga o contratado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, nos termos do art. 65, I, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Note-se que, neste caso, a Administração Pública impõe ao contratado o acréscimo ou supressão de serviços que, anteriormente, não estavam estipulados na avença. Esclareça-se que por ato unilateral, de maneira que o particular é obrigado a aceitar, acrescentando ou suprimindo o serviço, a obra ou compras, nos percentuais legais estipulados na lei de regência.

O que se discute, neste patamar, é a imposição de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou compras, diferentemente do que foi pactuado, por ato imperativo da Administração. Entrementes, o Poder Público está providenciando o ajuste do equilíbrio econômico-financeiro do contratado,

obviamente, no caso de haver aumento do encargo, conforme art. 65, § 6º, do Estatuto Licitatório: “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro”.

A seguir, constataremos mais um exemplo de prerrogativa da Administração Pública perante o particular, em virtude da supremacia do interesse público em face do interesse particular.

4. A irresponsabilidade da administração pública quanto aos encargos trabalhistas em face da inadimplência do contratado.

O art. 71, § 1º, do Estatuto Licitatório, prevê a irresponsabilidade da Administração Pública, nos casos de inadimplência do contratado, pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. Nesse caso, o empregado, que presta serviços ao empregador – contratado pela Administração Pública –, deverá exigir deste, único responsável, o pagamento dos encargos trabalhistas, oriundos do vínculo empregatício formado.

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)

A Justiça Trabalhista, com fundamento no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, vem declarando a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, em flagrante desrespeito ao princípio da supremacia do interesse público e ao da legalidade, que norteiam todas as ações no âmbito da Administração Pública, princípios estes considerados vetores de interpretação e aplicação da lei administrativa ao caso concreto.

Consolidação das Leis do Trabalho

Art. 2º - [...]§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Súmula nº 331/TST

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). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

As decisões judiciais, no âmbito da jurisdição trabalhista, levando em consideração o princípio da hipossuficiência do empregado, declaram a não aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de forma a concluir pela responsabilidade subsidiária da Administração em alguns casos. Entende o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho que o art. 71, § 1º, do Estatuto Licitação, apenas exonerou a Administração Pública da responsabilidade principal ou primária, subsistindo, assim, a responsabilidade subsidiária.

Houve pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a interpretação do art. 71 da Lei nº 8.666/93, quando da edição da Súmula nº 331, que, ademais, não reconheceu a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, mas tão-somente definiu seu alcance, concluindo que visa a exonerar a Administração Pública da responsabilidade principal ou primária, atribuída ao contratado, mas não exclui a responsabilidade subsidiária. Assim, não se divisa violação ao art. 97 da Constituição, tampouco ofensa à Súmula Vinculante nº 10 do E. STF. Nesse sentido: STF -

Rcl 7.219/MG-MC, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, decisão monocrática publicada no DJ e divulgado em 12/2/2009. (PROCESSO N° TST-AIRR-154-14.2010.5.12.0000 - FASE ATUAL: Ag)

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública com relação aos encargos trabalhistas, oriundos da inadimplência do contratado, não está prevista na ordem jurídica administrativista. Simplesmente, a Carta Licitação e Contratual retira por completo qualquer responsabilidade da Administração Pública pelos encargos em questão. Deduz-se, disso, que os Tribunais estão atropelando os princípios que regem a “Máquina Pública”, ferindo os preceitos legais previstos na Lei de regência.

A exclusão da responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, prevista no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, é mais uma “cláusula exorbitante”, ou seja, uma prerrogativa, de maneira que impõe, imperativamente, vantagens ao Estado e restrições ao particular no que foi contratado, haja vista os fins a serem perseguidos pelas ações estatais. A responsabilidade, portanto, é do empregador (contratado) e não da Administração Pública.

Por outro lado, no que se refere aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, a Administração Pública responde solidariamente com o contratado, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme dicção do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Obviamente, de forma subsidiária. Observe-se que, neste caso, o legislador não poderia prever diferente, sob pena de afrontar dispositivo constitucional de Direito Previdenciário previsto no art. 195, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Lei nº 8.666/93

Art. 71 [...]§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do

art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Constituição Federal de 1988

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

Enfim, conclui-se que não há que se falar em responsabilidade primária, nem, tampouco, responsabilidade subsidiária da Administração, no caso do art. 71, § 1º, do Estatuto Licitatório, pois, primeiro, a Lei exclui qualquer responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais por inadimplência do contratado, sendo inapropriada a interpretação do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, de forma extensiva, de modo a definir, equivocadamente, o alcance da responsabilidade, se primária ou secundária.

Segundo, o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, é “cláusula exorbitante”, que se encontra em sintonia com o princípio da supremacia do interesse público e rege as relações contratuais da Administração Pública com o particular.

Terceiro, somente a lei poderia impor à Administração Pública a responsabilidade subsidiária de que se cuida, sob pena de flagrante desrespeito ao princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, II, da CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

5. Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 16

Em recente decisão – 24 de dezembro de 2010 –, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, por votação majoritária, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, do Estatuto Licitatório, de modo que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regulariza-

ção e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis³.

Conforme o que foi decidido pelo plenário do STF na ADC 16, somente no caso de desídia – falha ou falta de fiscalização – da Administração Pública, no âmbito de seu poder fiscalizatório, que acarrete a inadimplência dos encargos trabalhistas por parte do particular, surgirá a responsabilidade da Administração pelo pagamento dos encargos de que se trata.

6. Conclusão

Conclui-se, portanto, que o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 está em sintonia com os parâmetros constitucionais e é “cláusula exorbitante”, ou seja, prevê prerrogativa da Administração Pública perante o particular nas relações contratuais, em virtude da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, de modo que o responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais é o contratado, e não a Administração Pública.

Outrossim, a Justiça Trabalhista não poderá, com fundamento no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, declarar a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, em flagrante desrespeito ao Estatuto Licitatório, desde que as ações fiscalizatórias do Poder Público sejam diligentes e zelosas.

Não poderia ser diferente, em face do que foi decidido na ADC 16, pois as decisões do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme dicção do art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal,

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF. Novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> > . Acesso em: 30 jan. 2011.

precipualemente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 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 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)

Enfim, entende-se que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 permanece vigente, elidindo a responsabilidade da Administração Pública das obrigações elencadas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de maneira que esta é inaplicável às relações contratuais, de natureza pública, formadas entre o Estado e o particular.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17ª. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de out. de 1988. Diário Oficial [da] União. Brasília em 5 de out. de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 30 jan. 2011.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial [da] União. Brasília em 09 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 30.jan.2011.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002**. Diário Oficial [da] União. Brasília em 13 de outubro de 1941 Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1941/10406.htm>>.

planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm > . Acesso em: 30.jan.2011.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 jun. de 1993.** Diário Oficial [da] União. Brasília em 22 de jun. de 1993 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm > . Acesso em: 30.jan.2011.

_____. **Código Tributário Nacional.** Diário Oficial [da] União. Brasília em 25 de out. de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm > . Acesso em: 30.jan.2011.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Diário Oficial [da] União. Brasília em 11 de set. de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm > . Acesso em: 30.jan.2011.

JURISPRUNDÊNCIA. **Processo nº TST-AIRR-154-14.2010.5.12.0000.** dez. de 2010. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17712698/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ag-airr-1541420105120000-154-1420105120000-tst/inteiro-teor> > Acesso em: 30 jan. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 31^a. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo.** 10^a. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 24^a. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias do STF.** TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF. nov. de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> > . Acesso em: 30 jan. 2011.