

Opinião: Repercussões trabalhistas da nova Lei de Licitações

A Lei 14.133, do último dia 1º (nova Lei de Licitações), entrou em vigor na data de sua publicação e revogou os artigos 89 a 108 da Lei 8.666/93, estabelecendo que, após decorridos dois anos da sua publicação, serão revogados os artigos 8.666/93, 10.520/02 e os artigos 1º a 47-A da Lei 12.462/11.



A nova lei trata de licitações e contratos administrativos,

estabelecendo normas gerais de licitação e contratação para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos municípios, quando no desempenho de função administrativa, assim como os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Não se aplica a nova lei às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias, regidas pela Lei 13.303/16, salvo o artigo 178, que trata dos crimes em licitações e contratos administrativos.

No que tange às repercussões trabalhistas da nova lei de licitações, inicialmente merece destaque o artigo 6º, que trata das definições, ao dispor que se consideram serviços e fornecimentos contínuos os serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas (inciso XV).

A nova lei considera serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos (artigo 6º, XVI).

Portanto, há uma distinção entre os serviços de mão de obra quando os mesmos são prestados de forma contínua e com regime de dedicação exclusiva, sendo que nessa modalidade os empregados do contratado ficam à disposição nas dependências do contratante e possibilitada a fiscalização pelo contratante quanto à dinâmica da prestação de serviços, inclusive em relação a sua distribuição, controle e supervisão.

Ainda em relação às contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o artigo 50 da nova lei dispõe que o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração contratante, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao: 1) registro de ponto; 2) recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; 3) comprovante de depósito do FGTS; 4) recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; 5) recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; e 6) recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

No que tange à responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, o artigo 121, parágrafo 1º, da nova lei estabelece a regra de que somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, sendo que a inadimplência do contratado em relação aos referidos encargos não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

No artigo 121, parágrafo 2º, consta uma exceção à regra anteriormente mencionada, pois *"exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado"*.

No mesmo artigo, parágrafo 3º, a nova lei estabelece que nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra a Administração poderá tomar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, trazendo o seguinte rol exemplificativo: 1) exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; 2) condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato; 3) efetuar o depósito de valores em conta vinculada; 4) em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado; e 5) estabelecer que os valores destinados a férias, a 13º salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Dispõe ainda o artigo 121 que os valores depositados na conta vinculada são absolutamente impenhoráveis e o recolhimento das contribuições previdenciárias deverá observar a regra contida no artigo 31, da Lei 8.212/91, de que a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia.

A questão da responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento, pelo contratado, das obrigações trabalhistas sempre causou celeuma na jurisprudência, pois a despeito do artigo 71 da Lei 8.666/93 dispor que somente o contratado é responsável pelo encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, diversas são as decisões trabalhistas que condenam a Administração Pública subsidiariamente, nos casos de terceirização de mão de obra, colocando-a no mesmo nível do tomador de serviços da iniciativa privada.

Nesse sentido, vale destacar o teor do inciso V da Súmula 331 do TST:

"V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada".

Com a mudança trazida pela Lei 14.133, dispondo que nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas se comprovada falha na sua fiscalização, o entendimento jurisprudencial já pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) agora passa a constar na própria lei de licitações.

Trata-se de alteração positiva, pois a nosso ver não há razão plausível para que o artigo 71 da Lei 8.666/93 permita que a Administração Pública tenha tratamento diferenciado em relação ao tomador de serviços privado, no que tange a responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas, haja vista que a terceirização de mão de obra tem sido muito utilizada pelo poder público, exigindo maior rigor na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços.

Por fim, vale ressaltar que o artigo 169 da nova lei trata do controle das contratações, estabelecendo que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: 1) primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; 2) segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; 3) terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Entendemos ser mais uma importante inovação legislativa que atribui à Administração Pública a salutar prática de governança e de gestão de riscos e de controle preventivo nas contratações, inclusive mediante o uso de recursos tecnológicos de informação, regra que esperamos seja cumprida rigorosamente sendo interesse não somente da Administração Pública, mas também de toda a sociedade.

Date Created

13/04/2021