

A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Felipe Cardoso Araújo Neiva
felipe@crosara.adv.br

Advogado integrante da banca Crosara Advogados Associados e pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás – UFG;

A terceirização é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada e passou também a ser utilizada largamente pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante se concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo.

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, “terceirização é a contratação de serviços por meio de empresa, intermediária entre o tomador de serviços e a mão de obra, mediante contrato de prestação de serviços¹”.

Apesar de ser instituto oriundo do Direito do Trabalho, o embasamento para a admissão do uso desse instrumento no âmbito administrativo vem do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Inclusive, o Brasil é signatário da Convenção nº. 94 da OIT, que dispõe sobre as cláusulas de trabalho nos contratos firmados com uma autoridade pública. Em nível infraconstitucional, há previsão no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, (art. 10, §7º), que visa impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa através da desobrigação 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.

Contudo, a gestão desses contratos também passa por algumas adversidades, como falta de servidores capacitados para gerir e fiscalizar os contratos, responsabilização do Poder Público pelo inadimplemento das empresas contratadas, corrupção etc. Para garantir que os contratos sejam executados conforme os termos contratados, visando o bom uso dos recursos públicos, são indispensáveis o seu acompanhamento e fiscalização.

¹ <http://www.saudeetrabalho.com.br/download/manual-sobre-terceirizacao.pdf>; Terceirização: trabalho temporário: orientação ao tomador de serviços: apresentação de Vera Olímpia Gonçalves. – Brasília: MTE, SIT, 2001;

A princípio, os artigos 54, § 1º, e 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço correspondente aos direitos trabalhistas de seus empregados). Vejamos:

Art. 54. (...)

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, **obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam.**

(...).

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII – a 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.

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

A seguir, os artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e seu §1º, da mesma Lei de Licitações impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi o selecionado no procedimento licitatório – dentre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público, como se vê:

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

(...)

III – fiscalizar-lhes a execução;

Art. 67. **A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado,** permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio **todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.**

Acerca da responsabilidade da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada contratada, a referida legislação possui dispositivo legal. Vejamos seu teor:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O art. 78 da citada lei prevê como motivo para a rescisão contratual "o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução". Isso, evidentemente, é aplicável à hipótese do inadimplemento de suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados pelo empregador contratado pelo ente público.

Portanto, como se vê da legislação de regência, a Administração não possui responsabilidade, solidária ou subsidiária, pelos encargos trabalhistas advindos do inadimplemento destes pela empresa contratada. Porém, tal regra não é absoluta na Justiça do Trabalho.

Para entender essa relativização na Justiça do Trabalho, reputa-se necessário relatar os fatos que envolvem a matéria.

No dia 7 de março de 2007, o Governador do Distrito Federal ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), autuada sob o nº. 16, perante o excelso Supremo Tribunal Federal (STF), suscitando a constitucionalidade da norma contida no

artigo 71, §1º da Lei nº. 8.666/93, posto que o referido dispositivo sofreu retaliações por parte dos órgãos do Poder Judiciário, especialmente pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). O TST havia editado a Súmula 331, IV, que, à época, estipulava a responsabilidade da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada contratada pelo simples fato de haver participado da relação processual e constar do título executivo judicial.

Após o trâmite processual da referida ação originária, no dia 24 de novembro de 2010, o pleno do STF julgou, definitivamente, o mérito da ADC 16, materializado sob a ementa a seguir:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. **Transferência consequente 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 nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente.** Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJE-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219-01 PP-00011).

Porém, esse julgamento não impediu, de forma mecânica e absoluta, que, em determinados casos e sob certas circunstâncias, a Administração Pública contratante continuasse a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado.

Com efeito, como se extrai da transcrição dos votos dos proferidos naquela sessão (*apud* VIANA, Márcio Túlio, DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder Santos, "Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques", LTr 75-03, p. 282-295, esp. p. 291-292), ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades da Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade da Justiça do Trabalho. No julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, a Justiça do Trabalho deve responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento

daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado.

Noutras palavras, a Administração Pública não pode ser responsabilizada pelo simples fato de ter celebrado contrato administrativo e, portanto, pelo mero inadimplemento das dívidas trabalhistas. Contudo, nos casos concretos, ponderados os elementos fático-probatórios, deve restar demonstrada a conduta culposa, ainda que apenas omissiva, da Administração, já que o ente público tem o dever, imposto pelo princípio da legalidade administrativa, de fiscalizar os contratados (artigos 58, inciso III, e 67, caput, e § 1º, ambos da Lei de Licitações). Por isso, pode ser responsabilizado em virtude da presença de culpa *in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório) ou de culpa *in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não ter fiscalizado, como deveria e como lhe era perfeitamente possível, o cumprimento das normas trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

Neste tocante, impende contextualizar a exceção contida na decisão do STF na ADC nº 16 como garantia da persistência da condição republicana do Estado Brasileiro e da prevalência do paradigma do Estado Democrático de Direito, que é regido, a um só tempo, pela supremacia do interesse público, pela responsabilidade do Estado e dos agentes estatais e pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esse paradigma está centrado na proteção da dignidade da pessoa humana, que é fim último da ordem jurídica. Orienta a regulação trabalhista e administrativista, unissonante, à eleição de escolhas gerenciais e administrativas que atendam a interesses econômicos e a interesses secundários dos entes públicos *pari passu* com a garantia da plenitude da proteção social e da cidadania dos trabalhadores envolvidos nessas atividades.

Como consequência do julgamento comentado, o Tribunal Superior do Trabalho, curvando-se à palavra final da Suprema Corte, alterou a Súmula nº 331 para registrar que, indiscutivelmente, nos dias atuais, a responsabilização da Administração Pública Direta e Indireta está condicionada à caracterização de culpa *in vigilando*. Eis o teor da nova redação do item IV e dos acrescentados itens V e VI:

Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens
V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30
e **31.05.2011**
I – (...)

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.º 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.

Essa é a jurisprudência pacificada, como se vê nos últimos julgamentos advindos do Tribunal Superior do Trabalho², citando como exemplo a ementa a seguir, que resume os fatos narrados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTIGOS 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº

² “(...) um entendimento jurisprudencial que exonere de responsabilidade um mau administrador, que não apenas permite a violação de direitos trabalhistas, mas que abre margem para amplas possibilidades de corrupção e desvios de recursos públicos estaria a coadunar com um paradigma de Estado incompatível com o Estado Democrático de Direito”. trecho do voto extraído dos autos AIRR - 22550-18.2013.5.04.0221 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 22/03/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017.

16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a essa última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 3/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "SÚMULA Nº 331. 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 nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada"** (grifou-se). Na hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que foi condenado a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e dos demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 393-90.2015.5.20.0009 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 22/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017).

Diante deste entendimento de que a Administração deve responder pelos encargos da empresa prestadora de serviços, pode-se concluir que a melhor prática a ser adotada pelos agentes públicos é que se fiscalize a execução do contrato e observe se a empresa procede ao recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários dos empregados que prestadores dos serviços contratados, evitando demandas judiciais futuras.

Importante ressaltar que a Justiça do Trabalho atribui ao ente público o encargo probatório de comprovar sua conduta proativa e diligente na eleição e fiscalização de seu contratado, sendo inviável que tal ônus recaia sobre o trabalhador, sob pena de se caracterizar a malfadada “prova diabólica”³.

Portanto, não restam dúvidas de que a Administração Pública deve se utilizar da terceirização com cautelas e exercer um controle mais rígido quando da contratação e fiscalização destes contratos, como alerta o ex-ministro do TST Vantuil Abdala⁴, em relação aos litígios afetos à terceirização tanto no setor público quanto privado, que:

No TST, existem 9.259 processos em que o trabalhador cobra do tomador de serviços os direitos que não conseguiu receber da prestadora. Se considerarmos que chegam à Corte Superior

³ TRT18, RO - 0001739-32.2013.5.18.0129, Rel. Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, 1ª Turma, 23/04/2015;

⁴ ABDALA, Vantuil. Terceirização, anomia inadmissível. Revista do direito trabalhista, v.15, n.2, p.18, fev., 2009;

Trabalhista menos de dez por cento de todas as ações ajuizadas por empregados no País, podemos ter ideia da dimensão da insegurança jurídica e da litigiosidade que tem gerado a ausência de regulamentação desse tipo de contratação.

Em antemão, recentemente a Corte Suprema voltou a discutir o tema apresentado, quando do julgamento do RE 760.931/DF, cuja repercussão geral foi reconhecida sob o tema 246, para, à luz dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição Federal, discutir a constitucionalidade, ou não, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços.

Em seu voto, a ministra Rosa Weber, relatora, reafirmou o entendimento do STF no julgamento da ADC 16, em que o Tribunal, ao julgar constitucional o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), vedou a transferência automática à administração pública dos encargos trabalhistas resultantes da execução de contrato de prestação de serviços. Contudo, manifestou-se no sentido de que não fere a Constituição a imputação de responsabilidade subsidiária à administração pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas terceirizadas, em caso de culpa comprovada do Poder Público em relação aos deveres legais de acompanhar e fiscalizar o contrato de prestação de serviços.

Contudo, no dia 30 de março de 2017, com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, a relatora daqueles autos ficou vencida, prevalecendo a tese de que o artigo 71, §1º da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) é “mais do que claro” ao exonerar o Poder Público da responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas por inadimplência da empresa prestadora de serviços, entendimento este levantado pelo Ministro Luiz Fux e seguido pela ministra Carmen Lúcia e pelos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes.

Nesse sentido, foi publicado em 12.09.2017, o acórdão do Tema 246 do RE c/ RG 760.931/DF, de redação do Min. Luiz Fux, cuja ementa está a seguir transcrita:

Ementa: 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 Nº 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. 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 8.666/93”. (RE 760931, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017).

Apesar da ementa do mesmo apresentar caráter genérico, ficou definido na fundamentação do mesmo quem deteria o ônus da prova, como sugeriu a Ministra Presidente Carmen Lúcia em 15.02.2017:

“ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo

trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros”.

Inclusive, tal entendimento foi seguido pelo Ministro Alexandre de Barros, quando do seu voto de minerva, o qual adotamos como fundamento. Vejamos:

A análise do histórico do Tema 246 no Supremo Tribunal Federal demonstra que, ao contrário do esperado, a conclusão do julgamento da ADC 16 exasperou as controvérsias antes existentes sobre a possibilidade de responsabilização do Poder Público na condição de tomador de serviços terceirizados.

É que, embora o precedente tenha servido para dirimir qualquer incerteza pendente em relação à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – mediante a afirmação da tese de que o mero inadimplemento de encargos trabalhistas não transfere responsabilidade para a Administração Pública – ele descortinou um novo horizonte de desencontros hermenêuticos, agora a propósito de saber (i) qual a extensão do dever de fiscalização contratual imputável ao Estado (tomador de serviços); e (ii) como a desídia no cumprimento desse dever poderia ser apurada em juízo.

A Justiça Especializada do Trabalho não demorou a se adaptar ao precedente da ADC 16 mediante a reformulação dos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (DEJT, de 31/5/11). Mas a nova diretriz jurisprudencial do TST continuou permissiva com situações em que a Administração Pública se via condenada por mero inadimplemento de verbas públicas, validando imputações construídas sobre plataformas teóricas da culpa presumida e da culpa *in vigilando*. Tudo isso a culminar na formação de um contencioso adicional, formalizado diretamente nesta Suprema Corte, na forma de reclamações constitucionais, classe processual cujas características cognitivas se mostraram inadequadas para suprir os novos impasses interpretativos.

Isso fez com que os dissídios trabalhistas pertinentes à matéria regredissem, por assim dizer, à “estaca zero”. Afinal, se a culpa dos entes públicos por “falhas na fiscalização” pode ser satisfatoriamente comprovada sem qualquer elemento concreto, somente à base de presunções, acabamos equiparando, novamente, as consequências do inadimplemento com aquelas da má fiscalização, restaurando uma realidade que o veredicto da ADC 16 pretendeu desarmar.

O julgamento deste recurso extraordinário ganha relevância

como oportunidade para estancar a interminável cadeia tautológica que vem dificultando o enfrentamento judiciário dessas controvérsias.

Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de metodologias de amostragem. **Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato.**

O meu convencimento se associa à última corrente, somando-se àqueles que concluem pelo provimento do recurso da União, por razões que buscarei sintetizar com o máximo de brevidade, uma vez que o julgamento já vai avançado.

A minha primeira premissa é a de que a responsabilidade objetiva é uma regra de exceção, tanto no Direito Constitucional, em relação a poder público, quanto no Direito Civil.

O Estado muitas vezes causa danos ou prejuízos aos indivíduos, gerando a obrigação de reparação patrimonial, decorrente da responsabilidade civil. Assim, enquanto sujeito de direito, o Estado submete-se a responsabilidade civil, prevendo a Constituição Federal, no §6º, do artigo 37, a responsabilidade objetiva, afirmando que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Porém, essa responsabilidade não se confunde com a responsabilidade civil contratual do Estado, como na hipótese em questão, que deve ser analisada sobre a óptica dos contratos administrativos.

De igual maneira, o texto do parágrafo único do art. 927 do CC/02 (*“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*) é ilustrativo dessa afirmação. Embora a expansão desse

modelo de responsabilização seja uma tendência paulatinamente incorporada aos sistemas jurídicos modernos para salvaguardar direitos na sociedade de riscos, sua implementação, via de regra, cabe à legislação, e não à jurisdição. **No tocante às verbas trabalhistas devidas por terceiros, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é mais do que claro ao exonerar o Poder Público da responsabilidade por pagamentos em caso de inadimplência, e o silêncio da Lei 9.032/95 sobre isso apenas confirmou a mensagem legal que já existia anteriormente.**

O segundo fundamento que penso ser relevante tem relação com as implicações jurídicas dessa decisão para o próprio modelo de relação público/privada. **Elastecer, fora de casos inequivocamente excepcionais, a responsabilidade do Poder Público pelo não pagamento de verbas trabalhistas devidas em contratos de terceirização é um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como, por exemplo, as concessões de serviços públicos.** O § único do art. 31 da Lei 8.987/95 estipula que as contratações feitas por concessionárias regem-se pelo direito trabalhista, “*não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente*”. A vingar o entendimento proposto pela Relatora – mesmo após o precedente da ADC 16 – o que impede que a Justiça Trabalhista passe a condenar entes públicos pelo descaso na fiscalização de contratos de concessão? Afinal, a disciplina legal, em ambos os casos, parece ter o mesmo conteúdo obstativo dessa espécie de responsabilização. O que estaremos afirmando, porém, é que previsão legal alguma pode conter os avanços da Justiça do Trabalho, caso ela decida criar novas hipóteses de responsabilidade.

A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar.

De certa forma, o próprio Ministro ROBERTO BARROSO, em seu alentado voto, já havia identificado que a exigência de uma fiscalização total sobre o pagamento das verbas devidas aos trabalhadores poderia gerar um efeito dissuasório sobre os contratos de terceirização, tendo em vista a sucumbência da racionalidade econômica dessa dinâmica.

Foi isso o que Sua Excelência observou na seguinte passagem de seu voto:

“Ora, se o Poder Público tiver que fiscalizar 100% das

obrigações da terceirizada, a terceirização simplesmente perde qualquer tipo de racionalidade econômica, porque paga-se e tem-se que montar uma estrutura para fazer a mesma coisa. Portanto, a exigência de fiscalização de 100% é, a meu ver, uma forma oblíqua de não aceitar a terceirização.”

Creio, porém, que os inconvenientes são ainda maiores: permitir a responsabilização indiscriminada do Poder Público por verbas trabalhistas é desestimular em sentido amplo a tão necessária cooperação com a iniciativa privada, tornando-a ainda menos atrativa, em tempos de aguda recessão econômica e de necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública em suas finalidades essenciais. **Exigir que a Administração Pública proceda “in totum” a exaustivas rotinas de vigilância da execução de contratos terceirizados não apenas corrói a lógica econômica dessas avenças, desestimulando-as, como imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade diretiva típica da subordinação empregatícia, que deveria ser exercida pelo empregador. Teríamos, conseqüentemente, um duplo gasto do poder público para a mesma finalidade, pois, além da taxa de fiscalização, haveria necessidade de manutenção de setores específicos para a realização dessa tarefa, como se não houvesse terceirização, mas sim prestação direta dos serviços.** Certamente há algo de contraditório nisso, como bem destacado no voto do Ministro MARCO AURÉLIO, ao apontar que “assentando invariavelmente a falta de fiscalização do poder público, como se ele devesse olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir uma equipe e colocar dentro da empresa contratada, assentando, invariavelmente, essa responsabilidade”.

O Supremo Tribunal Federal fixou, na ADC 16, que a mera inadimplência não pode converter a Administração Pública em responsável por verbas trabalhistas, decidindo que não é todo e qualquer episódio de atraso na quitação de verbas trabalhistas que pode ser imputado subsidiariamente ao Poder Público, mas só aqueles que tenham se reiterado com a conivência comissiva ou omissiva do Estado. **Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador.** Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da

Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16. Continuaremos a correr o risco apontado pelo Min. GILMAR MENDES sobre eventual inefetividade da resposta com a perpetuação daquilo que alcunhou de “eterno ritornelo”:

“Portanto, manifestando todas e respeitosas vênias e reconhecendo o belíssimo voto de Sua Excelência, eu perfilho esse entendimento ressaltando que a adoção, seja do modelo de responsabilidade objetiva, que era a primeira posição do enunciado do TST, seja o modelo de culpa presumida com a prática que o TST adotou, violam claramente, sem nenhum reboço, a decisão do Supremo na ADC 16.

O debate vai prosseguir, certamente, com as condições, e não tenho dificuldade de subscrever as orientações, acho que o Tribunal, sobretudo porque está discutindo em repercussão geral, tem que fixar balizas para que esse tema não fique num eterno ritornelo.”

O caso concreto não tem elementos suficientes para permitir a caracterização dessa responsabilidade. Não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; não há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pela trabalhadora.

Voto, portanto, pedindo vênias a eminente Relatora, com a divergência inaugurada pelo Min. LUIZ FUX, conheço parcialmente do recurso extraordinário da União e voto pelo seu provimento. Aponto, ainda, que acompanho, como tese com repercussão geral, a sugerida pela Ilustre Presidente, Ministra CARMEN LÚCIA: “ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros”.

É como voto”.

Contudo, a muitos tribunais trabalhistas entendem que “por força do artigo 818 da CLT e, principalmente, pelo critério da aptidão para a produção da prova, cabe exclusivamente ao ente público a comprovação de sua conduta pró-ativa e diligente na eleição do contratado, por meio de regular procedimento licitatório, e na fiscalização do cumprimento do conseqüente contrato administrativo, sendo inviável que esse ônus

processual recaia sobre o trabalhador, sob pena de se caracterizar a malfadada "prova diabólica"⁵, mesmo com a adequação do c. TST acerca da matéria, posto que este reconhece que “o Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do RE 760.931, com repercussão geral, firmou o entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando cabe ao reclamante, no caso de terceirização trabalhista praticada pela Administração Pública⁶” e que “apenas se constatada prova concreta da conduta culposa do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço, é que será possível responsabilizá-lo subsidiariamente⁷”.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial da Justiça do Trabalho determina que a fiscalização dos contratos com a Administração Pública devem ser regidas pela Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e suas alterações posteriores, que disciplinam sobre a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Em linhas gerais, nos termos da jurisprudência do c. TST, a referida IN nº 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

- a) desde a seleção da empresa no procedimento de licitação**, na medida em que o Edital de Licitação já deverá prever que "a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada", nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN nº 2/2008), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será

⁵ TRT18, RO - 0011582-97.2016.5.18.0102, Rel. KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, 2ª TURMA, 30/10/2017;

⁶ ARR - 746-24.2014.5.03.0047 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 25/10/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2017;

⁷ RR - 10359-59.2014.5.18.0012, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 25/10/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2017;

liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN nº 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN nº 3/2009);

- b) no momento de julgamento das propostas da fase licitatória, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexequibilidade** (art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3º, da IN nº 2/2008);
- c) por ocasião da elaboração e celebração do contrato administrativo com a empresa vencedora no certame licitatório, devendo esse contrato ser automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital e a todas as condições contidas na proposta vencedora, especialmente os direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, que compõem o preço dos serviços contratados, cabendo ao ente público contratante especificar, no contrato administrativo, a responsabilidade da empresa contratada de satisfazer os direitos dos seus próprios empregados, nos valores e patamares previstos na planilha de custos por ela apresentada; como lógica e automática consequência, caberá à Administração contratante o dever de fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações** (conforme os já citados arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93).

Regulamentando o já citado art. 67, *caput* e seu § 1º, da Lei nº 8.666/93, o art. 34 da IN nº 2/2008 do MPOG determina que, na fiscalização do "cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva

dos trabalhadores da contratada" seja exigida a comprovação de: a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento 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) fornecimento 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 cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Nesse ponto, o TST sugere algumas regras a serem seguidas para se efetivar a devida fiscalização do contrato⁸:

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o art. 36 desta Instrução Normativa exige que a Administração, **no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo art. 19-A da IN nº 2/2008 (acrescentado pela IN nº 3/2009)**, que permite que o ente público, **mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo**, receba autorização prévia do contratado **para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados** (sendo de se mencionar que a Resolução nº 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser insatisfeitos pelo contratado.

E vai mais além:

Por sua vez, o parágrafo único do art. 31 da IN nº 2/2008 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da referida Instrução Normativa, o qual, de sua parte, institui

⁸ Excerto do voto do Ministro do TST José Roberto Freire Pimenta nos autos do AIRR - 100700-72.2008.5.02.0373.

um "Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização", que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

a) a fiscalização inicial (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

b) a fiscalização mensal (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

c) a fiscalização diária, por meio da conferência, a cada dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

d) a fiscalização especial, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.

E assim finaliza:

Por fim, **para não deixar mais nenhuma dúvida sobre constituir o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado**, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, **uma grave infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante**, os arts. 34, § 4º, e 34-A da IN nº 2/2008 **impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido a regularização imediata da situação no prazo oferecido pela Administração:**

"Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação".

(...)

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui longamente exposto, ao invés, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02/2008, alterada pela Instrução Normativa nº 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o

trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.

Verifica-se, portanto, que as exigências da Justiça do Trabalho são demasiadamente burocráticas. Não só oneram ambas as partes do contrato administrativo, como elevam os custos da contratação, pois exigem que a Administração esteja mais capacitada para realizar a nova função, sendo talvez necessária a contratação de empresa especializada para auxiliá-la ou realização de concurso público para exercer o cargo de fiscal de contratos ou similar.

Inclusive, em parecer da lavra do Procurador do Trabalho José Marcos da Cunha Abreu nos autos nº. 0011435-79.2016.5.18.0261, o mesmo traz à baila a sua experiência sobre o assunto:

É relevante notar que não só a administração pública contrata serviços terceirizados desta natureza. São várias e várias as empresas privadas (condomínios, bancos, comércio, indústria e etc.) que também fazem uso desta modalidade de contratação. No entanto, é raríssima uma condenação de empresa privada nestes casos. Aliás, são raras as próprias reclamações trabalhistas de empregados de terceirizadas, tendo no polo passivo a sua empregadora e uma empresa privada. Eu mesmo, particularmente falando, em mais de 25 anos de lida na área trabalhista como Procurador e outrora como advogado, nunca vi uma única condenação de empresa privada em casos como estes.

E porque é assim?

Simples! Por que o administrador privado efetivamente responde pelos seus atos. Se não fiscalizar o cumprimento do contrato é demitido e responde financeiramente pelo prejuízo causado.

Já no âmbito da administração pública, é diferente. O administrador público não responde efetivamente pelos prejuízos causados ao erário pela sua incúria. Aqui grassa a impunidade que decorre da inércia dos poderes públicos em reaver, dos responsáveis, o prejuízo que lhe causaram. A norma insculpida no §6º, do inciso XXI, do art. 37 da Constituição da República é letra morta.

Assim, desse nefasto quadro, não se pode esperar outra coisa senão o que se tem visto rotineiramente, empresas prestadoras de serviços inadimplentes e ente público pagando dobrado.

No caso da prática irregular de contratações terceirizadas, não fiscalizadas ou

mal fiscalizadas pelos entes públicos, a responsabilização se impõe não como forma de forçar a Administração Pública a pagar "duas vezes" pela mesma contratação. Muito pelo contrário. A medida, além de assegurar a devida satisfação de direitos trabalhistas e sociais dos obreiros envolvidos, revela o imperativo de observância da legislação vigente em matéria de licitações e contratos administrativos, incitando os agentes públicos a observarem o princípio da legalidade estrita e o cuidado com o patrimônio e com a coisa públicos, sob pena de responsabilização, com impacto orçamentário.

Nesse sentido, enquanto houver o entendimento de que a Administração Pública é responsável, em caso de conduta culposa (ausência de fiscalização ou má escolha da empresa prestadora de serviços), como vem aplicando muitos julgadores, nos casos em que há o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas terceirizadas contratadas, a recomendação indicada será a do cumprimento da IN 2/2008 do MPOG e da legislação acerca das licitações, além de se averiguar a jurisprudência dos tribunais trabalhistas pátrios.

Oportuno lembrar que a Administração deverá disponibilizar servidor(es) para a função fiscalizatória dos contratos, podendo ser assistido e/ou auxiliado por empresa ou profissional habilitado na área. Porém, tais providências aumentariam os custos da contratação da empresa terceirizada. Assim, ao critério da Administração, reputa-se necessário verificar a viabilidade e a conveniência das contratações, para que não se frustrasse o objetivo da terceirização.

Assim, cabe à Administração atuar de forma cautelosa e observando os regramentos informados pelo MPOG e sedimentados pela jurisprudência do c. TST.

Para encerrar, o c. TST, com suporte nos princípios do Direito do Trabalho, posicionou-se no sentido de que o dever jurídico das entidades públicas contratantes de bem em selecionar e 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 demonstrarem 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 nº 8.666/93, art. 27). Compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, entre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 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 avalizada pelo Poder Judiciário.