

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS ENCARGOS TRABALHISTAS

Suelem Calazans Paracampos¹

A recém sancionada Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021 – trouxe muitas mudanças na seara do Direito Administrativo como o diálogo competitivo, uma nova modalidade de licitação, mas trouxe também reflexos em outros ramos do Direito, como por exemplo, a responsabilidade da Administração Pública frente aos encargos trabalhistas.

Este artigo visa à análise do novo tratamento que a Lei de Licitações deu à responsabilidade da Administração Pública nos encargos trabalhistas baseada numa comparação com a antiga Lei nº 8.666/1993.

A seguir, um exemplo apenas para entendermos sobre qual situação colocaremos as nossas lentes. Vamos imaginar que Estado da Bahia realizou uma licitação para a construção de um edifício onde funcionará o novo hospital estadual. Ao final do trâmite, uma empresa logrou êxito e foi contratada para a execução desse serviço. Entregue a obra, muitos trabalhadores da empresa ajuizaram ações trabalhistas contra o Estado da Bahia pedindo o pagamento dos encargos trabalhistas que não foram pagos pela empresa. O Estado da Bahia é responsável por essas obrigações?

Primeiramente, é necessário fazer um breve resumo sobre os dois tipos de responsabilidade: solidária e subsidiária. O ponto em comum é a existência de mais de um devedor. Na solidária, o credor pode buscar o seu crédito total de qualquer devedor. É o que estabelece o art. 264 do Código Civil. Já na subsidiária, o ordenamento jurídico impõe um benefício de ordem ao credor e caso o devedor principal não cumpra a obrigação, outro sujeito responderá subsidiariamente.

Pois bem. A Lei nº 8.666/1993 cuidava sobre a responsabilidade da Administração Pública diante dos encargos trabalhistas no seu artigo 71, caput e §1º que diziam:

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

¹ Advogada graduada pela UNIFACS em 2012.2.

§ 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.

Assim, de acordo com esse artigo, diante da inadimplência da empresa contratada, a Administração Pública não teria qualquer responsabilidade pelos encargos trabalhistas. A constitucionalidade deste artigo foi questionada na ADC 16 e o STF decidiu que “É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995”. STF. Plenário. ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24/11/2010.

Diante da interpretação do Supremo Tribunal Federal, como o TST não poderia deixar de aplicar esse dispositivo, usou então uma estratégia cuja intenção era continuar condenando o Poder Público. Editou, assim, a Súmula 331 cuja regra é: a inadimplência do contratado referente aos encargos trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento. Entretanto, ela mesma traz uma exceção: se ficar comprovado que o Poder Público falhou na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa que contratou, ele será responsável subsidiariamente por elas.

A Fazenda Pública começou a sofrer muitas condenações porque essa culpa *in vigilando* era presumida pela Justiça do Trabalho e, então, o Poder Público levou essa discussão ao STF novamente que, em sede de repercussão geral, decidiu que “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. STF. Plenário. RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado em 26/4/2017. Entendeu também o Supremo que o ônus de provar a conduta culposa da Administração Pública é do empregado.

Bom. Essa tem sido a tese aplicada pela Justiça do Trabalho quando o assunto é responsabilidade do Poder Público frente à inadimplência dos encargos trabalhistas das empresas contratadas. Mas, foi editada a nova Lei de Licitações e trouxe um novo tratamento consubstanciado no seu artigo 121.

Logo no caput do art. 121, o legislador já define que “Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”. Essa ideia foi corroborada no §1º onde, via de regra, é excluída a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

No entanto, o §2º do dispositivo em tela traz duas condições que geram a responsabilidade subsidiária do Poder Público: 1) as contratações devem ter como objeto serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra; 2) a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato deverá ser comprovada.

Por fim, o novo diploma legal trouxe, num rol exemplificativo do §3º, algumas condições que ajudam o contratado a adimplir suas obrigações trabalhistas, dificultando a transferência da responsabilidade para a Administração Pública. Entre elas, destacamos a exigência de caução com cobertura para as verbas rescisórias inadimplidas e o condicionamento do pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato.

Voltando ao nosso exemplo do início deste artigo, podemos concluir que a execução de obra pública é um serviço contínuo com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Mas, para que o Estado da Bahia seja responsável subsidiariamente, de acordo com a nova Lei de Licitações, é indispensável a comprovação da sua falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato.

Apesar de a Lei ser omissa quanto ao ônus dessa comprovação, é possível concluir que é do empregado tendo e vista o alinhamento entre a Lei nº 14.133/2021 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, assim, que a nova Lei de Licitações, no âmbito da responsabilidade da Administração Pública frente à inadimplência das obrigações trabalhistas da empresa contratada, representou um grande avanço pois conseguiu detalhar em que circunstâncias haverá a responsabilidade subsidiária do Poder Público e ainda trouxe um *plus*: medidas preventivas que endossam a responsabilidade da empresa contratada e protegem a Fazenda Pública de prejuízos decorrentes de inadimplências de terceiros.