

GARANTIA DE AMPARO AO TRABALHADOR DIANTE DA IRRESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

Adriano Barreto Vieira¹

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Breves notas sobre o fenômeno da terceirização de mão de obra. 3. Terceirização na Administração Pública. 4. Repercussões do julgamento da ADC n. 16 quanto à responsabilidade do tomador público. 5. Possíveis formas de garantir a intangibilidade salarial ao trabalhador terceirizado. 5.1 Terceirização ilícita. 5.2 Terceirização lícita. 6. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar os principais questionamentos e discussões que envolvem a terceirização de serviços, especialmente no que diz respeito à responsabilidade da Administração Pública quando figura como tomadora de serviços, considerando as repercussões do julgamento da ADC n.16 pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda analisando possíveis soluções nos casos em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, por aplicação da Súmula 331, item V, do TST.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade. ADC 16.

1. INTRÓITO

Pretende-se neste trabalho avaliar criticamente a terceirização de serviços no setor público, abordando a divergência doutrinária e a evolução jurisprudencial sobre a responsabilidade da Administração Pública, especialmente em razão da interpretação dada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n. 16, e as possíveis soluções que podem ser criadas como medida de proteção ao trabalhador desamparado com a inadimplência da empresa prestadora de serviços e eventual declaração judicial de irresponsabilidade do tomador público.

Nesta senda, necessário tecer certas ponderações sobre a terceirização na Administração Pública, para depois verificar as repercussões do julgamento da referida ADC, especialmente quanto às peculiaridades que envolvem a imputação da responsabilidade subsidiária ao tomador público.

Feitas tais considerações, parte-se para à tentativa de solucionar as situações em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, em face da insolvência da empresa prestadora de serviços, cumulada com irresponsabilidade patrimonial do ente público tomador dos serviços, declarada judicialmente por aplicação da Súmula 331, item V, do TST.

2. BREVES NOTAS SOBRE O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Sob o pretexto da globalização e com o advento das políticas neoliberais, formas anômalas de relação de trabalho passaram a ser admitidas, dentre as quais está a terceirização. Esta, por sua vez, trata-se de uma forma de intermediação de mão-de-obra, de

1. Advogado. Pós-graduando (lato sensu) em Direito e Processo do Trabalho (JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito).

grande utilização na sociedade contemporânea, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades meio (sem embargo da divergência quanto o sentido desta limitação), visando a redução dos custos e a especialização em sua atividade essencial.

A escolha pela terceirização de determinadas atividades da empresa se dá devido à redução de custos e maior produtividade que este instrumento proporciona, o que resulta na oferta de preços mais acessíveis ao mercado globalizado.

Nesse sentido, a principal finalidade desta estratégia administrativa é justamente a otimização da produção, proporcionando uma maior qualidade do produto final, lucro às receitas da empresa e facilidade na competitividade no mercado, através de um procedimento de horizontalização das atividades tidas como secundárias, com o espoco de que a empresa possa concentrar seus esforços no desempenho da sua atividade-fim para obtenção do melhoramento do produto ou serviço comercializado.²

Em que pese os inúmeros benefícios que a terceirização pode proporcionar, ela deve ser planejada e acompanhada com os devidos cuidados, pois envolve não só interesses empresariais e comerciais, mas também a efetivação de direitos fundamentais e irrenunciáveis.

Nesse sentido, faz-se necessária a elaboração de norma jurídica versando sobre a terceirização e a prestação de serviços em geral, a fim de garantir segurança jurídica não só as empresas contratantes, mas principalmente, aos trabalhadores hipossuficientes.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O instrumento da terceirização é permitido também no setor público, onde é comumente utilizado.

Matéria de grande divergência e interesse jurídico no que toca à terceirização no âmbito público é a questão da responsabilidade da Administração Pública. Não é recente a discussão doutrinária e a evolução jurisprudencial que norteia o tema.

Inicialmente, a questão tomou proporções significativas após a alteração do item IV da Súmula 331, por intermédio da Resolução n° 96, de 11.09.2000, por meio do qual o enunciado passou a prever expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, nos casos em que houver o inadimplemento do real empregador.

Tal mudança trouxe uma importante e ousada inovação à época, como forma de combater os abusos cometidos na prática.

Todavia, parte da doutrina resistia à jurisprudência cristalizada na citada Súmula, apoiando-se no art. 71, §1°, da Lei 8.666/93 (a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem 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) para defender a irresponsabilidade do Estado pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviços.

Inconformados com tal situação, o governo do Distrito Federal ajuizou, em março de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 71, §1°, da Lei 8.666/93.

Na decisão, a maioria dos Ministros entendeu pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, salientando que a Administração não poderia ser responsabilizada na generalidade dos casos, vez que deveria ser investigado se a inadimplência se deu por falha ou falta de fiscalização do tomador público.

Nesse sentido, vale analisar os principais questionamentos que surgiram após o julgamento da ADC n. 16.

2. CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. A terceirização das relações laborais. São Paulo: LTr, 1996, p. 75.

4. REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO DA ADC N. 16 QUANTO À RESPONSABILIDADE DO TOMADOR PÚBLICO

Pode-se afirmar que a principal repercussão do julgamento da ADC n. 16 foi a mudança da Súmula 331 do TST, com a nova redação do item IV e a inserção dos itens V e VI, por meio da Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

De início, percebe-se que o item IV foi modificado para prever a regra geral de responsabilização patrimonial do tomador de serviços, retirando a previsão extensiva à Administração, transferindo-a para o item subsequente.

Consta expressamente no inédito item V a vedação de automática transmissão da responsabilidade para a Administração Pública, prevendo a necessária comprovação da conduta omissiva do Poder Público, especialmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas.

Inicialmente, no que diz respeito ao ônus da prova, a matéria não é favorável à Administração Pública. Esclarece José Roberto Freire Pimenta que cabe ao ente público contratante o ônus de alegar e de comprovar que agiu dentro das regras e procedimentos previstos na Lei de Licitações para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados por parte da empresa prestadora de serviços, já que se assim não fosse, estaria atribuindo ao trabalhador o pesado encargo de provar fato puramente negativo e de natureza “diabólica”.³

Assim, deve permanecer com a Administração o ônus de provar que tomou todas as medidas necessárias para evitar o inadimplemento da empresa prestadora de serviços, especialmente no que tange à comprovação de sua conduta fiscalizadora, a fim de que possa se eximir de qualquer responsabilidade pelo cumprimento de tais parcelas não cumpridas.

É sabido que todo contrato administrativo possui determinadas prerrogativas voltadas ao ente público, denominadas de cláusulas exorbitantes, dentre as quais está o poder-dever de fiscalização. A fiscalização faz-se necessária para que a Administração possa acompanhar o fiel cumprimento do contrato firmado com o particular, como prevê os arts. 58 e 67 da Lei de Licitações.

Ademais, vale ressaltar a existência do art. 34 da Instrução Normativa (IN) n. 2/2008 do MPOG que, regulamentando o retrocitado art. 67 da Lei 8.666/93, determina uma série de exigências ao ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais dos empregados da empresa contratada, dentre os quais estão:

- a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamentos de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimentos de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral.

Muito embora a IN n. 2/2008 do MPOG diga respeito à Administração Pública Federal, suas diretrizes devem nortear os demais entes federativos, especialmente em relação a uma eficaz fiscalização em matéria trabalhista sobre os contratos de terceirização, “em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez

3. PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, 07, jul. 2011, p. 788.

legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa”⁴

Verifica-se, portanto, que a fiscalização exigida não corresponde somente ao acompanhamento do cumprimento do objeto do contrato firmado com a empresa contratada, mas também à todos os aspectos que sejam imprescindíveis à satisfação deste objeto contratual, inclusive o cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços.

Tem-se, portanto, que a fiscalização corresponde não somente à um poder da Administração, mas também a uma responsabilidade de suma importância, já que através dela os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados serão resguardados, dando maior efetividade à valorização do trabalho humano.

Tereza Aparecida Asta Gemignani lembra, nesse sentido, que o interesse público primário (justiça, segurança e bem-estar social), nunca poderá ser sacrificado em prol do interesse público secundário (interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica), razão pela qual a fiscalização dos contratos é atividade imprescindível para proteger um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, os valores sociais do trabalho, efetivando o interesse público primário.⁵

Outra questão que ganha relevância após o julgamento da ADC n. 16, foi a inserção do item VI na Súmula 331, prevendo a abrangência total da responsabilidade subsidiária do tomador público em relação à condenação imposta à prestadora de serviços.

Todavia, vale ressaltar que o inédito item VI da Súmula 331 deve ser valorado com cautela. Isto porque, poderá haver situações onde a Administração Pública não possui o controle necessário para evitar o dano, nem mesmo através da mais eficiente conduta fiscalizatória.

Somente nos casos onde restar evidente a ausência de nexo causal entre a conduta da Administração e o fato, é que se poderia admitir a não transferência de responsabilidade.

Entretanto, permanece o entendimento de que, quanto à inadimplência das verbas trabalhistas remuneratórias e rescisórias, resta sempre possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração quando agir omissivamente, em especial na fiscalização dos contratos.

5. POSSÍVEIS FORMAS DE GARANTIR A INTANGIBILIDADE SALARIAL AO TRABALHADOR TERCEIRIZADO

Com o julgamento da ADC n. 16, e a conseqüente alteração da Súmula 331 do TST, surge um questionamento que merece maior atenção: quando a Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, não agir omissivamente na fiscalização do contrato, quem pagará as contas do trabalhador, empregado da empresa prestadora de serviços inadimplente?

Inicialmente, vale lembrar que o referido entendimento jurisprudencial não deixa margem de dúvida quando se trata de terceirização no setor privado, onde a tomadora de serviços sempre responderá subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do real empregador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Entretanto, no âmbito público a garantia da responsabilidade subsidiária não se repete, pois, segundo o novo entendimento consolidado do TST, a tomadora pública somente responde “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais

4. VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 293.

5. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? Revista Síntese de Direito Administrativo, n.º 61, jan. 2011, p. 42-43.

e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Neste diapasão, insta salientar que a responsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, tem efeitos diversos no que diz respeito à licitude (ou não) da terceirização.

5.1 Terceirização Ilícita

De acordo com a jurisprudência trabalhista, a terceirização pode ser lícita ou ilícita. Esta divisão é feita porque toda vez que a terceirização de serviços não esteja prevista (entenda-se, permitida) na Súmula 331 do TST, restará configurado o vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador dos serviços, ou seja, a terceirização será ilegal ou ilícita.

Sérgio Pinto Martins define terceirização lícita como aquela “que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego”.⁶

Sendo assim, haverá ilicitude na terceirização quando esta ocorrer fora das hipóteses previstas na Súmula 331, item III, do TST, bem como quando ocorrer fraude na licitação. Por óbvio, se a contratação se deu em desobediência às regras e procedimentos estabelecidos na Lei 8.666/93, especialmente quanto à fase de habilitação, restará configurada a fraude no processo licitatório.

O procedimento licitatório, exigido para a formalização de contratos com o Ente Público, não é capaz de assegurar os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, assim como faz (ou deveria fazer) o concurso público. Por este motivo, a licitação recebe ferrenhas críticas da doutrina, uma vez que este procedimento, por si só, não evita as ingerências dos administradores na eleição dos trabalhadores terceirizados, como explica Dora Maria de Oliveira Ramos:

Uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoa por ele indicadas.⁷

Tal ilicitude agrava-se em razão da impossibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador terceirizado com a Administração Pública por expressa vedação legal do art. 37, inciso II, da Constituição da República, que exige aprovação em concurso público para tanto.

Embora a Súmula 331 do TST tenha definido a vedação ao reconhecimento da relação de emprego do trabalhador que presta serviços à Administração Pública, o inciso II desta consolidada jurisprudência não define todos os efeitos decorrentes da terceirização ilícita no setor público, especialmente no que tange aos direitos assegurados pelo trabalhador.

Neste ponto, existem três correntes interpretativas.

A primeira corrente sustenta que, em não havendo vínculo de emprego, em razão da vedação constitucional à obrigatoriedade de concurso público, nenhum direito trabalhista é devido ao trabalhador. Este é, inclusive, o entendimento de Sérgio Pinto Martins, que enfatiza que “a falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode ignorar a lei (art. 3º da LICC)”⁸.

A segunda vertente é extremamente oposta à primeira, pois, admite a convalidação dos atos, reconhecendo o vínculo diretamente com o ente público tomador dos serviços, fundamentando que a ilicitude da terceirização não poderia beneficiar a Administração em dobro

6. MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

7. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTr, 2001, p. 160.

8. MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

às custas do trabalhador prejudicado.

Por sua vez, a terceira corrente posiciona-se entre estas duas vertentes extremadas anteriormente descritas. Nesse sentido, entendem que não se poderia negar eficácia ao comando constitucional do art. 37, inciso II, da Magna Carta (como o faz a segunda corrente ao permitir o reconhecimento de vínculo com o ente público), nem tampouco conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito, deixando o trabalhador hipossuficiente à própria sorte (como pensa a primeira corrente ao entender que nenhum direito ao trabalhador lhe é devido). Faz-se necessário garantir a observância da isonomia (art. 5º, caput e inciso I, e art. 7º, XXXII, ambos da Constituição) na relação trabalhista travada entre as partes, afastando-se os efeitos discriminatórios provocados pela terceirização ilícita.⁹

Este última linha de pensamento parece, inclusive, ter sido aquela adotada pela jurisprudência trabalhista, conforme previsão na Orientação Jurisprudencial (OJ) 383 da Seção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1) do TST, in verbis:

OJ nº 383. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, a, da Lei no 6.019, de 3-1-1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei no 6.019, de 3-1-1974.

Ademais, não obstante o reconhecimento do direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas asseguradas àqueles contratados diretamente pelo tomador, a intermediação de mão de obra de forma fraudulenta causa dano moral coletivo, devendo a reparação ser direcionada ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

5.2 Terceirização Lícita

Por sua vez, na terceirização lícita, o inadimplemento da prestadora de serviços acarreta na responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com o julgamento da ADC n. 16, e a conseqüente alteração da Súmula 331 do TST, a tomadora pública somente responderá se agir culposamente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço.

Com efeito, o inédito item V analisado alhures passou a ser aplicado pelo Tribunal Superior do Trabalho que, ao reconhecer a ausência de comprovação da conduta omissiva do tomador público em fiscalizar os contratos de trabalho da empresa contratada, isenta a Administração de responsabilidade, não transferindo os encargos trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviços ao ente público.

Ora, nessas situações cabe novamente questionar: como fica o trabalhador que despendeu sua força de trabalho, diante do inadimplemento da prestadora e a impossibilidade de transferência da responsabilidade ao tomador público?

Em não sendo possível evitar o inadimplemento da prestadora, decerto que o trabalhador não deve arcar com este ônus, razão pela qual é necessário criar mecanismos de amparo ao trabalhador, garantindo-lhe as verbas remuneratórias (e rescisórias, se for o caso) a que tem direito.

Recentemente, foi incluído o art. 642-A na CLT, acrescentado pela Lei n. 12.440/2011,

9. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 443-445.

instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas com a finalidade específica de comprovação da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, devendo o interessado deverá comprovar a quitação das obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei, bem como o devido cumprimento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

Com efeito, a CNDT corresponde a um documento obrigatório na fase de habilitação em procedimentos licitatórios (art. 29, inciso V, da Lei n. 8.666/90), consistindo em uma ferramenta auxiliar na redução do risco de contratação de empresas potencialmente insolventes, permitindo ainda a maior controle durante a execução do contrato.

Todavia, a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas não é suficiente, por si só, para inibir eventual inadimplemento das prestadoras de serviço.

Necessário se faz a criação de outras medidas protetivas ao trabalhador, que lhe garanta o efetivo recebimento da contraprestação pactuada e de todos os outros direitos trabalhistas que faz jus.

Considerando que o poder-dever de fiscalização exigida à Administração Pública não corresponde somente ao acompanhamento do cumprimento do objeto do contrato firmado com a empresa contratada, mas também a todos os aspectos que sejam imprescindíveis à satisfação deste objeto contratual, inclusive o cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, deve o ente público atuar com mais vigor na supervisão dos contratos de trabalho firmados pela prestadora, especialmente quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Todavia, em face do princípio da legalidade, não pode a Administração interferir na relação de emprego entre o trabalhador e a prestadora de serviços, conferindo o número de horas extras prestadas, sua escala de férias, a frequência, os atestados médicos apresentados, pois tal procedimento não é previsto em lei.

Somando-se a isto, a própria jurisprudência é no sentido de não admitir que o ente público condicione o pagamento à empresa prestadora de serviços se esta não fornecer mensalmente os recibos de pagamento de salários e de outros direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados. Este foi o entendimento adotado pela jurisprudência a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EDITAL. EXIGÊNCIAS: FUNDO DE RESERVA E QUITAÇÃO ANTECIPADA DA FOLHA DE PAGAMENTO. ITENS 18.1 E 21.4.1. ILEGALIDADE.

1. A exigência de formação de Fundo de Reserva “com a finalidade de quitação de possíveis direitos e/ou verbas rescisórias trabalhistas”, e a condicionante de que “o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam”, constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, parecem não encontrar respaldo na Lei n. 8.666/1993, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas. 2. Decisão suspensiva do Pregão Eletrônico, que se confirma (por maioria). 3. Agravo desprovido. (Ag. Inst. n. 2007.01.00.032697-3/DF, TRF 1ª Região, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 6ª Turma, DJ 21.01.2008).

Sendo assim, resta necessário haver previsão legal, com a modificação da Lei 8.666/93 estabelecendo os critérios e os meios para permitir o condicionamento do pagamento da fatura (ou de um determinado percentual), somente após a comprovação de quitação da folha

de pagamento dos trabalhadores pela empresa contratada.

Isto porque, a possibilidade de retenção do pagamento à prestadora de serviços poderia reduzir os riscos de inadimplemento das obrigações contratuais, combatendo a falta de pagamento da contraprestação pactuada com os trabalhadores.

Outras soluções devem ser analisadas e debatidas a fim de solucionar este problema surgido após o julgamento da ADC n. 16, dando maior efetividade aos princípios mais comezinhos do Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente e da intangibilidade salarial, bem como aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o STF tenha declarado a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, isto não resultou na isenção de responsabilidade patrimonial nos casos em que o Poder Público terceiriza serviços.

De fato, a mera inadimplência das verbas trabalhistas pela prestadora de serviços não transfere a responsabilidade para o tomador, ente público da administração direta ou indireta, para fazer a apologia do teor do art. 71, acima referido. Contudo, é certo que há vários outros fundamentos jurídicos para responsabilizar o tomador público pelos créditos trabalhistas inadimplidos.

Neste contexto, resta necessário solucionar as situações em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, por aplicação da Súmula 331, item V, do TST, seja através modificação da Lei 8.666/93 estabelecendo os critérios e os meios para garantir os direitos trabalhistas que faz jus, ou de outras soluções inéditas capazes de evitar o inadimplemento da prestadora de serviços.

Desse modo, nada obstante a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, resta perfeitamente possível a manutenção da responsabilização patrimonial da Administração, garantindo a eficácia de valores e princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, função social do contrato e valorização do trabalho humano.

REFERÊNCIAS:

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. A terceirização das relações laborais. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? Revista Síntese de Direito Administrativo, nº 61, jan. 2011, p. 39-58.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, 07, jul. 2011, p. 775 - 791.

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

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 54-84.