

TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
FISCALIZAÇÃO COMO DEVER
JURÍDICO DO PODER PÚBLICO
CONTRATANTE*

OUTSOURCING IN PUBLIC
ADMINISTRATION: THE
INSPECTION AS A LEGAL DUTY
OF THE CONTRACTING PUBLIC
AUTHORITY

Lorena Lopes Freire Mendes**

RESUMO

A terceirização de serviços apresenta-se como uma ferramenta de gestão na busca de uma maior eficiência no setor público. O objetivo deste artigo é traçar a importância do dever jurídico de fiscalizar a execução dos contratos de terceirização, imputável ao Poder Público contratante, notadamente em relação ao

* Artigo enviado em 30.01.2019 e aceito em 02.03.2019.

**Mestranda em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros e em Ciências Contábeis pela Universidade Norte do Paraná. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Chefe da Seção de Liquidação de Serviços Terceirizados, vinculada à Secretaria de Liquidação e Pagamento de Despesas. *E-mail*: lorenalf@trt3.jus.br.

cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Para tanto, primeiramente, delineiam-se as características do fenômeno da terceirização e o seu marco regulatório no Brasil. A partir de uma revisão da legislação e da jurisprudência, utilizando o método indutivo, acompanha-se a evolução jurisprudencial da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas terceirizadas contratadas. Por fim, apresentam-se breves delineamentos acerca do padrão fiscalizatório na contratação de serviços da Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017. Constata-se que a responsabilidade subsidiária depende de comprovação inequívoca de falha na fiscalização contratual. No entanto, defende-se que a fiscalização, além de apta a elidir a responsabilidade da Administração Pública, não deve onerar excessivamente a opção pela terceirização. Assim, o trabalho culmina com a conclusão de que o dever de fiscalização pressupõe a manutenção de rigoroso controle, consagrando a função socioambiental do contrato administrativo, ao promover a valorização social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Fiscalização contratual. Responsabilidade subsidiária.

ABSTRACT

Outsourcing presents itself as a management tool in the search for greater efficiency in the public sector. The aim of this article is to outline the importance of the legal duty to supervise the execution of outsourcing contracts, attributable to the contracting Public Authority, especially in relation to fulfillment of the rights of outsourced workers. For this purpose, first, the characteristics of the outsourcing phenomenon and its regulatory framework in Brazil are delineated. Based on a review of the legislation and jurisprudence, using the inductive method, it follows the jurisprudential evolution of the subsidiary liability of the Public

Administration for the non-fulfillment of the labor obligations of contracted outsourced companies. Finally, some aspects of the inspection standard in contracting services of the Normative Instruction SEGES/MP 05/2017 are presented. It is found that the subsidiary responsibility depends on unequivocal proof of failure in contractual inspection. However, it is defended that the inspection, besides being able to elicit the liability of the Public Administration, should not excessively burden the option for outsourcing. Therefore, the work culminates in the conclusion that the duty of inspection presupposes the maintenance of strict control, consecrating the socio-environmental function of the administrative contract, by promoting the social valorization of the work and the dignity of the human person.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Contractual inspection. Subsidiary liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

1.1 Origem e conceito

1.2 Marco regulatório na Administração Pública brasileira

2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Súmula 331 do TST

2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16

2.3 Recurso Extraordinário 760.931/DF

3 O DEVER JURÍDICO DE FISCALIZAÇÃO

3.1 Fundamentos

3.2 Padrão fiscalizatório da Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços já é um fenômeno consolidado globalmente, que tem se expandido, no âmbito da Administração Pública, em um contexto de transição de um modelo administrativo-burocrático de trato da coisa pública para um modelo administrativo-gerencial, focado nos resultados.

Idealizada com a intenção de reduzir o custo da produção e de aumentar a especialização do trabalho, a terceirização foi logo assimilada pela Administração Pública em busca de uma forma mais eficiente de satisfação do interesse público.

Ocorre que, em que pese existir um panorama teórico favorável, é recorrente a problemática situação de inadimplência da empresa contratada pelo Poder Público no tocante às verbas trabalhistas devidas a seus empregados, ou então de encerramento de suas atividades de maneira irregular, deixando o trabalhador terceirizado ao desamparo.

O presente artigo propõe-se a traçar a importância do dever de fiscalizar eficientemente a execução dos contratos de terceirização, imputável ao Poder Público contratante, notadamente em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Seu objetivo é relevante, pois a fiscalização contratual, muitas vezes, não recebe a mesma atenção dispensada à fase licitatória. E, nesse caso particular, tal fiscalização colabora, de forma expressiva, para a promoção da valorização social do trabalhador e da dignidade da pessoa humana, tutelados constitucionalmente.

Assim sendo, primeiramente, aborda-se a origem da terceirização de serviços e suas principais características conceituais. Em seguida, é apresentado o marco regulatório desse fenômeno na Administração Pública brasileira.

Feitas essas considerações, cabe acompanhar, sucintamente, a evolução jurisprudencial quanto aos contornos da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da

prestação de serviços terceirizados contratados. Isso porque, em 2017, no Recurso Extraordinário (RE) 760.931/DF, o Supremo Tribunal Federal atestou, mais uma vez, como condição para tal responsabilização, a necessidade de prova inequívoca da comissão/omissão fiscalizatória.

Por fim, enfoca-se o dever jurídico de fiscalização propriamente dito e seus fundamentos no plano constitucional e infraconstitucional. Com o objetivo de subsidiar os gestores públicos, apresentam-se ainda alguns delineamentos acerca do padrão fiscalizatório na contratação de serviços terceirizados da Instrução Normativa 05/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, dada a sua relevância no detalhamento de rotinas e de mecanismos aplicados à fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

1.1 Origem e conceito

Entre as práticas gerenciais adotadas, no contexto da Nova Gestão Pública (HOOD, 1991), apresenta-se a terceirização de serviços. Alinhando-se às exigências da economia globalizada, pode-se dizer que a Administração Pública encontrou na terceirização uma importante ferramenta de colaboração.

O termo terceirização consiste em um neologismo que equivale no inglês a *outsourcing*, cujo significado literal é fornecimento vindo de fora, o que compreende a tendência de adquirir de terceiros bens e serviços que não fazem parte do negócio principal da empresa.

Conforme narra Queiroz (1998), a origem da terceirização teria sido nos Estados Unidos da América (EUA), nos anos de 1940, durante a Segunda Guerra Mundial, quando o país se aliou aos países europeus no combate às forças nazistas e, posteriormente, ao Japão. Impulsionados pela necessidade de que as indústrias se

concentrassem na produção de armas, os EUA passaram a terceirizar algumas atividades de suporte à produção dos armamentos, mediante a contratação de outras empresas especializadas.

Giosa (1997) entende a terceirização como

[...] um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.

No mesmo sentido, Queiroz (1998) define a terceirização como

[...] uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é sua atividade-fim, permitindo a estas se concentrarem no seu negócio, ou seja, no objetivo final.

Juridicamente, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2017), a terceirização

[...] é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalho no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE (1993) adiciona que,

[...] no que se refere especificamente à mão de obra, a terceirização se insere como fator de flexibilização, ao eliminar para a firma contratante o “problema” dos custos econômicos diretos com o trabalho, dentre os quais admissão, demissão, treinamento e benefícios sociais.

Por sua vez, na visão de Leiria (1991), o conceito e prática da terceirização estão ligados não só à redução de custos, mas também ao aumento da competitividade.

Para tanto, a terceirização acompanha o avanço da flexibilização do Direito do Trabalho, que, por sua vez, tenta compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho (MARTINS, 2000).

Assim, a partir de formulações conceituais com diversas perspectivas, tem-se que a utilização da mão de obra terceirizada ganhou força em um contexto globalizado de busca por maior eficiência, frente às mudanças na organização da produção e do trabalho, com a crescente agilidade e flexibilidade no processo produtivo de bens e serviços. Esse quadro acabou implicando a necessidade de adoção de inovações tecnológicas e organizacionais, tais como a terceirização.

1.2 Marco regulatório na Administração Pública brasileira

O modelo neoliberal, que ganhou força no Brasil nos anos 90, afetou drasticamente as relações trabalhistas, flexibilizando as formas de vínculo jurídico. Desde então, o fenômeno da terceirização tem se expandido no país, sob a justificativa de que se apresenta como estratégia segura e moderna de desenvolvimento econômico (DELGADO; AMORIM, 2015).

Da mesma forma, é possível identificar uma crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado.

Considerado o marco jurídico da desburocratização da máquina pública, o Decreto-Lei n. 200/67, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, prevê a terceirização (chamada de execução indireta, mediante contrato) para o setor público, com o objetivo de se ter uma prestação de serviços mais especializada, sujeita a uma medição de alcance dos resultados mais facilmente apurável. Tudo isso para que os esforços (financeiros, pessoais e tecnológicos) estejam concentrados no fim público.

É o que se observa da redação do § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei n. 200/1967:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Desde a Lei n. 5.645, de 10 de dezembro 1970, que estabelecia diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, estava previsto, em excerto atualmente revogado, que as atividades de apoio administrativo deveriam ser, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato de prestação de serviços:

Art. 3º [...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de evitar o desvirtuamento do instituto, estabeleceu-se uma

limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços no âmbito público. Com o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego de natureza pública ficou limitada à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Ainda no âmbito da Administração Pública Federal direta, foi publicado o Decreto n. 2.271/1997, que, ao dispor sobre a contratação de serviços, enumerava as atividades a serem desenvolvidas, preferencialmente, por terceiros e estabelecia mais um limite ao uso da terceirização pelo setor público:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Observa-se que, até então, somente poderiam ser terceirizados os serviços considerados auxiliares, instrumentais ou acessórios ao desenvolvimento das atividades-fim exercidas diretamente pelo Poder Público.

Entretanto, diversas novidades normativas e jurisprudenciais sobre o tema da terceirização de serviços marcaram os anos de 2017 e 2018 e indicaram o rompimento dessa clássica limitação.

A tão aguardada Lei da Terceirização, a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, alterou dispositivos da Lei n. 6.019/1974, de 3 de

janeiro de 1974, que antes regulava apenas o trabalho temporário, e passou a dispor expressamente sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Tal norma estabeleceu a definição de empresa prestadora de serviços a terceiros, suas atividades e os requisitos para seu funcionamento, a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviço e as cláusulas essenciais ao contrato de prestação de serviços.

Já a Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, dentre outras mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, tratou também de alterar disposições da Lei n. 6.019/1974. A nova redação do artigo 4º-A, ao conceituar a terceirização, deixa claro que a prestadora de serviços pode executar quaisquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Em agosto de 2018, foi a vez de o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive das atividades-fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324/DF e o RE 958.252/MG, fixou-se, neste último, a seguinte tese de repercussão geral:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Indo ao encontro das mencionadas decisões do STF, exaradas em relação à iniciativa privada, parece ter sido ampliado, no âmbito

da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, das empresas públicas e das sociedades de economia mista da União, o uso da terceirização no serviço público para qualquer atividade. Por meio do Decreto n. 9.507/2018, de 21 de setembro de 2018, que revogou o Decreto n. 2.271/1997, possibilitou-se genericamente tal forma de execução, tratando de maneira indistinta as atividades acessórias (atividades-meio) e as atividades-fim do órgão público.

Verifica-se, no entanto, que a terceirização continua não sendo totalmente irrestrita no âmbito da Administração Pública. Há quatro vedações à execução indireta que foram expressamente previstas no art. 3º do referido Decreto, quais sejam, as atividades:

- I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto n. 9.507/2018, o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão publicou a Portaria 443/2018, de 27 de dezembro de 2018, que estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação, ou seja, serviços terceirizados.

A Portaria apresenta uma lista exemplificativa dos serviços que podem ser terceirizados, todos de caráter auxiliar, instrumental ou acessório, aplicável às contratações realizadas pela Administração Pública Federal direta, autárquica e

fundacional, às empresas públicas e às sociedades de economia mista controladas pela União. Prevê também que outras atividades que não estejam contempladas na lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto n. 9.507/2018.

Não há dúvidas de que o Decreto n. 9.507/2018 e a Portaria n. 443/2018 são legislações ainda muito recentes, que carecem de uma apreciação mais detida. Não obstante, tem-se que a terceirização realizada com observância aos limites constitucionais e legais permite que a Administração Pública, como as empresas da iniciativa privada, delegue atividades, sem formação de vínculo de subordinação entre o trabalhador da empresa prestadora de serviços e a organização pública.

Com a contratação de uma empresa responsável pela constituição dos vínculos jurídico-trabalhistas, a Administração Pública acompanha um contexto administrativo-gerencial. A ideia é que se tenha uma prestação de serviços mais especializada com uma medição de resultados mais facilmente apurável e, claro, uma redução de custos com a força de trabalho, reprimindo a desmedida elevação das despesas com pessoal e conseqüente sujeição às restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000).

Ocorre que, não obstante os louváveis objetivos, a terceirização no Brasil tem favorecido fraudes às normas protetivas trabalhistas e previdenciárias. Isso porque a relação triangular, típica da terceirização, enfraquece a fiscalização do cumprimento legal dos direitos trabalhistas e previdenciários pelas empresas prestadoras de serviços.

Com isso, a tendência é de crescente exploração do trabalhador, que fica sujeito à instabilidade no emprego, a baixos salários, a doenças e a acidentes no trabalho.

Nesse contexto histórico-econômico-social, com a possível ampliação das hipóteses de terceirização, não há como olvidar a problemática acerca da proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores terceirizados.

Ao avaliar o fenômeno no âmbito da Administração Pública, importante, pois, delinear o papel a ser desempenhado pelo ente público na fiscalização da execução dos contratos de terceirização, a fim de que o trabalhador não reste desamparado.

2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Súmula 331 do TST

Desde o ano de 1993, encontravam-se no âmbito judicial os contornos da responsabilização subsidiária do tomador de serviços. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em reedição da anterior Súmula 256, originalmente declarava o seguinte:

Súmula n. 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Diferentemente da Súmula 256 do TST (“Salvo nos casos previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974 e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta,

formando vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”), que, em 1986, trazia uma orientação mais restritiva, a Súmula 331 abordou o tema de forma mais minuciosa.

Em 2000, estendeu-se expressamente aos entes públicos a subsidiariedade da responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas em relação aos seus trabalhadores terceirizados, atualizando-se o item IV, que passou a vigorar com a seguinte redação:

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). (grifou-se)

Tem-se que, inicialmente, o TST tratou de traçar a responsabilização dos tomadores de serviço, inclusive dos entes públicos, pelas obrigações trabalhistas não pagas pelos empregadores, independentemente de comprovação de culpa. Observa-se, assim, a opção pela aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado (§ 6º do art. 37 da Constituição Federal), pautada no risco administrativo, com responsabilidade automática do ente público nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas na terceirização.

2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16

O teor da Súmula 331 do TST não deixou de gerar insatisfação por parte dos órgãos públicos. Contribuiu para a polêmica o fato de que a resolução da matéria dada pela Justiça do Trabalho, aparentemente, tinha ido de encontro à previsão da Lei n. 8.666/93, que, em seu art. 71, § 1º, assim estabelece:

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. (grifou-se)

A Lei de Licitações, de forma inequívoca, estabelece que são de exclusiva responsabilidade da empresa contratada os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato administrativo de prestação de serviços.

Por sua vez, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência 297751/1996, que tratou da Súmula 331 do TST, relatado pelo Ministro Milton de Moura França, elucidou-se o seguinte:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO N. 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI N. 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade

subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

Diante dessa controvérsia, a fim de garantir que a Administração Pública continuasse isenta de qualquer obrigação com relação aos trabalhadores terceirizados, foi ajuizada, no STF, em 2007, pelo Governador do Distrito Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16. Tal ação pretendia a declaração de validade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, segundo a vigente ordem constitucional, sob o fundamento de que esse dispositivo legal vinha sofrendo ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, com a responsabilização subsidiária da Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas como contratante de serviço terceirizado.

A ação foi conhecida, e seu mérito foi julgado procedente, por maioria do STF, segundo ementa publicada em novembro de 2010:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência conseqüente e automática dos

seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24.10.2010, DJe n. 173, divulgado em 08.09.2011.)

Declarada a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com eficácia contra todos e efeito vinculante (§ 2º do art. 102 da Constituição Federal), entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não pode transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, muito embora a efetiva demonstração de conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais possibilitará a responsabilização do ente público. Reconhece-se, pois, uma aproximação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Nesse contexto, para a responsabilização da Administração Pública, necessária é a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato administrativo.

A partir disso, foi alterada, pelo TST, em maio de 2011, a redação da Súmula 331, de modo a adequá-la ao entendimento do STF. Conferiu-se nova redação ao item IV e foram inseridos os itens V e VI:

Súmula n. 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.
[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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 n. 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifou-se)

Destaca-se, ainda, que, por mais que se tenha afastado a responsabilização automática, o STF não impediu que o TST, à base de outras normas e dos fatos de cada caso concreto, dependendo das causas, reconheça a responsabilidade do Poder Público.

2.3 Recurso Extraordinário 760.931/DF

Inúmeros questionamentos continuaram desaguando no STF, com alegação de violação à decisão da ADC 16/DF, devido à continuidade da transferência automática de responsabilidade ao Poder Público pela presunção de omissão fiscalizatória.

Ou seja, por mais que aplicasse a responsabilidade civil subjetiva, sujeita à omissão culposa do agente público em fiscalizar a empresa tomadora de serviço, o reconhecimento da presença de culpa *in vigilando* nessa conduta omissiva continuou se pautando na responsabilidade extracontratual, ou aquiliana do ente público (JUSTEN FILHO, 2016).

Por essa razão, o RE 760.931/DF foi escolhido como representativo do Tema 246 de controvérsia com repercussão geral do STF: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

O instituto da repercussão geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal), criado pela Emenda Constitucional n. 45/2014,

trata-se de um requisito de admissibilidade de recursos extraordinários no STF para os casos que tenham repercussão mais abrangente do que os interesses subjetivos da causa. Reconhecida a repercussão geral em um determinado processo, todos os demais recursos extraordinários que tratem do mesmo tema ficam sobrestados até a decisão de mérito do STF, que servirá de precedente.

Quando do julgamento do RE 760.931/DF, a então presidente do STF, Ministra Carmem Lúcia, chamou atenção para a multiplicação de controvérsias e de processos sobre o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização. A Ministra registrou que chegavam a 50 mil os processos sobrestados, sem considerar um número ainda superior de processos em andamento, versando sobre esse mesmo assunto.

O Plenário do STF concluiu o julgamento do RE 760.931/DF em março de 2017, sendo que, por maioria, apreciando o tema 246 de repercussão geral, conheceu-se em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu-se provimento.

Confirmou-se, assim, o entendimento, adotado na ADC 16, que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Nesse sentido, em abril de 2017, o STF, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

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 n. 8.666/93.

Diante da grande relevância da matéria tratada, pede-se vênha para transcrever o inteiro teor da ementa da decisão do Recurso Extraordinário 760.931/DF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007.)

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de

reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura, para setores e atividades distintas.¹ (*sic*)

¹ Observa-se que são apresentados benefícios da terceirização apenas sob o viés da empresa, ignorando-se suas possíveis implicações na subjetividade do trabalhador terceirizado.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei n. 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24.11.2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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 n. 8.666/93.”

A importância da fiscalização dos contratos de terceirização restou mais uma vez evidenciada, pois a condenação subsidiária da Administração Pública, sob pena de violação da decisão proferida na ADC 16, fica condicionada a fatos e circunstâncias concretas que demonstrem a ocorrência de falha na fiscalização pelo ente público (*culpa in vigilando*).

Isso porque, conforme ratificado na decisão do RE 760.931/DF, não se admite a atribuição de responsabilidade subjetiva com base em argumentos genéricos de falha no dever de fiscalização contratual, sendo necessário comprovar a conduta supostamente irregular.

Dessa forma, uma fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada que, por certo, já era significativa na proteção do trabalhador e da própria dignidade da pessoa humana, assume então mais uma função: a de elidir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

3 O DEVER JURÍDICO DE FISCALIZAÇÃO

3.1 Fundamentos

Como observa CASTRO (2014) na descrição da sua obra,

[...] o fenômeno da terceirização sem regulamentação resulta na invisibilidade do trabalho e na negação do mandamento constitucional de uma ordem econômica justa, em que as empresas têm função social e culminam no imperativo da justiça social.

Cabe, então, à Administração Pública promover uma fiscalização atenta dos seus contratos de serviços terceirizados.

A fiscalização da execução dos contratos (inciso III do art. 58 da Lei n. 8.666/1993), da qual a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas constitui elemento intrínseco, está prevista como uma das prerrogativas da Administração Pública, fundamentais para assegurar a eficácia das contratações no regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela Lei n. 8.666/1993.

Dentre as exigências para a habilitação nas licitações, consta a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista (inciso IV do art. 27 da Lei n. 8.666/1993). No caso da regularidade trabalhista, a documentação consiste em prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei, e em prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa (incisos IV e V do art. 29 da Lei n. 8.666/1993).

Há, ainda, previsão da obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (inciso XIII do art. 55 da Lei n. 8.666/1993). Essa higidez contratual, incluída aqui a manutenção da regularidade trabalhista, é, então, aferida durante o acompanhamento da execução contratual (art. 67 da Lei n. 8.666/93).

Ocorre que a averiguação da regular observância das normas trabalhistas pelo contratado ultrapassa o *status* de mera prerrogativa.

Em observância aos imperativos de legalidade e moralidade pública (*caput* do art. 37 da Constituição Federal), reconhece-se, pois, um dever jurídico de fiscalização dos contratos celebrados em proveito da própria Administração Pública.

Nesse sentido, a fiscalização do adimplemento dos direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7º da Constituição Federal) vai ao encontro dos preceitos constitucionais que consagram, como fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal) e, como objetivos da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º da Constituição Federal).

Ademais, tendo em vista uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano (art. 170 da Constituição Federal) e uma ordem social baseada no primado do trabalho (art. 193 da Constituição Federal), chega-se à compreensão de que o dever de fiscalizar o estrito cumprimento, pela contratada, dos direitos trabalhistas dos terceirizados vinculados ao contrato celebrado decorre da própria condição de existência da Administração Pública.

Assim sendo, a fiscalização dos contratos de serviços terceirizados, além de uma prerrogativa conferida à Administração, apresenta-se também como um dever do Poder Público contratante. De fato, um verdadeiro poder-dever fiscalizatório, conforme dispõe Barral (2016):

[...] ao reunir em si mesma uma prerrogativa preordenada à concretização do interesse primário da Administração Pública e por outro lado uma obrigação imposta a todos os gestores de recursos públicos de empregar com economicidade e probidade os recursos públicos, a doutrina costuma afirmar que a fiscalização contratual consiste em um poder-dever da Administração Pública.

Importante, também, destacar que incumbe à Administração Pública acompanhar e fiscalizar permanentemente o cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. É o que trouxe à lume o Ministro Celso de Mello, em voto proferido na relatoria do Agravo Regimental na Reclamação 16.094/ES, que foi acompanhado pela maioria do Plenário:

Cumprе assinalar, por necessário, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação - consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei n. 8.666/93, art. 27) -, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei n. 8.666/93, art. 67), sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação essa que não pode ser coonestada pelo Poder Judiciário. (Rcl 16.094-AgrR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.2014, DJe de 02.02.2015).

Não por outro motivo, a Lei n. 8.666/1993 determina expressamente o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato por um representante da Administração especialmente designado. Como se trata de uma tarefa complexa,

admite-se também a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 67 da Lei n. 8.666/1993).

A fim de viabilizar o exercício desse dever legal imposto à Administração, ao representante designado pelo ente público é exigido o registro de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (§ 1º do art. 67 da Lei n. 8.666/1993).

Ainda no mesmo intuito, a legislação prevê sanções a serem cominadas pela Administração Pública nos casos de inexecução total ou parcial do contrato (art. 87 da Lei n. 8.666/1993), que podem culminar na sua rescisão (arts. 77 e 78 da Lei n. 8.666/1993).

Desse modo, tem-se que o inadimplemento trabalhista da empresa contratada importa inexecução parcial do contrato, o que enseja a aplicação de sanções, que vão desde a advertência até a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública e, a depender da gravidade e da reiteração, a derradeira rescisão contratual.

Pelo exposto, depreende-se que o interesse imediato da Administração Pública no cumprimento das obrigações trabalhistas nos contratos de serviços terceirizados celebrados não deve estar limitado à possibilidade de sua responsabilização subsidiária por omissão fiscalizatória.

Identifica-se uma sujeição crescente do contrato administrativo a uma função socioambiental, que ultrapassa o sentido meramente econômico (OLIVEIRA, 2012). Assevera-se, assim, em parecer (n. 24.9643/2016) do Procurador-Geral da República, em exercício, José Bonifácio Borges de Andrada, nos autos do RE 760.931/DF, que

[...] a fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas, pelo Poder Público contratante, para além do interesse imediato de proteção à higidez contratual, também constitui elemento de preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como fator de coesão social.

Diante do incontestável dever de fiscalização, na condução da gestão e da fiscalização contratual, cabe à Administração Pública desenvolver rotinas e ferramentas que auxiliem, de forma efetiva, na garantia do cumprimento dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados vinculados à empresa contratada e na preservação da relação de custo-benefício social da contratação pública.

3.2 Padrão fiscalizatório da Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017

A Lei n. 8.666/1993 traz regras gerais atinentes à fiscalização contratual, no entanto não pormenoriza quais medidas devem ser tomadas a fim de evitar a alegação de omissão por parte da Administração Pública.

A procedimentalização da fiscalização a ser efetivada pelo Poder Público desenha-se, assim, pela integração da Lei de Licitações com normas editadas, em respeito ao princípio da autonomia federativa, por cada ente público, estruturando, em seu âmbito, a abrangência do dever de fiscalizar.

No âmbito da Administração Pública Federal, a matéria é regulamentada atualmente pela Instrução Normativa n. 05, de 25 de maio de 2017, publicada pela Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) e, recentemente, alterada pela Instrução Normativa n. 07, de 20 de setembro de 2018.

Essa nova Instrução Normativa veio revogar a Instrução Normativa n. 02, de 30 de abril de 2008, que anteriormente regia as contratações de serviços sob o regime de execução indireta da Administração Pública Federal. Objetivou-se, com isso, adequar-se às proposições dos Acórdãos do Tribunal de Contas da União 2328/2015 e 2622/2015-TCU-Plenário, bem como acompanhar as alterações jurisprudenciais e doutrinárias, com a implementação de regras garantidoras do cumprimento da legislação trabalhista e mitigadoras de inadimplência por parte da prestadora de serviços.

Assim sendo, a norma traz dispositivos de aprimoramento do planejamento e da gestão de contratos pela Administração Pública, instituindo um verdadeiro padrão fiscalizatório na contratação de serviços terceirizados. Compromete-se com as inovações do mercado e com a efetividade do controle e da fiscalização não apenas da execução material do serviço, mas também do cumprimento pela empresa contratada dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados envolvidos no referido contrato.

Por essa razão, muito embora a IN 05/2017 se aplique estritamente à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, suas regras e diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização de serviços servem de guia para qualquer atuação pública e acabam orientando, como boa prática, os demais entes federativos.

Em linhas gerais, essa Instrução Normativa, balizada pelo disposto na Lei n. 8.666/1993, contempla a verificação da regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas da empresa contratada, entre as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual (art. 39 da IN 05/2017).

Optou-se por decompor essas atividades em 5 papéis diferentes em razão das suas distintas atribuições (art. 40 da IN 05/2017): a gestão da execução do contrato e as fiscalizações técnica, administrativa, setorial e do público usuário, de modo que sejam realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática.

Nesses termos, o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento, compete à fiscalização administrativa (inciso III do art. 40 da IN 05/2017).

No desempenho das atividades de fiscalização administrativa dos contratos de serviços terceirizados (chamados contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra), deverá ser observado o disposto no seu Anexo VIII-B. Lá consta a previsão

de exigência de um extenso rol de comprovações, admitindo-se, no entanto, a utilização de critérios estatísticos, que levem em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.

Detalha-se ainda, de forma bastante abrangente, a fiscalização administrativa do cumprimento das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas pela contratada em cinco circunstâncias específicas (item 10 do Anexo VIII-B da IN 05/2017), a saber:

10. Além das disposições acima citadas, a fiscalização administrativa deverá observar, ainda, as seguintes diretrizes:

10.1. *Fiscalização inicial* (no momento em que a prestação de serviços é iniciada)

a) No momento em que a prestação de serviços é iniciada, deve ser elaborada planilha-resumo de todo o contrato administrativo. Ela conterá informações sobre todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão ou entidade, divididos por contrato, com os seguintes dados: nome completo, número de inscrição no CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos, sua especificação e quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências e horas extras trabalhadas.

b) A fiscalização das Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) será feita por amostragem. Todas as anotações contidas na CTPS dos empregados devem ser conferidas, a fim de que se possa verificar se as informações nelas inseridas coincidem com as informações fornecidas pela empresa e pelo empregado. Devem ser observadas, com especial atenção, a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações), além de demais eventuais alterações dos contratos de trabalho.

c) O número de terceirizados por função deve coincidir com o previsto no contrato administrativo.

d) O salário não pode ser inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria (CCT).

e) Devem ser consultadas eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas (por exemplo, se os empregados têm direito a auxílio-alimentação gratuito).

f) Deve ser verificada a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

g) No primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação, devidamente autenticada:

g.1. relação dos empregados, com nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), e indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

g.2. CTPS dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinadas pela contratada;

g.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; e

g.4. declaração de responsabilidade exclusiva da contratada sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato.

10.2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

a) Deve ser feita a retenção da contribuição previdenciária no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

b) Deve ser consultada a situação da empresa junto ao SICAF.

c) Serão exigidos a Certidão Negativa de Débito (CND) relativa a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), caso esses documentos não estejam regularizados no Sicafe.

d) Exigir, quando couber, comprovação de que a empresa mantém reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 66-A da Lei n. 8.666, de 1993.

10.3. Fiscalização diária

a) Devem ser evitadas ordens diretas da Administração

dirigidas aos terceirizados. As solicitações de serviços devem ser dirigidas ao preposto da empresa. Da mesma forma, eventuais reclamações ou cobranças relacionadas aos empregados terceirizados devem ser dirigidas ao preposto.

b) Toda e qualquer alteração na forma de prestação do serviço, como a negociação de folgas ou a compensação de jornada, deve ser evitada, uma vez que essa conduta é exclusiva do empregador.

c) Conferir por amostragem, diariamente, os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho.

10.4. Fiscalização procedimental

a) Observar a data-base da categoria prevista na CCT. Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos, devendo ser verificada pelo gestor do contrato a necessidade de se proceder a repactuação do contrato, inclusive quanto à necessidade de solicitação da contratada.

b) Certificar de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados.

c) Certificar de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (cipeiro, gestante, e estabilidade acidentária).

10.5. Fiscalização por amostragem

a) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados, que verifiquem se as contribuições previdenciárias e do FGTS estão ou não sendo recolhidas em seus nomes.

b) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados terceirizados os extratos da conta do FGTS, os quais devem ser entregues à Administração.

c) O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano (sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado), garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle.

d) A contratada deverá entregar, no prazo de 15 (quinze) dias, quando solicitado pela Administração, por amostragem, quaisquer dos seguintes documentos:

d.1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;

d.2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês

da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;

d.3. cópia dos contracheques assinados dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; e

d.4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado.

Seguramente, a fiscalização de contratos terceirizados requer conhecimentos e habilidades heterogêneos e o domínio de inúmeras legislações. Deve-se, portanto, indicar representantes com perfis apropriados às atribuições inerentes às atividades de gestor e fiscal e, de igual modo, ofertar o treinamento e a preparação adequada para a função.

Dito isso, sustenta-se que os controles contratuais devem ser organizados de maneira compatível com uma política de gestão eficiente que satisfaça o interesse público.

Inova a referida Instrução Normativa, por esse ângulo, ao incluir o Planejamento da Contratação como fase obrigatória que antecede a licitação (arts. 20 a 32 da IN 05/2017). Como segunda etapa do planejamento, prevê o Gerenciamento de Riscos, que consiste em um

[...] processo para identificar, avaliar, tratar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização. (ANEXO I - DEFINIÇÕES, VIII, da IN 05/2017).

O Gerenciamento de Riscos permite ao gestor o controle de eventuais situações que possam impedir ou interferir no alcance pretendido com a contratação do serviço, devendo, obrigatoriamente, contemplar o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada (art. 18 da IN 05/2017).

Para o tratamento desse risco, a IN 05/2017 prevê a adoção, obrigatória e alternativa, dos seguintes controles internos, assim definidos no Anexo I:

[...]

III - CONTA-DEPÓSITO VINCULADA – BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO: conta aberta pela Administração em nome da empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, não se constituindo em um fundo de reserva, utilizada na contratação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

[...]

XIV - PAGAMENTO PELO FATO GERADOR: situação de fato ou conjunto de fatos, prevista na lei ou contrato, necessária e suficiente a sua materialização, que gera obrigação de pagamento do contratante à contratada.

Assim, a Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação - e o Pagamento pelo Fato Gerador apresentam-se, no âmbito da Administração Pública Federal, como interessantes instrumentos que visam a auxiliar na garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.

De forma similar, para as unidades jurisdicionadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução CNJ n. 169, de 31 de janeiro de 2013, também prevê a adoção do instrumento da Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação.

Outrossim, quanto à garantia contratual, prevista no art. 56 da Lei n. 8.666/1993, a IN 05/2017, no item 3 do Anexo VII-F - Modelo de Minuta de Contrato -, dispõe que, nos contratos terceirizados, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá ser assegurado o pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber. No término da vigência do contrato, a garantia somente será liberada mediante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação.

Como visto, a IN 05/2017 determina uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais. É importante então ter em conta que a norma considera a realidade de pessoal técnico e de recursos da União, que não necessariamente se replica em entes que contam com condições mais precárias e estruturas mais enxutas.

Outro ponto a ser considerado é o excesso de praticamente acabar transformando os fiscais administrativos desses contratos em funcionários do departamento de recursos humanos das empresas contratadas. Reproduzindo o Poder Público contratante toda a infraestrutura de pessoal, de material e de contabilidade da contratada, passa a ser um desatino a expansão da terceirização, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa.

Diante desses fatos, a Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017 serve como um bom parâmetro de fiscalização a ser seguido, mas não anula a necessidade de cautela no que se refere à extensão e à complexidade do exercício do dever de fiscalizar, sob pena de implicar demasiados custos e ônus para a Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base o exposto neste artigo, depreende-se que o exercício adequado do poder-dever de fiscalização por parte do Poder Público pressupõe a manutenção de rigoroso e detalhado controle do adimplemento das obrigações trabalhistas de empregados alocados na execução de contratos de prestação dos serviços.

Na qualidade de contratante, em caso de constatação de irregularidades, compete ao Poder Público ser o mais diligente possível e zelar para que as medidas e as providências legalmente previstas sejam tomadas. Entre elas, destacam-se a notificação da contratada para sanar a irregularidade e a notificação das entidades que também têm o dever de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas, tais como as Superintendências Regionais do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho.

Reitera-se que, conforme já pacificado pelo STF, apenas quando a Administração Pública descumpra seu dever legal de fiscalização é que se fala em responsabilização subsidiária.

Dessa forma, é importante a adoção de políticas com ênfase na fiscalização prévia e concomitante à execução dos contratos de terceirização, que, além de apta a afastar a configuração de culpa *in vigilando*, não onere excessivamente a opção por terceirizar um serviço.

Caso contrário, corre-se o risco de que a atual tendência à expansão da terceirização, com o intuito de tornar mais eficiente a atuação administrativa, esbarre no ônus do seu acompanhamento contratual, dividindo esforços entre a fiscalização da execução do objeto e a fiscalização das obrigações trabalhistas.

Reconhece-se, por fim, a necessidade de harmonização entre os preceitos constitucionais e o fenômeno da terceirização, consagrando a função socioambiental do contrato administrativo.

Assim, com uma fiscalização contratual eficiente, entende-se que a Administração conseguirá que na contratação de serviços terceirizados seja satisfeito seu interesse primário e concretizada uma política pública de reconhecimento social do trabalho.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Daniel Andrade de Oliveira. *Gestão e fiscalização de contratos administrativos*. Brasília: ENAP, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Lei 5.645, de 10 de dezembro 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras

providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 169, de 31 de janeiro de 2013. Dispõe sobre a retenção de provisões de encargos trabalhistas, previdenciários e outros a serem pagos às empresas contratadas para prestar serviços, com mão de obra residente nas dependências de unidades jurisdicionadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2512>. Acesso em: 18 jan. 2019.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Os trabalhadores frente à terceirização*. Série Pesquisas DIEESE, n. 7. São Paulo, 1993.

GIOSA, L. A. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. São Paulo: Pioneira, 1997.

HOOD, C. *A public management for all seasons? Public Administration*, v. 69, n. 1, p. 3-19, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LEIRIA, Jerônimo Souto. *Terceirização - uma alternativa de flexibilidade empresarial*. Porto Alegre: Ortiz, 1991.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Portaria n. 443, de 27 de dezembro de 2018. Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57219256. Acesso em: 18 jan. 2019.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa n. 05, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 18 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 249643/2016 - ASJCIV/SAJ/PGR. Emitido por José

Bonifácio Borges de Andrada, Procurador-Geral da República em exercício, em 17 de outubro de 2016. *In*: Recurso Extraordinário (com repercussão geral) 760.931 DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310577753&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2012.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. *Manual de terceirização: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso*. São Paulo: STC, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 24.11.2010, DJe de 09.09.2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=627165>. Acesso em: 18 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Reclamação 16.094/ES. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.2014, DJe de 02.02.2015. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7644967. Acesso em: 18 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 760.931/DF. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2017, DJe de 12.09.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 18 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 958.252/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 30.08.2018, DJe de 06.09.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 30 jan. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 297751/1996. Acórdão. Relator Ministro Milton de Moura França, julgado em 11/09/2000, DJ de 20/10/2000. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;tribunal.pleno:acordao;iuj:2000-09-11;297751-1996-5555-4-0>. Acesso em: 18 jan. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula n. 331 - Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 18 jan. 2019.